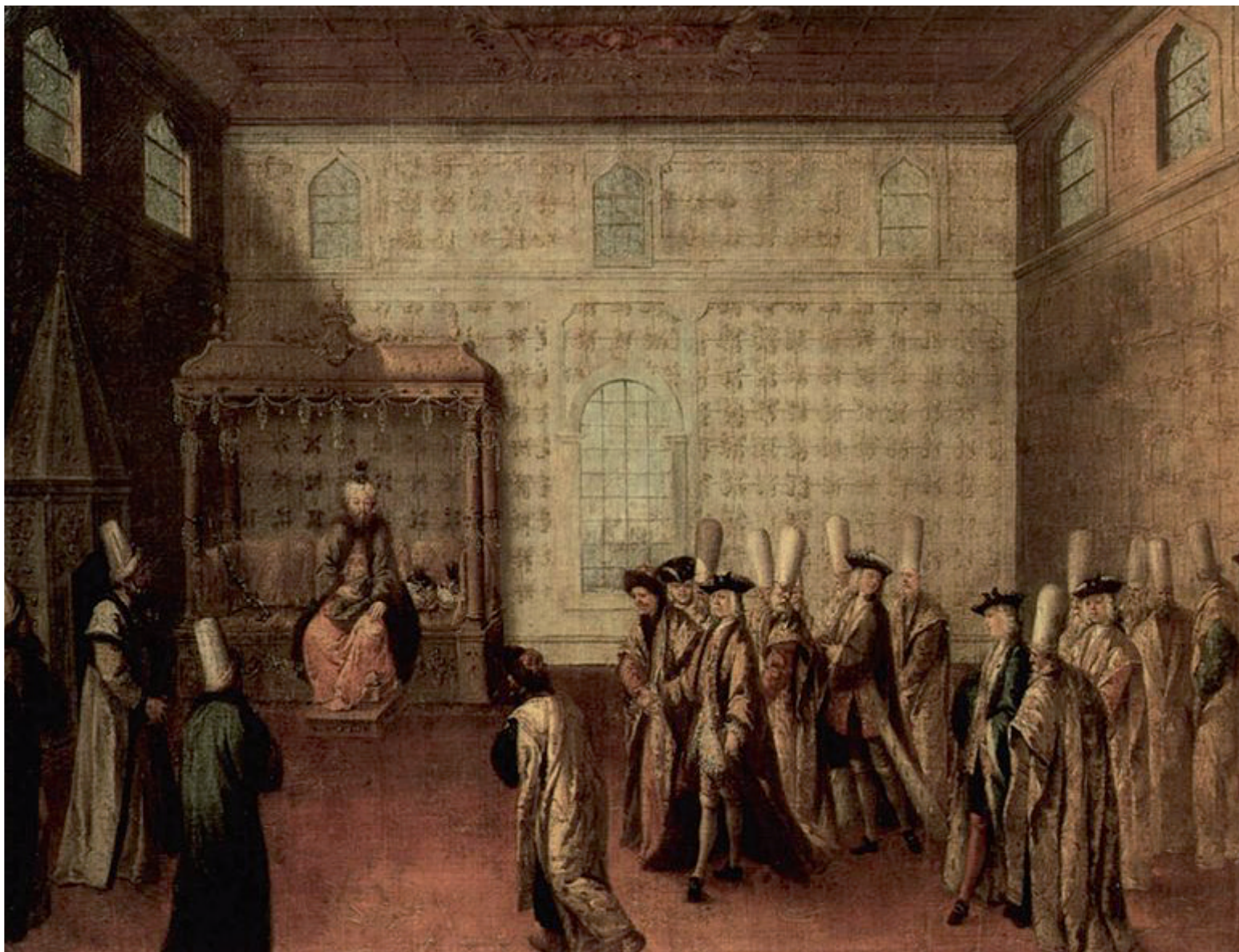




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2015 - Volume 3

www.comparazionedirittocivile.it

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Gabriella Autorino (Università degli Studi di Salerno), Aldo Berlinguer (Università degli Studi di Cagliari), Guido Biscontin (Università degli Studi di Camerino), Irina J. Bogdanovskaya (Moscow National Research University), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno), Rosaria Giampetraglia (Università Parthenope di Napoli), Raffaele Lener (Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"), Mark R. Lee (University of San Diego), Gaspare Lisella (Università degli Studi del Sannio di Benevento), Fiona Macmillan (Birbeck College – University of London), Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia), Manuel David Masseno – (Instituto Politécnico de Beja), Carlo Mazzù (Università degli Studi di Messina), Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo), Elina Moustaira (National and Kapodistrian University of Athens), Francesco Ruscello (Università degli Studi di Verona), Manoel J. Santos (Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo), Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno), Livia Saporito (Seconda Università degli Studi di Napoli), Angelo Saturno† (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno), Bruno Troisi (Università degli Studi di Cagliari), Giuseppe Vecchio (Università degli Studi di Catania), Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno), Paolo Zatti (Università degli Studi di Padova).

Coordinatore del comitato scientifico

Pierluigi Matera (Link Campus University - Roma)

Comitato di redazione

Biagio Andò (Università degli Studi di Catania), Domenico Apicella (Università degli Studi di Salerno), Antonio Astone (Università degli Studi di Messina), Valentina Barela (Università degli Studi di Salerno), Başak Başoğlu (Istanbul Bilgi Üniversitesi), Aura Bertoni (Ask Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Nicola Brutti (Università degli Studi di Padova), Salvatore Casabona (Università degli Studi di Palermo), Claudia Cascione (Università degli Studi di Bari), Francesco Clementi (Università degli Studi di Perugia), Alessandra Cordiano (Università degli Studi di Verona), Cristina Costantini (Università degli Studi di Bergamo), Cristina Dalia (Università degli Studi di Salerno), Amalia Chiara Di Landro (Università Mediterranea di Reggio Calabria), Vincenzo Durante (Università degli Studi di Padova), Giovanni Facci (Università degli Studi di Bologna), Rigas Giannopoulos (Aristotle University of Thessaloniki), Marco Juric (University of Zagreb), Nevena Krivokapić (University of Belgrad), Leysser Léon-Hilario (Pontificia Universidad Católica del Perú), Antonio Legerén Molina (Universidade de Coruña), Francesca Maschio (Università degli Studi Roma Tre), Bruno Meoli (Università degli Studi di Salerno), Luigi Nonne (Università degli Studi di Sassari), Daniela Noviello (Università Link Campus - Roma), Annamaria Giulia Parisi (Università degli Studi di Salerno), Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo), Elena Poddighe (Università degli Studi di Sassari), Radim Polcack (Masarykova Univerzita - Brno), Tito Rendas (Universidade Católica Portuguesa), Paolo Rocca Comite Mascambruno (Università degli Studi di Salerno), Giacomo Rojas Elgueta (Università degli Studi di Roma Tre), Pieremilio Sammarco (Università degli Studi di Roma Tre), Mauro Serra (Università degli Studi della Basilicata), Giuseppe Spoto (Università degli Studi Roma Tre), Maria Gabriella Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Andrea Stazi (Università Europea di Roma), Derya Tarman (Koc Üniversitesi - Istanbul), Maria Tommasini (Università degli Studi di Messina), Claudia Troisi (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Vigliar (Università degli Studi di Salerno), Filippo Viglione (Università degli Studi di Padova), Giovanni Ziccardi (Università degli Studi di Milano).

Comitato per la valutazione

Stathis Banakas (University of East Anglia, Norwich), Alberto Maria Benedetti (Università degli Studi di Genova), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Adolfo Di Majo (Università degli Studi "Roma Tre"), Silvia Diaz Alabart (Universidad Complutense de Madrid), Vincenzo Cesaro (Università degli Studi di Napoli "Parthenope"), Tommaso Edoardo Frosini (Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"), Jay P. Kesan (University of Illinois), Claudia Lima Marques (Universidade Federal Rio Grande do Sul), Fiona Macmillan (Birkbeck College - University Of London), Ulrich Magnus (Universität von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg), Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia), Pier Giuseppe Monateri (Università degli Studi di Torino), Maria Lilla Montagnani (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Alfonso Hernández Moreno (Universitat de Barcelona), Helena Mota (Universidade do Porto), Oreste Pollicino (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Antonino Procida Mirabelli di Lauro (Università degli Studi di Napoli "Federico II"), Pietro Rescigno (Università degli Studi "La Sapienza" di Roma), Giorgio Resta (Università degli Studi "Roma Tre"), Paolo Ridola (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), Liliana Rossi Carleo (Università degli Studi "Roma Tre"), Alessandro Somma (Università degli Studi di Ferrara), Raffaele Torino (Università degli Studi di "Roma Tre").

Comparazione e Diritto Civile – P.zza Caduti Civili di Guerra, 1 - Salerno

Testata registrata presso il Tribunale di Salerno n. 18 del 21/04/2010

Direttore Responsabile: Salvatore Sica

Per informazioni in merito a contributi e articoli, scrivere a: info@comparazionedirittocivile.it

ISSN 2037-5662

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



3/2015

INDICE

DOTTRINA

Imigrantes senegaleses e direitos humanos: dimensões materiais e concepções acerca da integração no brasil

Leyva Pedro Acosta, Wenczenovicz Thaís Janaina 2

L'Italia si conferma ordinamento no trust (spigolando oltre ogni contaminazione)

Giovanni Siancalepore 18

STUDI E RICERCHE

Italia e Germania ebraiche: emancipazione e asservimento

Ludovico Montera 47

I Sindaci revocabili delle s.r.l.

Carlo Alberto Giusti 77

Economic, fiscal and budgetary aspects of intellectual property. From the Intermediation Companies to Public Financing

María Crespo Garrido 85

Il capitale sociale nelle s.r.l.: attualità della regola ed evoluzione funzionale

Carlo Alberto Giusti 99

NOTE E RECENSIONI

Parodia e diritto d'autore: la parola alla Corte di Giustizia

Giovanni Maria Riccio 108

La Corte di giustizia demolisce il safe harbor e ridisegna i confini del diritto alla privacy in ambito transnazionale

Giovanni Maria Riccio 110

GIURISPRUDENZA

Espropriazione per pubblica utilità

Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 16 settembre 2015, n. 18134 115



3/2015

DOTTRINA

IMIGRANTES SENEGALESES E DIREITOS HUMANOS: DIMENSÕES MATERIAIS E CONCEPÇÕES ACERCA DA INTEGRAÇÃO NO BRASIL

LEYVA, PEDRO ACOSTA¹
WENCZENOVICZ, THAÍS JANAINA²

SOMMARIO: Introdução. – 1. Imigrantes no Brasil e reflexões em Direitos Humanos. – 2. Breve história do Senegal. – 3. Senegaleses no norte do Rio Grande do Sul: olhares reflexivos. – 4. Senegaleses, Cotidiano e Direitos Humanos. – Conclusão.

RESUMO: O devido artigo trata da integração dos Imigrantes Senegaleses junto a sociedade brasileira – mais especificamente na região norte do Rio Grande do Sul (Brasil) - tendo em vista sua relação junto as dimensões materiais e concepções das diretrizes dos Direitos Humanos. Nesse sentido, pretende-se demonstrar em que medida as políticas de imigração ameaçam a manutenção dos Direitos Humanos de indivíduos provenientes de países com histórico de dependência e intransigência aos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais em seu país de origem. Tal condição corrobora na análise entre as políticas de integração e negação aos Direitos Humanos. Ao longo dos últimos vinte anos, o Brasil adotou uma série de novas políticas voltadas à gestão dos movimentos transfronteiriços e aos imigrantes no Brasil, políticas estas que respondem não somente ao ativismo dos migrantes e seus aliados, mas também à estratégia da política externa brasileira.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Imigrantes Senegaleses; Integração.

Introdução

Desde os primórdios da Humanidade o homem tem migrado por razões diversas e profundas. Migra-se por questões culturais, econômicas, políticas e sócio-religiosas em um processo de contínua de contatos e troca de experiências. Das grandes caravanas da Antiguidade Clássica até meados do século XIV os movimentos eram ordenados e regulamentados pelos países receptores.

Para Boaventura de Sousa Santos (2003, p.43), as zonas de contato são campos sociais em que diferentes mundos da vida normativos se encontram e defrontam. Para o autor é nesses espaços que diferentes culturas jurídicas se defrontam de modos altamente as-

¹ Pós-Doutor em Educação-UNISINOS, em São Leopoldo-RS/Brasil. Doutor e Mestre pelo PPG-EST em São Leopoldo-RS/Brasil. Professor Adjunto A-Universidade de Integração Internacional da Lusofonia Afro-brasileira.

² Docente Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Professora Colaboradora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC.



simétricos, quer dizer, em embates que mobilizam trocas de poder muito desiguais. As zonas de contato são, portanto, zonas em que ideias, saberes, formas de poder, universos simbólicos e agências normativos e rivais se encontram em condições desiguais e mutuamente se repelem, rejeitam, assimilam, imitam e subvertem, de modo a dar origem a constelações político-jurídicas de natureza híbrida em que é possível detectar o rasto da desigualdade das trocas. Os híbridos jurídicos são fenômenos político-jurídicos onde se misturam entidades heterogêneas que funcionam por desintegração das formas e por recolha dos fragmentos, de modo a dar origem a novas constelações de significado político e jurídico. Em resultado das interações que ocorrem na zona de contato, tanto a natureza dos diferentes poderes envolvidos como as diferenças de poder existentes entre eles são afetadas. A compreensão deste conceito é fundamental para este trabalho, uma vez que a integração – sendo o Brasil um país multiétnico – é um dos tantos exemplos atuais de grupos sociais que se envolvem e têm se envolvido em conflitos assimétricos com culturas nacionais dominantes.

Partimos da percepção de que o Brasil sempre foi considerado um país de fácil convivência entre os diferentes, inclusive no campo da integração. Entretanto, nos últimos anos, à medida que a sociedade se torna cada vez mais plural em termos sócio-culturais e religiosos, paradoxalmente temos assistido a manifestações públicas de estigma, intolerância, preconceito e xenofobia.

A experiência de ingresso de imigrantes no Brasil deu-se pelos portugueses, seguido pelos espanhóis, franceses e holandeses. Em 1817 adentram no país os suíços e, em 1824 chegam os primeiros austríacos que posterior estimulam o ingresso de alemães, italianos, poloneses, russos e judeus. Após a II Guerra Mundial há várias levas de japoneses que adentram no país. Num segundo momento do século XX pode-se constatar a chegada de africanos e asiáticos considerando a emancipação das Colônias ao estado de Independência Política. O grupo em estudo – senegaleses – inclui-se no quesito impulso econômico e sócio-político. (MAESTRI: 2001, 136-138)

O presente artigo divide-se em três partes. A primeira aborda um breve panorama do cenário imigracional no Brasil e suas interrelações com os Direitos Humanos. A segunda parte apresenta um relato acerca da trajetória histórica do Senegal – país de origem do grupo analisado nesse estudo. A terceira parte traça um sucinto panorama dos senegaleses na região norte do Rio Grande do Sul e a última parte discorre sobre elementos de integração e a compreensão das dimensões materiais dos Direitos Humanos por parte dos imigrantes senegaleses residentes no norte do Rio Grande do Sul/Brasil.

1. Na atualidade, pode-se apontar que entre 800 mil e 1,2 milhão de estrangeiros vivem no Brasil. O número é considerado reduzido se levarmos em conta a dimensão total da população brasileira, mas a concentração de alguns grupos em cidades específicas vem contribuindo para uma maior visibilidade do tema migração na sociedade brasileira. (IBGE, 2010).

As comunidades de bolivianos e chineses na cidade de São Paulo e os libaneses em Foz do Iguaçu- Estado do Paraná são alguns casos emblemáticos. A "lei de estrangeiros" que regula a entrada e permanência de imigrantes no Brasil foi criada em 1980, ainda na vigência do regime ditatorial no Brasil e se insere na lógica da "segurança nacional" do período. A elaboração dessa lei se deu em um momento em que o regime militar estava particularmente descontente com a "interferência" de religiosos estrangeiros em assuntos



considerados de foro interno e buscava um mecanismo que facilitasse a expulsão de estrangeiros envolvidos em atividades políticas no país. De fato, a Igreja Católica no Brasil foi desde o início do período republicano (1889) uma das principais críticas da legislação brasileira para estrangeiros, e segue hoje sendo a base para muitas das organizações de defesa dos interesses e dos direitos dos estrangeiros no Brasil. (REIS, 2011)

A principal crítica das organizações que defendem os interesses dos imigrantes no Brasil diz respeito ao fato de que muitas das normas presentes na lei de 1980 estão em descompasso com as disposições relativas ao reconhecimento aos Direitos Humanos presentes na Constituição de 1988 (ACNUR et al., 2007). A inconsistência da legislação de 1980 é apontada como uma fragilidade das demandas do Estado brasileiro para tratar a questão dos imigrantes em negociações e fóruns bilaterais e multilaterais.

Os movimentos sociais, organizações não governamentais e pesquisadores do Brasil ao longo dos anos buscaram não apenas sensibilizar o Estado brasileiro para as demandas dos emigrantes estrangeiros, como também construir um consenso sobre a importância das mudanças na lei de imigração nacional e sua conexão com as necessidades dos brasileiros no exterior. A carta enviada pelo coordenador do Centro de Apoio ao Migrante de São Paulo, Paulo Illes, para a época candidata Dilma Rousseff em outubro de 2010 é bastante ilustrativa desse argumento:

[...] ao defender uma política de migração integral, a qual contempla tanto as migrações de brasileiros e brasileiras para o exterior, o retorno de emigrantes e a imigração em nosso país, sempre sob o enfoque dos direitos humanos, percebemos a necessidade da construção de uma Secretaria de Políticas Migratórias, vinculada ao Gabinete da Presidência da República que possa articular e promover a implementação de uma política migratória coordenada entre estes órgãos e outros da administração pública.

[...] Superando-se a dispersão de competências que por vezes dificulta o avanço, uma das principais tarefas desta nova instituição seria, sem dúvida, fortalecer ainda mais a postura do Brasil como um país exemplo de acolhida para imigrantes e livre da discriminação e da xenofobia.

Em termos institucionais, a movimentação de pessoas através das fronteiras do Brasil envolve um conjunto variado de Ministérios e autarquias tais como: o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério do Trabalho, o Ministério da Justiça, a Polícia Federal, entre outros. Em princípio, o órgão que coordena as ações dessas diversas instituições em relação à entrada de estrangeiros no Brasil é o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), criado pela lei de 19 de agosto de 1980 e vinculado ao Ministério do Trabalho, e que tem por objetivo, entre outros, "formular a política de imigração", "coordenar e orientar as atividades de imigração", fazer um levantamento das necessidades do mercado de trabalho no Brasil, realizar estudos, coletar informações e "opinar sobre alteração de legislação relativa à imigração quando proposta por qualquer órgão do governo executivo" (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1993).

O debate sobre a necessidade de transformar a legislação de estrangeiros caracteriza-se pela baixa repercussão no cenário variado dos interesses políticos. Em 2009, o governo encaminhou para o Congresso a proposta do Novo Estatuto dos Estrangeiros (PL 5.655/2009). Entre outras mudanças, a lei prevê a transformação do CNIg em Conselho Nacional de Migrações, estendendo formalmente sua competência a questões que dizem respeito à emigração de brasileiros.



Nessa assertiva, é importante destacar que três anistias foram realizadas no Brasil: a primeira em 1988, depois em 1998 e finalmente em 2009. Nesta última, 43 mil estrangeiros foram regularizados, entre os quais 17 mil bolivianos¹ e mais de 4 mil paraguaios. Se, por um lado, as anistias demonstram a "boa vontade" oficial para lidar com a questão dos indocumentados, por outro lado revelam a persistência do problema ao longo dos anos e a necessidade de uma política mais abrangente. Idealmente, com a implementação dos acordos de livre circulação e a nova legislação de estrangeiros, o número de indocumentados no país deve cair. (REIS, 2011).

¹ Segundo dados do IBGE (2013), a imigração boliviana no Brasil é um movimento migratório ocorrido a partir do último quarto do século XX. É uma das maiores populações do 0,5% da população brasileira que é proveniente dos países da América do Sul, estando sua maioria localizada nos Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo. É o quinto maior grupo de imigrantes que vivem no Brasil, superados por americanos, japoneses, paraguaios e portugueses.



2. O Senegal é um país localizado na África Ocidental, banhado pelo Oceano Atlântico e faz fronteira com a Gâmbia (incrustada em seu território), a Mauritânia, ao norte; o Mali, a leste; e a Guiné e Guiné-Bissau, ao sul. É também o país que se encontra mais próximo à ilha de Cabo Verde e possui como capital a cidade de Dacar, localizada no ponto mais a oeste do país. (KALY, 2006).

Sabe-se que a dignidade de um ser humano começa pelo reconhecimento de sua pertença a espécie humana e, portanto de sua história específica como afluente do grande oceano da História Universal da espécie *homo sapiens sapiens*. A história das pessoas envolvidas como agentes desta pesquisa se inicia em quatro cidades senegalesas: Dakar, Thiès, Louga e Diourbel. Todos pertencem ao grupo étnico Wolf, também conhecidos como olofe ou jolofos. Entre os Wolf se conta nas festas tradicionais uma lenda que sinaliza como começou o império Wolf ou Djofolo.

A lenda do Ndiadiane Ndiaye começa com uma disputa sobre a madeira perto de um lago de importante. Isso quase levou ao derramamento de sangue entre os governantes, mas foi interrompido pela misteriosa aparição de um estranho do lago. O estranho dividiu a madeira de forma justa e desapareceu, deixando as pessoas em reverência. As pessoas, então, fingiram uma segunda disputa e sequestraram o estranho quando ele voltou. Ofereceram-lhe a realeza de sua terra e convenceu-o a fazê-lo e tornar-se mortal, oferecendo-lhe uma bela mulher para casar. Quando esses eventos foram relatados para o governante do Sine, também um grande mágico, ele exclamado "Ndiadiane Ndiaye" que na língua de sua terra natal é uma expressão de espanto. O governante do Reino de Sine (Maad um Sinig Maysa Wali) sugeriu, então, que todos os governantes entre o rio Senegal e a Gâmbia submeter-se voluntariamente a este homem [...] (SILVA: 2005)

Com base nessa lenda pode-se analisar no projeto de interpretação de Alberto da Costa e Silva(2005), que propõe como uma das formas de origens dos reinos africanos a intervenção de um árbitro estrangeiro para a solução de certos conflitos entre clãs e pequenos reinos. Resolvido o conflito o “interventor” muitas vezes se estabelecia como príncipe e criava uma lenda ideologizante que lhe permitia exercer o governo. Fora do domínio das lendas e das epopéias declamada pelos griôs (historiadores-poetas) não se tem outras fontes históricas antigas do próprio grupo étnico Wolf.

As primeiras informações escritas de uma forma mais detalhada sobre o território e a experiência histórica dos Wolf, e de Senegal em sentido geral, foram oferecidas por autores árabes, alguns geógrafos acompanhados de historiadores e outros viajantes que por lá passaram por motivos políticos, religiosos e comerciais. Os mais conhecidos são al-Masudi de Bagdad (957), al-Bakri de Espanha (1068) al-Idrisi de Sicília (1154), Abd al-Hassan Ali ibn Omar (1230), Ibn Said al-Maghribi (1274) e Abulfeda (1331). Os árabes relacionavam os Wolf com três elementos fundamentais, a saber: o império de Mali, o rio Senegal e o ouro da região – enquadradas nas dimensões política, geográfica e econômica. O rio Senegal foi representado pelo quesito étnico, “cor de pele”, e economicamente sobre os títulos “rio dos negros”, “Nilo ocidental” e “rio do ouro”. São os árabes que introduzem o conceito de “negros” para referir-se os Wolf e o rio Senegal. Os povos e reinos africanos eram identificados entre eles mesmos pelos nomes étnicos (sereres, malinkes, Wolf), nunca pela cor da pele ou alguma característica biológica.

Antes do império de Mali, as comunidades Wolf haviam se estabelecido na região formando estruturas políticas e produzindo elementos de caracterização cultural materializados através de objetos artísticos em madeira, ouro e terracotas. Desde sua instalação na



bacia hidrográfica do rio Senegal os Wolf foram identificados pelos seus utensílios e instrumentos de guerra, bem como o trabalho em ferro. Esse grupo é apontado pelas pesquisas arqueológicas com destaque em menção e reconhecimento também aos megalíticos e as grandes estruturas arquitetônicas, reafirmando a complexidade social e o expressivo controle sobre a força da natureza e o pertencimento coletivo enquanto estrutura sócio-cultural.

No entanto, os variados reinos que ocuparam a região, acrescidos às construções árabes e a expressiva atividade comercial justificaram a pujança do Império de Mali. Por um laço de tempo Tekrur, como representação de toda a zona do atual Senegal, em sua posição de vassala, enviava para o Império de Mali impostos na forma de ouro-em-pó e homens para a guerra, para administração e também para alimentar o tráfico de escravizados transaariano em direção ao mundo árabe-muçulmano. Quando o Império de Mali se desestruturou, Tekrur e os pequenos reinos Wolf do interior alcançaram sua independência e criaram um império que durou (1360-1890) até a chegada dos europeus, que se instalaram na costa e foram evoluindo através das trocas comerciais ligadas ao tráfico humano do Atlântico até a dominação colonialista do território em 1890. (SILVA: 2005)

Assim como as fontes árabes, os europeus têm notícias do que veio ser o Senegal atual desde longa data. Foi chamado *Bambotus* por Plínio, o Velho e *Nias* por Cláudio Ptolomeu e provavelmente foi visitado por Hanno o cartaginês em torno de 450 a.C. Em 1300 d.C aparece o rio Senegal no mapa mundi de Hereford sob rotulo *Nilus Fluvius* com seu curso paralelo ao Atlântico. Neste mapa é possível observar um desenho de uma formiga gigante desenterrando ouro em pó e sobre o desenho a nota “Hic grandes formice auream serican arenas”. No Atlas Medici-Laurentiano de 1351, e em outros mapas como os de Pietro Vesconte para o atlas de Marino Sanuto, (c.1320), Giovanni da Carignano (1310s-20s), a carta de 1367 de Domenico e Francesco Pizzigano é uma constante as frases “Ilic coligitur aureaum”, “iste fluvis exit de nilo ubi multum aurum repperitur” e outras apontando para Senegal como “o rio de ouro” ou “o país do ouro”. (IBAZEBO: 1998, 8).

Em outras palavras, o Senegal tanto para os árabes como para os europeus representava uma zona de abundante riqueza e grande possibilidade de explorar matérias-prima e metais preciosos - confirmada posteriormente nos relatos dos portugueses. (IBAZEBO: 1998, 8-10).

Entre 1444 e 1510 os portugueses tem contato com os Wolf e fazem uma densa descrição acerca da realidade sócio-política e cultural, apontando a divisão hierarquizada da sociedade entre nobreza, camponeses, escravizados e diferentes castas de ferreiros, curtidores, músicos, griôs e joalheiros. As mulheres tinham certo destaque, por exemplo, havia em todos os reinos um conselho de juízas para cuidar dos casos que envolviam mulheres e a rainha-mãe possuía fazendas e aldeias subordinadas a ela diretamente, ademais de influenciar de forma efetiva na política do filho rei. Nos séculos XVII à XVIII e até metade do século XIX aconteceu praticamente uma guerra pelo controle das margens do Senegal por parte das potências europeias, como descrito por Mamadou Alpha Diallo (2011,p.30)

No plano histórico, apesar da chegada dos primeiros europeus (portugueses) em Dakar e Gorée no século XV pode ser tomado como ponto de referência ou de partida da atual Republica do Senegal a fundação da cidade de Saint Louis que serviu de ponto comercial até a abolição da escravidão pela França em 1638 que marca o início da colônia do Senegal. Os franceses procuram consolidar suas posições nesta parte do continente e para



tanto tiveram que expulsar os holandeses instalados na Ilha de Gorée que era um dos grandes portos da escravidão em 1677.

Os portugueses que tinham várias estações em diferentes lugares do rio Senegal no século XV e XVI se defrontaram sucessivamente com os holandeses, franceses e britânicos. Em 1659 os franceses implantaram uma colônia na Ilha de Gorée tornando-a um entreposto que serviu ao tráfico negreiro. Os britânicos por breves tempos se apoderaram também de algumas áreas no Senegal, quando em 1840 o poder francês foi reconhecido pelas demais potências e em 1895 é integrado como parte da África Ocidental Francesa. (KOK: 1997, 21)

Faz-se necessário sublinhar que os reinos e império dos senegaleses, segundo Thorton(2004), não foram obrigados pela força a entrar no tráfico Atlântico. Os senegaleses como outras grandes políticas africanas possuíam estruturas sociais, econômicas e uma elaborada cultura capaz de lutar contra os europeus. O tráfico, segundo Thorton, foi uma negociação comercial, onde os africanos entraram como competidores muitas vezes habilidosos impondo valores e mercadorias. Os reinos do Senegal eram autosuficientes na produção de tecidos, alimentos e instrumentos de ferro. Pelas leis vigentes estavam definidos os contratos de deveres e direitos do tráfico humano, especialmente do saariano. E militarmente o Império Djolof chegou ter 100.000 na infantaria e 10.000 na cavalaria para enfrentar os portugueses, holandeses e os franceses por dois séculos.

Autores como Lovejoy (2002) entendem que a presença dos europeus e a introdução do tráfico em larga escala transformaram definitivamente as instituições sociais e econômicas no Senegal deixando a região orientada para guerra e para o comércio dos recursos humanos como mão-de-obra para o novo mundo. Um contraponto que pode ser traçado é o fato que o tráfico transaariano em oito séculos havia tirado de toda África uns seis ou sete milhões de pessoas; enquanto, que em quatro séculos o tráfico Atlântico chegou aos vinte milhões conforme DuBois, acrescido da análise de Mamadou Alpha Diallo(2011, p. 43)

Depois de ter vencido os impérios e antigos reinos, o colonizador dividiu o espaço africano, apagando assim os espaços unificados das organizações geopolíticas pré-coloniais. Ou seja, as potências coloniais remodelaram o mapa geopolítico tanto das hegemonias muçulmanas quanto dos Estados animistas como os da Casamance. A eliminação dos chefes tradicionais ou mesmo a cooptação dos mesmos pela colonização contribuiu para a desintegração das construções sociopolíticas que era à base da coesão das entidades tradicionais. Em outro, a colonização por cooptação e a imposição cria uma nova hierarquia social e uma nova estrutura social que será a base da formação das futuras elites dirigentes dos Estados africanos pós-coloniais ou modernas.

Como apontado, apesar de já ter sido ocupado por tribos antigas, por grupos tribais convertidos ao islamismo e também por portugueses, a colonização do território que hoje corresponde ao Senegal ocorreu a partir do século XVII pela França. O país, aliás, foi a única das colônias francesas a ter os seus cidadãos reconhecidos como cidadãos da França, fato que ocorreu logo após a Revolução Francesa em conjunto com a abolição da escravatura. Em 1960, o país, conseguiu a sua independência após a realização de lutas separatistas que ocorriam desde o século XIX.

No ano de 1982, o Senegal – que havia adotado um sistema econômico e político autointitulado “socialismo islâmico” – decidiu pela união com a Gâmbia, haja vista que, jun-



tos, os países formam uma única área, sendo o território senegalês o único a fazer fronteira com esse país. Assim, formou-se a *Senegâmbia*, que, no entanto, foi dissolvida em 1989 após divergências políticas entre as lideranças dos dois países. Razões que reforçaram a saída de milhares de homens e mulheres para a condição de imigrante e refugiado.

A cidade mais populosa de Senegal é a capital, Dacar, com cerca de 2,2 milhões de pessoas e as etnias predominantes são os *jalofo*s, os *serer*, os *fulas*, os *tukulor*, os *diolas* e os *mandingas*, enquanto a religião mais professada é o islamismo, que agrega cerca de 87% da população.

Por encontrar-se em uma região muito próxima ao mar, as altitudes locais não são muito elevadas, com um relevo formado por uma grande e extensa planície que conta com as savanas como vegetação superficial. Os rios principais que abastecem a região são o Senegal, o Gâmbia e o Casamanse, que agrupam as principais bacias hidrográficas locais, segundo nos mostra o mapa abaixo.



Figura 1 - Mapa de localização de Senegal, na África Ocidental e sua costa

Fonte: SOUZA, Marina de Mello e. *África e Brasil africano*. 2 ed. São Paulo: Ática, 2007.

O clima de Senegal é o semiárido, principalmente nas porções setentrionais de seu território, o que indica a baixa influência da maritimidade em suas temperaturas e variações térmicas ao longo do ano. O país integra o chamado *Sahel africano*, com uma estação seca prolongada e chuvas irregulares e má distribuídas ao longo do ano, tanto é que as Savanas concentram-se mais ao sul do território, onde costuma chover um pouco mais.



Segundo Sanou Mbaye (2009), o Senegal¹ é considerado um país relativamente industrializado, embora a sua produção industrial corresponda a 22,7% do PIB, à frente da agricultura, com 15%, e atrás do setor terciário, com 61,9%. Os principais produtos agrícolas são o amendoim, o tabaco, a cana-de-açúcar, o sorgo e o tomate, enquanto a indústria destaca-se nas práticas de processamento de minerais e na produção de fertilizantes. Há ainda que se destacar o papel da pesca na economia, que encontra um amplo mercado exportador nos países da União Europeia. Entretanto, a exclusão e sub-trabalho presente na conjuntura econômica e política fazem com que diversos grupos humanos se desloquem na condição de imigrantes a Europa e Américas.

¹ A população de Senegal, segundo dados de 2014 das Nações Unidas, é de 14,54 milhões de pessoas, que se distribuem em uma área de 196.720 km², o que perfaz uma densidade demográfica de 73,9 habitantes por quilômetro quadrado.



3. Os homens e mulheres que imigraram para o Brasil Meridional - Norte de Rio Grande do Sul, especialmente para Erechim são originários de quatro cidades senegalesas: Dakar, Thiès, Louga e Diourbel. Sua pertença étnica é a Wolf, que são o 44% da população de Senegal. Os outros 56% estão distribuídos em seis grupos étnicos: fulani 23%, sereres 15%, diola 6%, malinke ou malinke (malinqueses 5%); além de diversos pequenos grupos (sômica, franceses, libaneses, etc). A população geral é de 9,8 milhões.¹

As cidades senegalesas de Dakar, Thiès, Louga e Diourbel têm características que são gerais para todo o território de Senegal, mas por ser cidades com certa proximidades a capital Dakar adquirem o agravante das multidões nos subúrbios. A vida nos bairros destas grandes cidades dificulta o emprego, o acesso a saúde e a educação. Segundo um estudo feito sobre educação para Dakar e Diourbel revela que:

Os mais baixos índices da educação são registrados em Diourbel, Tambacounda e Louga, com a escolarização inferior a 35%. A outra extremidade que constituem Dakar e Ziguinchor está distante com os índices que chegam perto dos 90%. Existem disparidades entre os meninos e as meninas que são mais ou menos marcantes segundo a região considerada. O índice de escolarização das meninas é fraco, representa apenas 40% do total. Além disso, 47% da população com idade entre os 0 e os 15 anos é deixada de lado. O efetivo do ensino elementar passou de 611.000 alunos em 1986/87 para 738.500 em 1992/93 (índice de crescimento de 5%), mas ao mesmo tempo, o índice de aprovação no exame de ingresso ao secundário está estagnado em 20% (PROBLEMAS, On-line, 2013).

Segundo dados da UNESCO (2013), a educação no Senegal é um direito fragilizado enquanto política pública. Acessibilidade, falta de material didático e carência de professores dificultam e impedem que parte da população tenha acesso aos níveis básicos de escolaridade.

Sem acesso a escola Básica pode-se concluir de imediato que essa condição também limita o acesso a educação de nível superior e, por consequência impulsiona a exclusão do mercado de trabalho. O domínio do segundo idioma – geralmente francês – por ordenamento econômico, pois é o capital transnacional é dominado em sua maioria pelo capital francês² – corrobora com o processo de marginalização econômica de milhares de cidadãos. Esses exigem que os funcionários escrevam e leiam em francês para um maior controle e produtividades em vários segmentos, e também serve para o controle sócio-cultural. As atividades produtivas para “analfabetos” da língua francesa estão destinados aos trabalhos

¹ O fluxo migratório atual de africanos para o Brasil foi estimulado pela “lei da anistia” e evidencia a presença deste país num processo macroestrutural de reestruturação produtiva internacional.

² Segundo o economista senegalês Ely Madiodio Fall, o setor privado está inteiramente nas mãos de grupos franceses como: Bolloré, Bouygues, Total, France Telecom, Société Générale, BNP-Paribas, Air France, etc. Além disso, as políticas cambiais e de crédito, tão cruciais para o desenvolvimento, estão relacionadas com a França por meio dos mecanismos da zona do franco. Contra o depósito de 50% das reservas cambiais dos países membros numa conta do Tesouro francês, o franco CFA é conversível e indexado ao euro a uma taxa de câmbio fixa sobrevalorizada, enquanto todas as outras moedas do continente têm câmbio flutuante. A conversibilidade permite às empresas francesas e às classes dominantes transferir livremente as fortunas que acumulam por estarem protegidas contra qualquer desvalorização da moeda. Além disso, a valorização do euro em relação ao dólar arruína as economias dos países da zona do franco. No entanto, reformas seriam necessárias a citar como: atrelar o franco CFA a uma cesta de moedas locais, acabar com a taxa de câmbio fixa e com a conversibilidade, amenizar as políticas draconianas de crédito e tomar o caminho da integração regional.



mais penosos, geralmente nas fábricas e indústrias e de menor remuneração salarial. (MBAYE: 2009)

Por outro lado, existe nos subúrbios uma feminização da pobreza que atinge grande parte da população, pois 52% da população são mulheres e estas vivem no regime de poligamia, como explica uma equipe do grupo de Pesquisa Demográfica e de Saúde (EDS, 1998\7), que afirma que 45,5% das mulheres são casadas em regime de poligamia. O problema da poligamia como elemento agravante para a pobreza consiste em que uma imensa maioria dos homens estão desempregados e por lei eles devem providenciar uma casa e alimento para as esposas, mas também existe uma concessão da lei que lhe permite deixar as mulheres na casa dos pais até encontrar as condições. Com essa situação muitas mulheres tem que cuidar dos filhos e da economia da casa assumindo todas as responsabilidades da família e levando pelo menos 30% dos núcleos familiares a um profundo nível de pobreza. Mesmo que os organismos internacionais, como a ONU e ONGs de todo o mundo tenham diversos programas de ajuda solidária, pouco auxiliam porque o dinheiro que chega para estas mulheres com o objetivo de empreender microempresas é absorvido pelas necessidades primárias.

Acrescido a esse cenário, pode-se citar que o setor agrícola, que emprega 60% dos ativos (2013), apresenta uma das menores produtividades. O crescimento médio anual da produção (1,2%) é insuficiente para atender às necessidades de uma população que aumenta 2,5% ao ano. Apesar do domínio das águas do rio Senegal – graças às duas barragens de Diama e Manantali –, propício para a expansão das culturas, o país importa quatro quintos do arroz que consome. O economista e escritor senegalês Sanou Mbaye acrescenta:

Os veios de água doce subterrâneos nos arredores de Dakar são objeto de uma exploração mínima e arcaica para a produção de frutas e legumes. Pior, deixou-se que as populações, pressionadas pela falta de moradia, construíssem casas em terras passíveis de inundação. Quanto aos recursos pesqueiros, eles estão ficando mais pobres por força da superexploração, particularmente por parte dos países da União Europeia. Nenhuma política foi colocada em prática nem para renegociar os contratos leoninos que o Senegal assinou, nem para repor os estoques por meio da aplicação de um programa de recuperação. [...]

A pecuária sofre com as mesmas deficiências. O gado apresentaria um imenso potencial se um plano específico tivesse sido introduzido para a melhoria das raças e o aumento da produtividade. Por exemplo, um programa de inseminação, de fornecimento de alimentos adequados e cuidados veterinários contribuiria para um aumento significativo na produção de carne e leite. O país importa tais bens a preços exorbitantes.

Sendo assim, pode-se resumir que os homens e as mulheres que chegam ao Norte de Rio Grande do Sul são produto não de uma imaginada e pretensa cultura de migração, mas por um elemento decisivo: a falta de trabalho com remuneração adequada, doenças, fome¹ e exclusões diversas colocando em prova inclusive a dignidade da pessoa humana. A inexistência de empregos somados a negação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais acrescidos aos dilemas da herança colonial – resultou na desestruturação das organizações tradicionais que de certa forma mantinham garantidos os direitos humanos básicos, assim como

¹ De acordo com o PMA, a insegurança alimentar ainda é elevada em muitas regiões do Senegal, especialmente na área de Ziguinchor, afetada por conflitos, o que perturba a produção local e a capacidade dos agricultores para fortalecer sua produção e investir na comercialização. Em geral, a situação da segurança nutricional na parte sul do país se agravou, e o país como um todo enfrenta um déficit alimentar, mesmo sendo um grande produtor de commodities na África Ocidental.



o neocolonialismo de perfil econômico e financeiro que estão submetidas especificamente as cidades Dakar, Thiès, Louga e Diourbel, e Senegal em geral, cria as condições favoráveis para uma emigração de grande escala e de longa distância.¹

¹ De acordo com o Banco Mundial, 46,7% dos senegaleses vivem abaixo da linha de pobreza nacional. A desnutrição e a mortalidade infantil caíram, e são mais baixos se comparado com outros países da região, mas a expectativa de vida não ultrapassa os 60 anos. O país figura no 154º lugar do Índice de Desenvolvimento Humano do PNUD, com 0,47.



Fonte: Laboratório de geoprocessamento e Planejamento Ambiental – URI/Campus de Erechim, 2008.

Na cidade de Erechim, além dos senegaleses há um pequeno grupo de Gana e, alguns angolanos que se apresentam como opção de mão-de-obra a construção civil esporadicamente. Em 2013, o grupo de senegaleses que residiam em Erechim totalizava mais de cinco dezenas de indivíduos e dentre eles 28 frequentavam a Escola Básica numa parceria Poder Público e uma Congregação Religiosa Anglicana – sendo 27 pertencentes ao sexo masculino e um feminino. A faixa etária desse grupo de estudantes oscila entre 35 e 25 anos de idade. Enquanto laboralidade, desse total 90% estão vinculados a empresas de construção civil e metal mecânico, enquanto os 10% restantes atuam como vendedores de adornos e bijuterias na região central da cidade - atuam na informalidade laboral.¹ (SMED: Coordenação Pedagógica, 2013)

Segundo Tedesco (2012), em termos econômicos, os senegaleses apresentam comportamento empreendedor, assumindo riscos, comercializando bijuterias e aceitando empregos temporários para formar fundos e realizar projetos de vida ("constituir meu próprio empreendimento no Senegal", "sustentar família no Senegal"). O fluxo de remessas financeiras e o desenvolvimento de competências dos que passaram por Erechim e Passo Fundo confirmam essa perspectiva.

Dentre suas inserções na comunidade local e regional já virou rotina vê-los perambulando pelas ruas da cidade. Enquanto inserção social e cidadão há algumas ações já efetivadas no quesito Educação e Saúde. Os mesmos freqüentam aulas no turno da noite junto ao Programa de Alfabetização como uma forma de garantir melhor integração a sociedade nacional em uma ação do Poder Público Municipal e uma Congregação Religiosa Anglicana.

A possibilidade de alfabetizar-se na língua portuguesa também estende para outros benefícios para garantir a acessibilidade e permanência ao direito de Educação: alimentação no período entre-aulas, vale-transporte e material didático. Os direitos humanos referentes a educação tem sido garantido por uma proposta inusitada do setor público e o privado. Um protocolo de intenções foi assinado pela Faculdade Anglicana e o Poder Público Municipal – Secretaria de Educação – o que possibilitará que outras demandas sociais sejam atendidas.

Quando o grupo foi questionado frente ao conhecimento de seus Direitos, mais especialmente aos Direitos Humanos e Fundamentais assinalam que conhecem alguns, mas encontram-se distantes de sua efetivação. Dentre os mais lembrados cita-se a não violência física e o direito de ir e vir.

No quesito acesso a Educação, Saúde e Segurança afirmam desconhecerem seus direitos, porém avaliam que esse desconhecimento deve-se ao fato de não procurarem acompanhar 'as leis' locais. A título de exemplo pode-se citar a resistência que os mesmos possuem para acessar a espaços hospitalares ou de saúde pública mesmo quando o necessitam.

Os imigrantes provocam algumas situações novas, interesses e dúvidas em razão de suas presenças, instituem redes informais de (entre)ajuda e consolidam uma dinâmica que integra e identifica a migração de senegaleses no Brasil. Vários entrevistados informaram que acabam chamando a atenção de moradores pelas suas vestimentas, formas grupais de

¹ Dados obtidos pela pesquisadora Thaís Janaina Wenczenovicz através de pesquisa de campo junto a Secretaria Municipal de Educação de Erechim e a Faculdade Anglicana, 2014. Erechim/RS - Brasil.



andar na rua, venda de objetos, concentrações em alguns espaços da específicos da cidade para desenvolverem algumas atividades de lazer e passeios. Também é possível constatar que alguns adentraram ao ecletismo religioso tão bem propalado no Brasil: tornaram-se adeptos de Igrejas neopentecostais.

Em relação aos aspectos culturais, os senegaleses conservam os hábitos religiosos, alimentares e de convivência em grupos. Entre eles, além da cordialidade e espontaneidade, é conservada a hierarquia familiar. Nesse aspecto, é possível sinalizar que os mesmos aderem a integração junto à comunidade regional fora do âmbito pragmático do trabalho. Sentem, sim, o estranhamento mesclado com curiosidade pelos que os cercam e os veem.

No aspecto cultura é possível perceber que, praticamente, se utilizam dos edspaços vagos dos dias e ou dos finais de semana - em momentos que não estão trabalhando para telefonarem para amigos e familiares no Senegal e no Brasil, assistirem televisão e escutarem música. A ausência de contato com a comunidade produz distanciamento, indiferença e ausência de fatores integrativos e de sociabilidade. Beccegato (1995) e Sayad (2008) colocam que não basta simplesmente adquirir algumas informações sobre usos, costumes ou aprender línguas estrangeiras para se fazer intercultura; deve-se adentrar, sim, para as problemáticas cognitivas, afetivas, sociais, desenvolver um pensamento aberto, flexível, inclusivo, que valorize os comportamentos reconhecidos no diálogo e no encontro. As identidades e identificações produzidas no interior das sociedades hospedeiras se (re)constroem pelos autóctones e estrangeiros também a partir de referenciais simbólicos (MEIHY; BEL-LINO, 2008).

Conclusão

Trazer o tema das migrações, e mais especificamente a questão dos Direitos Humanos dos imigrantes senegaleses significa adentrar em temática de complexa compreensão. Esse não é um processo fácil. Pelo contrário, é carregado de contradições, desentendimentos e tensões, que envolvem interesses estatais distintos e pressões de diversos grupos sociais e políticos atingidos mais ou menos diretamente pelas migrações, sobretudo nas zonas de fronteira. Também é importante analisar as políticas voltadas para a circulação de pessoas não apenas de forma isolada, mas em conjunto com outras ações e temas relacionados a chegada de centenas e centenas de homens em busca de dignidade humana. Fome, guerras civis e demais ordenamentos devem acompanhar os debates para aprofundar a avaliação sobre a política do Brasil para com os imigrantes. No momento, com o grupo analisado mantemo-nos na condição de espectadores sociais e aguardando quais serão os resultados de médio e longo prazo da ratificação dos acordos de livre circulação entre os países do Mercosul, UNILA e demais blocos. Como também é aguardada a aprovação da nova legislação de estrangeiros, que é um passo fundamental na direção de uma política de respeito aos Direitos Humanos dos imigrantes.

Finalmente, precisamos estar atentos ao recrudescimento de manifestações xenóforas e do preconceito contra estrangeiros, sobretudo africanos e asiáticos nas cidades onde a sua presença se tornou mais visível. Em São Paulo e em outros Estados do Sul e Sudeste, são frequentes os relatos de extorsão, discriminação na escola, péssimas condições de trabalho e discriminação no acesso a serviços públicos. É necessário ter em mente que, mantido o atual processo de crescimento econômico e considerando o desenrolar do processo de integração regional, a tendência é que a imigração para o Brasil só venha a crescer nos próximos anos, de modo que um marco legislativo e institucional adequado para lidar com



as migrações internacionais é, mais do que nunca, fundamental. Do ponto de vista humanitário, por uma questão de reconhecimento aos Direitos Humanos dos imigrantes; do ponto de vista doméstico, para evitar o surgimento de problemas sociais e políticos de maiores proporções e de solução mais complexa; e, finalmente, do ponto de vista da política externa, porque o tema da gestão das migrações internacionais é e continuará sendo central no plano das relações internacionais a médio prazo.



L'ITALIA SI CONFERMA ORDINAMENTO NO TRUST (SPIGOLANDO OLTRE OGNI CONTAMINAZIONE)

GIOVANNI SCIANCALEPORE *

SOMMARIO: 1. Il trust c.d. liquidatorio: dal particolare al generale. – 2. Il trust di derivazione anglosassone. – 2.1. Gli elementi costitutivi. – 3. Trust e fiducia: vera endiadi? – 4. Il modello di trust nella Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985. – 5. L'atto di destinazione: l'art. 2645-ter cod. civ. (e l'illusione del trust interno). – 6. La prospettiva applicativa, oltre il trust anglosassone.

1. La riflessione che segue ha preso le mosse da una sentenza della Cassazione, in tema di *trust* c.d. liquidatorio; questa ha rappresentato “il pretesto” per procedere ad una ricostruzione attuale del fenomeno, laddove non è stata pretermessa la traccia data dalla genesi del *trust* stesso. La ricognizione, non solo categoriale, ha imposto un viaggio a ritroso, alla ricerca delle pertinenti ragioni – anche storico-sociologiche.

L'intento, qui dichiarato, è consistito nell'evitare – già metodologicamente – due insidie concorrenti, provocatoriamente identificate con la “contaminazione” di cui all'intitolazione del presente contributo: l'una, ferma all'esercizio puramente accademico; l'ulteriore, chiusa in una sorta di sociologismo giuridico, entro cui la strada dell'esperienza conforma tutto a sé, in nome di un relativismo diuturno.

Il ragionamento seguito dalla Corte¹ ha rappresentato l'innesco, cui è succeduto un itinerario, scandito con logica propriamente induttiva.

I giudici intervenuti hanno affermato l'irriconscibilità del *trust*, istituito nel contesto di una procedura fallimentare, al fine di procedere alla liquidazione del patrimonio aziendale a favore dei creditori². La non riconoscibilità, indotta dallo stato d'insolvenza preesistente all'istituzione del vincolo, ha – conseguentemente – determinato la nullità dell'atto di trasferimento al *trustee* per difetto di causa, a mente del comma 2 dell'art. 1418 cod. civ. Coerentemente, è stato ritenuto che all'indomani della dichiarazione di fallimento il curatore legittimamente avrebbe proceduto alla materiale apprensione dei menzionati beni.

Alcuna dignità ha avuto la condizione risolutiva apposta al *trust* in caso di fallimento della società proponente.

Si tratta della prima sentenza della Cassazione sul tema specifico, seppure precedenti fossero rinvenibili presso le Corti di merito.

La regola operativa adottata favorisce distinte prospettive d'analisi: nell'immediato, l'attenzione è rivolta alla valutazione e alla forza persuasiva, in punto di diritto positivo, del-

* Professore Straordinario di Diritto Privato Comparato – Università degli Studi di Salerno.

¹ Si tratta di Cass., 9 maggio 2014, n. 10105, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, 4, p. 416.

² G. Fauceglia, *La funzione del trust nelle procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2004, p. 101, sottolinea la possibilità che il *trust* sia applicato ai crediti tributari in costanza di procedura fallimentare, ma che di fatto siano esigibili solo all'indomani della chiusura del fallimento. Si tratterebbe, seguendo il ragionamento dell'A., di una sorta di vera e propria segregazione. Interessante appare il raffronto, nel rispetto delle peculiarità ontologiche delle fattispecie, con la cartolarizzazione, siccome condotto sempre da ID., *La cartolarizzazione dei crediti: commento alla L. n. 130 del 1999*, Torino, 2002, pp. 61 e ss.



la soluzione applicativa adottata; lumeggiando oltre, va ponderata l'utilizzazione in sé del *trust*, quale rimedio a fronte della crisi d'impresa¹.

In via di prima approssimazione, va rilevato che la tesi della nullità del *trust*, istituito dall'imprenditore o dalla società in stato d'insolvenza, costituisce l'orientamento prevalente della giurisprudenza (si considerino, Trib. Milano, 16 giugno 2009²; Corte App. Catania, 16 novembre 2012³; Trib. Milano, 27 maggio 2013⁴, Trib. Bolzano, 8 aprile 2013⁵, Trib. Belluno, decr. 25 settembre 2002⁶, Trib. Santa Maria Capua Vetere, decr. 14 luglio 1999⁷ e via enumerando⁸).

Il ragionamento, attento al profilo causale della fattispecie, s'incentra sull'ambiguità in sé dell'atto, potenzialmente funzionale sia a sottrarre beni alla garanzia patrimoniale (generica, a mente dell'art. 2740 cod. civ.), che a proteggere il patrimonio del debitore da iniziative di singoli creditori che potrebbero compromettere un progetto di composizione della crisi d'impresa. Il sostegno sarebbe rappresentato dall'art. 15, lett. e), della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, laddove la disposizione non ostacolerebbe l'applicazione delle disposizioni a tutela dei creditori, rimandando ad esse per la qualificazione dell'ipotesi di fatto e per l'individuazione dei pertinenti rimedi⁹.

Tuttavia, in senso propriamente concreto, l'eventuale pregiudizio che il *trust* può porre in essere – nel contesto qui eletto – consiste nella sottrazione dei beni alla procedura concorsuale e, quindi, alla relativa liquidazione.

Osservando l'ipotesi scongiurata, con la necessaria obiettività, emerge chiaramente l'inclusione del pregiudizio tra quelli perpetrati da qualsivoglia ulteriore atto dispositivo, lesivo degli interessi ascrivibili al ceto creditorio. Laddove il creditore non sarà animato da una logica immediatamente declamatoria (dichiarazione di nullità), piuttosto ripristinatoria della consistenza patrimoniale violata – mercé l'avvio dell'azione revocatoria (*ex art* 2901 e

¹ In tema v. C. D'Arrigo, *l'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in AA.VV., *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, p. 452, e in *Trust. Viaggio nella prassi professionale tra interessi privati, fini pubblici e benefici*, *Atti del Convegno di Reggio Calabria, 12 e 13 marzo 2010*, a cura di A.C. Di Landro, Napoli, 2010, p. 200.

² La ricostruzione, anche in punto di fatto, è in P. Pirruccio, *La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust non consente il normale svolgimento della procedura concorsuale in danno alla massa dei creditori*, in *Giur. merito*, 2010, 6, pp. 1595-1599.

³ La sentenza è in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, I, pp. 2597 e ss., laddove è testualmente affermato: "E' inammissibile, in quanto la struttura dell'operazione evidenzia il perseguimento d'interessi propri della società proponente piuttosto che quelli dei creditori, la proposta di concordato preventivo con cessione dei beni il cui buon esito venga garantito dalla società proponente attraverso la costituzione di un trust liquidatorio autodichiarato nel cui atto istitutivo sia previsto che la liquidazione dei beni conferiti in trust venga demandata a soggetti (trustee e garanti) integralmente riconducibili alla compagine azionaria della stessa società".

⁴ In *Trusts e attività finanziarie*, 2014, p. 46.

⁵ In *Trusts e attività finanziarie*, 2014, p. 49.

⁶ In *Trusts e attività finanziarie*, 2003, p. 255.

⁷ In *Trusts e attività finanziarie*, 2000, p. 251.

⁸ Merita di essere ricordata anche Trib. Napoli, 3 marzo 2014, commentata da C. Restivo, *Nullità del trust liquidatorio*, in *Dir. civ. contemporaneo (Rivista trimestrale di Diritto civile ad accesso libero)*, 2014, II, pp. 1-5.

⁹ Cfr. F. Fimmanò, *Trust e procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2010, 6, p. 23-42, poi confluito, più di recente, in ID., *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, I, pp. 76-92.



ss. cod. civ.), tesa alla conseguente inopponibilità al fallimento dell'iniziativa lesiva posta in essere¹.

Verrebbe da dire che la soluzione della nullità, esuberante e praticamente poco utile, rappresenta una sorta di cesura con una tradizione, non solo giudiziale, che sistematicamente ha reagito sollecitando costantemente la categoria dell'inopponibilità. Inoltre, l'idea in sé della nullità dell'atto che istituisce il *trust* veicola una certa confusione tra profili distanti, rappresentati dalla limitazione della responsabilità e dalla limitazione del patrimonio - notoriamente ascritte ai contesti della riserva legale e dell'autonomia negoziale, meritevolmente orientata.

La differenziazione, non meramente astratta, implica conseguenze pratiche di non poco momento, in termini di tutela reale. Ne deriva che "... l'incremento del patrimonio non comporta un ampliamento della responsabilità, la sua riduzione non ne comporta una limitazione; occorre, dunque, tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono direttamente sulla responsabilità, causandone una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente hanno influenza sulla responsabilità"².

Infatti, il *trust* è atto che incide sul patrimonio, attraverso l'intenzione segregativa, in ragione della forza dirimente assunta dalla clausola di salvaguardia contenuta nella Convenzione dell'Aja (*sic*, art. 15, lett. e). All'inverso, si giungerebbe al paradosso per cui tutti gli atti di disposizione sarebbero considerati limitativi della responsabilità patrimoniale e, ricadendo nel divieto sancito all'art. 2740, comma 2, cod. civ., sarebbero affetti da invalidità assoluta.

Tuttavia, non va negletto che il *trust*, nel caso di specie, aveva una vocazione propriamente liquidatoria, nel senso che era deputato, appunto, alla liquidazione dei beni dell'impresa, durante l'acclarato stato di decozione³.

Sul punto specifico, la giurisprudenza⁴ ha evidenziato che "un *trust* liquidatorio che si ponga come dichiarato scopo quello di tutelare il patrimonio aziendale, quando l'impresa si trova già in stato di insolvenza (ed avrebbe potuto accedere agli istituti concorsuali), è incompatibile con la clausola di salvaguardia di cui all'art. 15, lettera e) della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985. Un *trust* attuato in tale situazione costituisce un atto privatistico che mira a sottrarre agli organi della procedura concorsuale la liquidazione dei beni in assenza del presupposto sul quale poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, ossia che l'impresa sia dotata di propri mezzi. Se così non fosse, a qualunque imprenditore insolvente che intende evitare il fallimento potrebbe essere consentito lo spossessamento di tutti i propri beni mediante conferimento in *trust* rendendoli non aggredibili dai creditori". In altre parole, è avvertito che il pericolo possa consistere nell'utilizzazione

¹ Sono convincenti le osservazioni di A.C. Di Landro, *La destinazione patrimoniale nella gestione della crisi dell'impresa: il trust liquidatorio approda in Cassazione*, in *Dir. civ. contemporaneo* (Rivista trimestrale di Diritto civile ad accesso libero), 2014, II, pp. 1-12.

² A. Falzea, *Introduzione e considerazioni generali*, in *Dal Trust all'atto di destinazione patrimoniale: Il lungo cammino di una idea*, a cura di M. Bianca, A. De Donato, Milano, 2013, p. 124.

³ Con riguardo al *trust* adoperato in tempi anteriori al fallimento, v. F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, p. 511; C. Cavellini, *trust e procedure concorsuali*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 1100. Cfr. E. Scoditti, *Trust e fallimento*, in *Trust*, 2010, 5, p. 472, L. Rovelli, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fallimento*, 2009, 9, p. 1029, ed anche E. Raganella - M. Regni, *Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale*, in *Trusts*, 2009, p. 608. Si considerino, inoltre, L. Panzani, *trust e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2005, p. 553, e G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Fallimento*, 2007, p. 245.

⁴ Si tratta dell'ordinanza 18 aprile 2011 del Tribunale di Mantova, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2012, 1, p. 170.



del *trust* al solo fine di eludere la cogente disciplina concorsuale, quest'ultima caratterizzata da finalità più propriamente pubblicistiche¹.

In un contesto temporalmente differente, comunque afferente ad una situazione di crisi imprenditoriale, altra giurisprudenza² ha sottolineato che, nel corso dell'istruttoria prefallimentare, in ragione dei poteri creativi riconosciuti dall'art. 15, comma 8 della Legge fallimentare, il giudice potrebbe ordinare l'istituzione di un *trust* per conservare i beni alla massa o per preservarne la destinazione produttiva. In simile fattispecie, la fase della liquidazione e della distribuzione non seguirebbero la legge, ma il regolamento negoziale dell'atto istitutivo³.

Osservando in filigrana il fenomeno specifico investigato non può essere taciuto – almeno in senso generale – che l'iniziativa privata *tout court* possa avere una sua virtù compositiva nell'ambito della crisi d'impresa. Ovviamente, la considerazione implica l'equilibrata valorizzazione dell'autonomia negoziale e, simmetricamente, un certo ridimensionamento del dogma rappresentato dalla *par condicio creditorum*. Lo stesso legislatore, viepiù nel recentissimo passato, ha sistematicamente sostenuto i rimedi negoziali della crisi d'impresa, in luogo della “semplicitistica” declaratoria di fallimento⁴. Al riguardo, si ponga mente esemplificativamente (ma in senso emblematico): 1) ai piani attestati (art. 67, comma 3, lett. d), Legge Fallimentare), ai concordati o agli accordi di ristrutturazione (art. 67, comma 3, lett. e), Legge Fallimentare) e alla pertinente esclusione di taluni pagamenti dal novero di quelli revocabili; 2) alle proposte di concordato fallimentare e di concordato preventivo (artt. 120, comma 2, lett. b) e 160, comma 1, lett. c), Legge Fallimentare), attraverso cui è possibile organizzare trattamenti differenziati tra i creditori, con il sistema della classificazione; 3) all'ulteriore soluzione negoziata della crisi, eretta su rapporti di tipo fiduciario, di cui all'art. 7 della l. 27 gennaio 2012, n. 3⁵. Si tratta dell'opportunità di elaborare un piano che contempli “l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato”.

Le osservazioni appena formulate permettono di considerare, unitamente alle ulteriori che seguiranno, l'eventuale coerenza del *trust* con il nostro ordinamento, nella consapevolezza che – almeno in via di principio e con riguardo al regime di tutela – già il *totem* della *par condicio creditorum* sta cedendo il passo all'autonomia negoziale, meritevolmente organizzata, al fine univoco di risolvere la crisi d'impresa.

¹ Con l'ovvia conseguenza che non potrà realizzarsi l'effetto di segregazione pianificato nell'atto istitutivo.

² Trib. Milano - sez. fall. -, 25 marzo 2010, in *Dir. Fall.*, 2010, 6, 2, p. 552.

³ In ordine al *trust* endo-concorsuale, deputato alla velocizzazione della chiusura del fallimento ed alla pertinente liquidazione dell'attivo, v. F. Galluzzo, *validità di un trust liquidatorio istituito da una società in stato di decozione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 531. Merita considerazione Trib. Roma, 3 aprile 2003, in *Fallimento*, 2004, 1, p. 101, con commento di G. Fauceglia.

⁴ Seppure, in argomento, sarebbe utile una sorta d'indagine meramente statistica, tesa a verificare se la sensazione di diffidenza giudiziale riguardo ai rimedi negoziali della crisi d'impresa sia poi, nei fatti, sconsigliata.

⁵ Si tratta di *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in G. U., 30 gennaio 2012, n. 24.



2. Ma la potenziale utilità pratica – siccome delineata nel paragrafo che precede, seppur carica di complessità – affonda coerentemente le sue radici nella *ratio*, storicamente consolidata, del *trust*?

In tema non può essere taciuto che l'uso tradizionale dell'istituto, specialmente in Gran Bretagna, è certamente a fini successori¹. L'Inghilterra ha utilizzato il *trust* come strumento per il trasferimento dell'eredità quando ancora non conosceva neanche l'idea di testamento, anzi potremmo dire che il *trust*, per certi versi, e almeno fino ad un certo periodo storico, ha rappresentato l'antagonista del testamento di concezione e derivazione romanistica. Nei testamenti inglesi del Cinquecento a volte si trova scritto che il *trustee* nominato dal testatore riceve un "*commodum alterius*"² ossia un diverso, ulteriore, vantaggio rispetto ai diritti successori. Ma il termine *commodum* è il termine impiegato nel diritto comune europeo per definire l'erede fiduciario, il quale "*haeres fiduciarius, qui non sentit commodum*". Esiste quindi nel diritto comune europeo un fedecommissario che non consente al fedecommissario di trarre alcun *commodum*³, che di certo non è il *fideicommissum* del diritto romano, noto perché consentiva all'erede o legatario di trattenere un quarto dei beni. Oggi, il *trust*, per atto *mortis causa*, si caratterizza per la peculiare destinazioni di beni a qualcuno che però non ne diviene erede, almeno non nel senso pieno ed esclusivo dell'espressione per come la intendiamo noi, bensì erede a metà, in quanto l'amministrazione della massa ereditaria verrà attribuita ad un terzo soggetto.

Ma il civilista, ancor più di formazione romanistica, che voglia approcciarsi all'analisi del *trust*, dovrà cogliere la prodromica distinzione esistente tra *public* e *private trust*. Con il primo si suole fare riferimento ai *trusts* istituiti per pubblica utilità; questa è una definizione omnicomprensiva che potrà includere come beneficiari referenti una quantità eterogenea di soggetti.

I *trust* pubblici sono caratterizzati da finalità eminentemente altruistiche, laddove lo scopo istitutivo non deve essere necessariamente delineato in modo esaustivo, potendo rimanere espresso anche in forma generica, purché sia rintracciabile in esso una qualche finalità – appunto - di pubblica utilità.

¹ Interessante lettura sulla questione del *trust* a fini successori è data da P. Nodari, *L'istituto del trust. La successione necessaria: applicazioni pratiche, casistica*, Bologna, 2006, *passim*.

² Sia consentita una breve riflessione, di carattere storico, sul punto specifico. Primo ad effettuare la più organica sistemazione del concetto di *minister ultimae voluntatis* fu Baldo degli Ubaldi (1327-1400). La costruzione della figura dell'erede fiduciario viene fatta da Baldo sia nel brano di Papiniano, con la figura di Pollidio, dove la disposizione è lecita ed espressa, sia nel brano di Africano, dove la disposizione è illecita e segreta. A parere di Baldo degli Ubaldi questi due casi eccezionali di fedecommissario fiduciario e di mandato a ricevere l'eredità per conto altrui rappresentano, con evidenza, i modi attraverso i quali si realizza il trasferimento dei patrimoni a mezzo di un intermediario di fiducia.

Nel primo caso, le regole ufficiali del fedecommissario sono alterate dall'accertamento che la concreta volontà del disponente era diretta ad avvantaggiare esclusivamente il fedecommissario. Nell'ulteriore ipotesi, la fattispecie è soggetta alla disciplina del contratto. In entrambi si doveva, comunque, provare che l'erede era stato istituito solo in favore di un altro, cioè *gratia alterius*. Muovendo dai due frammenti di Papiniano e di Africano, Baldo enuclea i connotati della figura dell'erede fiduciario, differenziandoli da quelli dell'erede gravato di fedecommissario. Formalmente, si tratta sempre di eredi ma, mentre il secondo lo è anche di fatto e perciò destinatario dei *commoda*, il primo lo è solo di nome, perché è istituito erede solo *gratia alterius* e, perciò, privo dei frutti e della quarta parte. Questi criteri stabiliti da Baldo saranno poi utilizzati da Giasone di Maino (1435-1519) per delimitare l'essenza dei negozi fiduciari a causa di morte.

³ Si consideri, al riguardo, G. Lepore, *Trust nel modello inglese e nel modello internazionale: cenni sulle origini storiche*, Torino, 2008, *passim*.



Ne deriva che la *joint property*, realizzabile attraverso il *trust* (anglosassone!), si atteggia, non solo nei fatti, come una figura estranea alla cultura giuridica di *civil law* e da questa non mutuabile.

Verosimilmente, la disomogeneità delle nozioni stesse di proprietà, in *common law* e in *civil law*, rappresenta la ragione della problematicità appena evidenziata. A questa si aggiunga, poi, che solo nelle realtà a diritto non scritto, il *trust* può essere imposto per legge.

Tuttavia, il *trust* - cui di solito si suole fare riferimento - è, infatti, quello che si realizza per motivi privati e, in simili casi, potrà essere un *express trust*¹ - indicato in una chiara dichiarazione - o un *implied trust*, cioè un *trust* silente che vive senza alcuna dichiarazione esterna (ovviamente, in questi casi la sua disciplina sarà, per la quasi totalità determinata dalla libera autonomia delle parti, fatta eccezione per alcuni aspetti che, di volta in volta, possano essere regolati dagli *stutes*). In ogni caso, anche quando la disciplina del *trust* privato sia dettata da norme di legge, queste non saranno mai di carattere imperativo quanto, piuttosto, eminentemente suppletivo: esse potranno soccorrere l'atto di autonomia privata, in caso di parziale o totale assenza di disciplina convenzionale. Normalmente il *trust* privato è costituito secondo lo schema classico del trasferimento del bene ad un soggetto per il vantaggio di un terzo; se il soggetto predisponente possa allo stesso tempo ricoprire anche la posizione di beneficiario dipenderà poi dalle previsioni normative del singolo Stato in cui il *trust* è stato costituito². I beni oggetto del *trust* dovranno essere esistenti ed individuabili concretamente al momento di costituzione dello stesso; questa circostanza, a ben vedere, non va considerata per il *trustee* - il quale potrà essere individuato anche in un momento successivo, eventualmente anche ad opera del giudice, qualora vi fossero impedimenti all'autonoma determinazione dei privati. Lo scopo concreto del *trust* sarà, ovviamente, ascrivito alla volontà del predisponente al momento della sua costituzione ed il *trustee* dovrà uniformarsi a tutti gli obblighi connessi alla sua realizzazione: amplissimi poteri limitativi in ordine alla condotta del *trustee* saranno riconosciuti, parimenti, in capo al costituente. In ragione di tale autonomia decisionale, i vincoli ed i poteri che potranno essere imposti in capo al *trustee* saranno i più svariati, tanto da non sembrare azzardato, sotto questo aspetto, l'accostamento del *trust* all'istituto del contratto, inteso nella tradizione romanistica, e ciò proprio per la ricchezza di contenuti possibili³.

Nell'ambito dei *private trusts*, la differenza più significativa è data dalla distinzione tra *ordinary trust* e *discretionary trust*; mentre il primo comporta la fissazione di un utile da assegnare al beneficiario e da ricavarsi direttamente dal bene conferito in *trust* senza alcun apporto in termini discrezionali da parte del *trustee* nella determinazione del quanto e del *quomodo* dell'attribuzione, nell'ulteriore lo scenario cambia completamente: i beneficiari non avranno alcun diritto all'assegnazione di utili finché non sarà lo stesso *trustee* a determinarsi (liberamente e discrezionalmente) in tal senso.

In senso generale, comunque, una volta fissati i poteri del *trustee* nell'atto di costituzione del *trust*, questi avrà quasi sempre assoluta autonomia per quel che concerne l'amministrazione del bene; limiti ulteriori ai suoi poteri potranno derivare solo ed esclusi-

¹ *Trust* esplicito.

² In alcune aree degli USA il predisponente può addirittura assumere contestualmente le vesti di beneficiario del *trust* e di *trustee*, purché, però, egli non sia l'unico beneficiario del *trust*.

³ Il *Trust* di origine anglosassone è caratterizzato da una "capacità di adattamento" alla complessità delle singole situazioni che si intendono tutelare, appunto, in *trust*. Nel senso indicato si rinvia a M. Lupoi, *Il trust*, Milano, 2001, *passim*.



vamente da eventuali previsioni normative che, ovviamente, varieranno sempre a seconda dello Stato nel quale l'atto viene realizzato e delle leggi in quest'ultimo vigenti.

In Gran Bretagna, ad esempio, il *Trustee Act* del 1925 disciplina molti aspetti inerenti i poteri del *trustee*, tra cui quello di delega delle sue funzioni ovvero l'assunzione di impiegati che possano coadiuvarlo nell'esercizio delle sue funzioni ovvero, ancora, l'ipotesi in cui *trustee* sia costituita una persona giuridica. In base al *New York Estate Powers & Trusts Law* invece, al *trustee*, salvo quanto espressamente previsto nell'atto di costituzione, è fatto divieto assoluto di assumere soggetti alle sue dipendenze, non può disporre il comodato sui beni né gli è consentito di mantenere quelli eventualmente disinvestiti, salva comunque la possibilità, da parte del trasferente, di ampliare o ridurre i suoi poteri. Nella specie, poi, va evidenziato che il *New York Estate Powers & Trusts Law* si applica, infatti, solo nel caso in cui il trasferente non abbia disposto in modo diverso¹. Altro singolare aspetto è dato dalla circostanza secondo la quale nei *trusts* privati, ma anche in quelli pubblici, il *trustee*, una volta accettato l'incarico sarà svincolato da qualsivoglia obbligo o rapporto con il disponente; unico punto di riferimento nello svolgimento delle sue funzioni sarà il giudice, qualora ve ne fosse la necessità. Tuttavia, in ragione della sua responsabilità amministrativa e gestoria rispetto al patrimonio conferito in *trust*, egli² sarà responsabile nei confronti del beneficiario, che avrà sempre garantita la possibilità di intentare contro di lui, in ipotesi di condotte infedeli, azione per ottenere il risarcimento del danno.

Nei sistemi anglo-americano la volontà del predisponente non è l'unico veicolo di costituzione del *trust*. Nei sistemi di *common law*, in presenza di alcune circostanze, saranno ravvisabili *trusts* autoritativi che non derivano dalla volontà dei costituenti, bensì dal giudice: si tratta dei *trusts ope legis*, che di solito vengono riconosciuti dai giudici di *equity* per rimediare ad una situazione di ingiustizia. Tali rimedi vengono utilizzati laddove non sia stato possibile trovare altri strumenti *at law* capaci di ristabilire una situazione di equità.

I *trust ope legis* sono essenzialmente tre: il *constructive trust*³, il *resulting trust* e il già richiamato *implied trust*.

Per *constructive trusts* si suole fare riferimento a qualsiasi tipologia di *trust* che, invece di essere liberamente determinato dalla volontà delle parti, discende coattivamente dalla volontà del giudice per sanare situazioni in cui qualcuno, di prassi il *trustee*, abbia illegalmente disposto dei beni del fiduciario; in presenza pertanto di un obbligo alla restituzione, ma nella situazione di impossibilità che ciò avvenga, il giudice, tramite il *constructive trust*, disporrà la costituzione di un *trust* sugli utili ricavati dalla vendita⁴. L'utilità pratica e la caratteristica pe-

¹ V. sul punto l'analisi condotta da D.J. Hayton, P. Matthews, C. Mitchell, *Law of trusts and trustees*, 18^a Edizione, Londra, 2010, pp. 120-124. Si consideri anche M.C. Malaguti, *Il Trust*, in *Atlante di Diritto Privato Comparato*, V ed., a cura di F. GALGANO, Bologna, 2015, pp. 202 – 212.

² Nell'ipotesi, non improbabile, nella quale i *trustees* siano più di uno, questi risponderanno in solido dell'amministrazione nei confronti dei beneficiari.

³ Sull'argomento si rinvia diffusamente a G.L. Gretton, *Constructive trusts and Insolvency*, in *Eur. Rev. of Priv. Law*, 2000, pp. 463- 476.

⁴ In caso di trasferimenti illegali dei beni da parte del *trustee*, si potranno verificare due distinte situazioni: se l'acquirente avrà acquistato in buona fede ed il trasferimento sarà avvenuto a titolo oneroso, il beneficiario potrà soddisfarsi sul prezzo ricavato. Qualora, invece, l'acquirente avesse acquistato diritti in mala fede, il trasferimento sarà inopponibile al beneficiario che, pertanto, vedrà fatti salvi i suoi diritti sul bene. Vi è poi un'ulteriore opzione che, nel corso del tempo e sin dalle epoche più remote si è fatta strada nella giurisprudenza dell'*equity*: l'ipotesi del trasferimento infedele del bene in favore di soggetti in malafede ma a titolo gratuito. In siffatta ipotesi, la soluzione praticabile prevedrebbe la possibilità per il beneficiario di scegliere di



culiare del *constructive trust*, risiede proprio nel fatto che una simile finalità non sarebbe stata altrimenti realizzabile: non esiste, infatti, in nessuna delle aree di *common law* uno strumento che permetta al beneficiario defraudato di ristorarsi sugli utili del bene ingiustamente venduto dal *trustee*. Il *constructive trust* è, inoltre, adoperato quando il *trustee* abbia comunque abusato dei poteri conferitigli, anche senza arrivare alla conseguenza estrema dell'atto di disposizione dei beni.

Si parla di *resulting trust*, invece, tutte le volte in cui il giudice imponga la costituzione del *trust* sulla supposizione che il soggetto trasferente avesse solo l'intenzione di costituire un *trust*, poi non realizzato, ovvero – ancora – quando lo scopo del *trust* risulti illegale e quando, anche dopo la valida costituzione del *trust*, i beni rimangano nella disponibilità del *trustee* senza che questi sappia effettivamente come gestirli e secondo quali criteri. La differenza tra *constructive* e *resulting trust* deriva dalla circostanza che, mentre nel primo il giudice costituisce il *trust* indipendentemente dalla esistenza della effettiva volontà di un soggetto, nel secondo la predisposizione dello stesso avviene sulla base di una volontà di fatto esistente, ma erroneamente espressa o male interpretata.

Da ultimo, l'*implied trust* si realizza quando il giudice ravvisi in una situazione di fatto tutti gli elementi costitutivi di un *trust* sulla base di una serie di presunzioni (difficilmente "catalogabili" in quanto diverse da sistema a sistema)¹.

Esistono poi gli *statutory trusts*, ovvero i *trusts* normativamente previsti; essi sono creati dalla legge per le più svariate finalità, sono molteplici e sono validi entro il solo ambito applicativo dei testi che li prevedono.

L'evoluzione avutasi nei modi d'uso del *trust*, nei sistemi anglo-americani e soprattutto nei tempi più recenti, è dipesa eminentemente da esigenze di carattere commerciale (lo scenario di maggiore impiego del *trust*). La prassi, stratificata nel tempo, conosce ulteriori applicazioni concrete di *trust*, indotte dalla necessità di un'affidabilità di tipo pratico. Tra queste, le più comuni sono l'*investment trust*, il *business trust* e il *trust for sale*.

Partendo dall'analisi di quest'ultimo, va osservato che è caratterizzato dalla particolare circostanza nella quale si dispone che, ad un certo punto, i beni oggetto di *trust* debbano essere venduti dal *trustee*, con l'obbligo di costui di trasferire ai beneficiari il ricavato della vendita. Naturale contesto d'utilizzazione del tipo di *trust* in discorso è rappresentato dal caso di accettazione dell'azienda da parte degli eredi, subordinata l'intenzione di questi ultimi di venderla, nel momento economicamente più propizio, a terzi. In attesa che quel momento giunga, viene così nominato un *trustee* che avrà il compito di traghettare l'azienda fino, appunto, al trasferimento di proprietà –garantendo, comunque, gli utili ai beneficiari.

L'*investment trust* è, invece, strutturato sui depositi bancari; qui il depositante può limitarsi a nominare se stesso come *trustee* ed indicare una terza persona quale beneficiario. L'operazione diventa più significativa però quando il ruolo di *trustee* ricada su di una banca ed il *trust* venga costituito da più depositanti su di un unico conto: in simile evenienza la banca dovrà garantire il beneficio dei depositanti stessi e sarà tenuta al rispetto di una serie di obblighi in tal senso indirizzati. La medesima operazione può essere realizzata non con il denaro depositato, bensì con le polizze assicurative, prevedendo che gli interessi non vengano devoluti, ma investiti secondo modalità diverse e, comunque, a beneficio

soddisfarsi sul valore in danaro del bene nei confronti del *trustee*, ovvero di chiedere la surrogazione nei doveri del *trustee* del nuovo proprietario.

¹ Ad esempio, le Corti di New York presuppongono che, nell'ipotesi in cui un coniuge acquisti un bene e lo intesti all'altro coniuge, il primo voglia di fatto costituire un *trust* in favore dell'altro coniuge.



dell'assicurato o di un terzo da questi indicato (in questo caso si tratterà di *business trust*, caratterizzato dal doppio grado della sua aleatorietà: l'investimento a rischio ha infatti ad oggetto un capitale di cui non si conosce l'ammontare esatto nel momento in cui si dispone il *trust*)¹.

2.1. La ricostruzione del *trust*, seguendo la tradizione nella quale esso è nato, impone di considerare i seguenti elementi costitutivi:

1) il **trasferimento** di un diritto dal disponente al *trustee* ovvero la dichiarazione unilaterale, emessa dal disponente medesimo, attraverso cui egli si fa *trustee* di un diritto che già gli appartiene; 2) la **segregazione** ovvero la non confusione fra il diritto trasferito sul bene e l'intero patrimonio personale del *trustee*; 3) l'**affidamento**, inteso come la perdita di ogni facoltà del disponente quale effetto naturale del trasferimento; 4) lo **scopo** del *trust*, che può o meno essere inerente ai soggetti beneficiari; 5) la **fiducia**, quale prerogativa qualificante, siccome impressa all'esercizio dei diritti spettanti al *trustee*.

Notoriamente, le posizioni giuridiche che ruotano attorno al *trust*, sono generalmente tre: una è quella del disponente o *settlor* o *grantor*², cioè colui che istituisce il *trust*; la seconda è data dalla figura dell'amministratore o gestore, il *trustee*, il quale, divenendo intestatario dei beni, mobili o immobili, oggetto di conferimento in *trust*, acquista il potere-dovere di gestione ed amministrazione di questi ultimi secondo le indicazioni ed entro i limiti rigorosamente ed insindacabilmente prefissate dal disponente. La terza, e più significativa posizione, è rappresentata dal *beneficiary*, che potrà essere tanto espressa quanto implicita: sarà infatti nei confronti ed in favore di questa (e degli interessi pertinenti) che verrà orientata l'intera attività di gestione ed amministrazione del *trust* (in ragione di ciò, la cura e la salvaguardia degli interessi del beneficiario caratterizzeranno lo scopo precipuo ed essenziale legittimante la stessa esistenza del *trust*³).

Le soluzioni operative offerte dai sistemi *common law* permettono di evidenziare che "posizioni" e "soggetti" all'interno di un *trust* non sono necessariamente concetti coincidenti: lo stesso soggetto può infatti assumere più di una posizione giuridica. Simile evenienza sarà ravvisabile, ad esempio, nell'ipotesi del *trust* con una pluralità di disponenti, di amministratori, ma - soprattutto - nel caso di *trust* "autodichiarato". In questa fattispecie, un unico soggetto assume, allo stesso tempo, il ruolo di disponente e di *trustee* dei suoi stessi beni, ascrivendo - in capo a se medesimo - i contrapposti ruoli caratterizzanti l'istituto⁴. Con il *trust* autodichiarato, quindi, il disponente nomina se stesso quale *trustee*. Di conseguenza

¹ Accanto a questi usi tipizzati, per dir così, del *trust*, ve ne sono moltissimi altri. In senso esemplificativo, si pensi che il *trust* viene utilizzato molto spesso per la realizzazione di fini commerciali, senza ricorrere alla costituzione di società. In questo caso, al *trustee* vengono assegnati poteri di amministrazione tipici di un consiglio di amministrazione, mentre i beneficiari conservano un controllo sull'amministrazione - simile a quello di cui dispone l'assemblea dei soci della s.p.a. Il vantaggio pratico dell'utilizzazione del *trust*, piuttosto che del modello societario, risiede nella maggiore flessibilità dei poteri garantiti da questo strumento, con tutte le pertinenti conseguenze operative. Da non sottovalutare, poi, la segregazione del fondo rispetto a tutti gli altri beni di proprietà del *trustee*. Cfr., C.G. Chesire, *Il concetto del trust secondo la Common Law inglese*, Torino, 1993, p. 142; nonché C. Corocher, G. Ornella e F. Sforza, *Trust: strumento di pianificazione per la gestione patrimoniale*, Rimini, 1997, *passim*.

² La denominazione cambia a seconda dell'ordinamento di riferimento.

³ Per completezza espositiva, va detto che potrebbe incontrarsi anche una quarta posizione, tuttavia solamente eventuale, che è quella del "guardiano", il *protector*, sul quale, se esistente, verterà l'obbligo di sorvegliare sull'esatta esecuzione delle volontà del disponente.

⁴ Occorre considerare F. Cerio, *La trascrizione del trust interno auto-dichiarato su beni immobili o complessi di beni immobili*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2005, pag. 185.



non si assisterà ad alcun trasferimento di beni dal disponente al *trustee*. Dichiarandosi *trustee* di se stesso, il disponente mira a realizzare, all'interno del suo patrimonio generale, una sorta di "isola felice", rappresentata dai beni in *trust*; questi, a causa della loro destinazione, saranno isolati dal contesto generale di singola pertinenza¹.

¹ In Italia, il *trust* autodichiarato è stato, di recentissimo, oggetto di una significativa pronuncia da parte della Corte di Cassazione; con la sentenza n. 3886 del 25 febbraio 2015 infatti - la quale, unitamente alle sentenze n. 3735 e 3737 del 24 febbraio 2015, va a formare un gruppo di sentenze che rimarranno molto probabilmente annoverate negli annali della giurisprudenza tributaria italiana come sentenze "storiche" per essersi occupate per la prima volta di *trust* in sede di giudizio di legittimità e per avere oltretutto usato una "mano pesante" per tutti i *trust* diversi da quelli nei quali tra disponente e beneficiari non vi sia uno stretto rapporto familiare - la Suprema Corte statuisce in maniera definitiva che non può esservi *trust* se non c'è trasferimento di beni a un *trustee* che sia un soggetto fisicamente diverso dallo stesso disponente. In altre parole, la Cassazione, prendendo le mosse da una vicenda alquanto anomala ma tuttavia non rarissima, nella quale due coniugi si erano autodichiarati *trustee* di se stessi con l'intento di realizzare una destinazione dei beni vincolati in *trust* analoga a quella che si ottiene stipulando un fondo patrimoniale, definitivamente sconfessa la possibilità, all'interno del nostro ordinamento, di ritenere meritevoli di tutela i cosiddetti *trust* autodichiarati. Si tratta di una statuizione foriera di precise conseguenze, dalla quale emerge precisa diffidenza giudiziale rispetto ad atti d'iniziativa che spesso celano una simulazione e, perciò, nascondere una struttura fittizia o una costruzione artificiosa. La questione specifica sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo dell'indagine.



3. Si attergerebbe ricognizione parziale il tentativo di esaurire l'analisi del *trust* omettendo la pertinente correlazione col tema rappresentato dalla fiducia¹.

Nel contesto giuridico², poi, con il concetto di fiducia si suole indicare due fenomeni distinti, ma strettamente connessi l'uno all'altra e sviluppatasi – nel tempo – secondo la contiguità appena segnalata.

Ne deriva che la fiducia può, innanzitutto, essere intesa come quel particolare tipo di proprietà, la proprietà fiduciaria appunto, che si realizza tutte le volte in cui il proprietario si vede riconosciute le facoltà di godere e di disporre del bene non per soddisfare interessi suoi propri, bensì per la realizzazione di esigenze ascrivibili ad un terzo soggetto³.

Con simmetrica coerenza, la fiducia sta anche ad indicare il *pactum fiduciae*, ovvero una ben precisa figura negoziale, talvolta identificata in un vero e proprio schema contrattuale fiduciario, in ragione del quale un soggetto (fiduciante) investe un altro soggetto (fiduciario) della proprietà di un bene, di altro diritto reale ovvero di una ulteriore situazione giuridica soggettiva di vantaggio. Tale titolarità (piena per quanto riguarda i terzi) è tuttavia destinata ad essere circoscritta, nell'ambito dei rapporti tra le parti, da pattuizioni di carattere obbligatorio (c.d. *pactum fiduciae*)⁴.

Secondo quella che è la concezione classica ottocentesca, il contratto fiduciario si realizzerebbe ogni qual volta l'elemento causale del contratto eccede rispetto allo scopo tipico che le parti dovrebbero perseguire attraverso quel determinato schema negoziale. Tale esuberanza causale risulterà proprio da uno specifico patto, il *pactum fiduciae* di cui innanzi, che potrà tanto essere riversato nello stesso schema contrattuale attraverso l'inserzione di una specifica clausola, quanto, invece, risultare da una scrittura separata (classica ipotesi di fiducia *cum amico*).

L'ipotesi della fiducia *cum creditore* ricorre quando l'accordo fiduciario vada ad intercorrere tra due soggetti in posizione, per così dire, qualificata, ovverosia tra debitore e creditore. In questo caso, il primo aliena al secondo un bene a garanzia della propria posizione debitoria con l'accordo che, all'atto del soddisfacimento del credito, il creditore ritrasferirà il bene al debitore. Entrambe queste due fattispecie – la fiducia *cum amico* e la fiducia *cum creditore* – rientrano nella così detta fiducia dinamica, mentre la fiducia statica si realizza quando il fiduciario è già di suo proprietario del bene ma si limita a goderne e disporne, al fine di un determinato scopo, in base a quelle che sono le direttive del predisponente.

In linea generale, il contratto fiduciario, e perciò il *pactum fiduciae* ad esso sotteso, sono quasi sempre validi.

Nell'esperienza tedesca, ad esempio, la fiducia *cum creditore* si considera nulla quando sia contraria al buon costume, ovvero all'ordine pubblico e ciò ricorrerà in due casi specifici: quando il debitore perda, nei confronti del creditore, la propria indipendenza economica; quando il contratto arrechi un grave danno agli altri creditori, ledendo – quindi – le posizioni dei terzi.

¹ Sia consentita l'allusione retorica all'endiadi.

² V. sull'argomento S. Bartoli, *Prime riflessioni sulla modificabilità di un trust*, in *Trust e attività fiduciarie – Quaderni n. 6* a cura di B. De Guglielmi 2006, pp. 5 e ss.; L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, *passim*; C. Castonovo, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 1998, p. 446; U. La Porta, *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, *passim*.

³ In senso meramente descrittivo potrebbe cogliersi una certa assonanza col *trust*, d'origine anglosassone.

⁴ Anche questo schema si trova, sovente, ripercorso e riportato nel *trust*.



In Italia, a norma dell'art. 1344 cod. civ., il contratto fiduciario sarà illecito nel caso in cui sia organizzato in frode alla legge: si tratta della vendita con patto di riscatto e della vendita con patto di retrovendita, piegate alle finalità della mera vendita a scopo di garanzia (e in tal senso l'orientamento della Cassazione è univoco, atteso che – nei fatti – si tratta di atti dispositivi diretti ad aggirare il divieto del patto commissorio¹, ex art. 2744 cod. civ.²).

Va sottolineato che tra le due situazioni, appena ricordate, non sussiste un nesso di consequenzialità. La proprietà fiduciaria, infatti, nelle rare ipotesi in cui questa risulti ammissibile nei sistemi d'impianto romanistico appartenenti alla tradizione di *civil law*, non dovrà necessariamente essere originata da un contratto fiduciario e questo, da par suo, non è detto che debba necessariamente produrre l'effetto costitutivo di una proprietà fiduciaria. Ciò al contrario, avverrà – e si potrà quindi parlare effettivamente di proprietà fiduciaria – soltanto quando il “limite” dell'altrui interessi presenti le caratteristiche tipiche del vincolo reale, proprio come nel *trust* del *common law*.

Nei sistemi di tradizione romanistica³, nei quali vige – in senso qualificante – il principio della tipicità dei diritti reali, la proprietà fiduciaria non potrà mai essere espressione della mera autonomia contrattuale.

Tuttavia, si ponga mente alle fondazioni, alle società fiduciarie ed alle società di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare⁴.

¹ In ordine all'attualità del divieto del patto commissorio, di cui all'art. 2744 cod. civ., in correlazione anche alla vitalità del patto marciano, si rinvia alle osservazioni formulate, in prosieguo, nel testo.

² V. sul punto: M.C. Malaguti *Il Trust*, in *Atlante di Diritto Privato Comparato*, V ed., a cura di F. Galgano, Bologna 2015, pp. 202 – 212.

³ V. in tema F. Galgano, *La fiducia e il trust*, in *Atlante di Diritto Privato Comparato*, V Ed., a cura di F. Galgano, Bologna, 2015, pp. 197-200 il quale, testualmente sul punto, aggiunge: “ il bene è sottratto all'azione esecutiva dei creditori personali del proprietario fiduciario, il vincolo di destinazione è opponibile ai terzi aventi causa del proprietario fiduciario e così via. A questo modo la proprietà fiduciaria dà vita ad una dualità di situazioni proprietarie su un medesimo bene: la proprietà di diritto comune ed una diversa proprietà di più ridotto contenuto. Non si può invece parlare di proprietà fiduciaria in senso tecnico quando il vincolo di destinazione del bene al servizio di un interesse altrui sia oggetto di un rapporto puramente obbligatorio fra il titolare dell'interesse e il proprietario del bene, come tale inopponibile ai terzi creditori del proprietario e ai suoi aventi causa.”

⁴ Le fondazioni fiduciarie possono essere costituite tanto per atto tra vivi che *mortis causa* e si caratterizzano per il vincolo di destinazione che viene impresso dal costituente sui beni oggetto di trasferimento in favore della fondazione – e perciò dei soggetti che la compongono -: le facoltà di godimento e di disposizione verranno limitate agli atti indispensabili alla realizzazione dello scopo della fondazione. La figura ha origini assai remote nel tempo: nel nostro ordinamento il riferimento codicistico va colto negli artt. 32 e 699 del cod. civ. Le società mutano la loro disciplina da leggi speciali: si ponga mente al dec. legisl., 23 luglio 1996, n. 415, in tema di *Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi*, in G.U., 9 agosto 1996, n. 186 – suppl. ordinario n. 13; al decreto 13 agosto 2010, n. 141, rubricato *Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*, in G.U. n. 207 del 4 settembre 2010 - Suppl. Ordinario n. 212. Le società in discorso sorgono col precipuo scopo di ottenere l'affidamento di titoli al fine di amministrarli; in altre parole esse assumono l'amministrazione di titoli per conto di terzi soggetti, divenendone intestatarie senza che però l'affidante cessi di essere effettivo titolare degli stessi. Si realizza, insomma, una proprietà fiduciaria sui titoli, i quali non saranno così aggredibili né da parte dei creditori dell'affidante ma neanche da eventuali creditori della società affidataria, non essendo essa titolare esclusiva degli stessi. La peculiarità della situazione si giustifica nei particolari, serratissimi controlli cui le società fiduciarie sogliono essere sottoposte nonché nel fatto che le stesse società si presentino ai terzi proprio come fiduciarie. Per quanto concerne, in ultimo, le società di gestione di fondi comuni di investimento mobiliare, il fenomeno è davvero singola-



Le considerazioni che precedono permettono di affermare che nel nostro ordinamento, al di fuori di contesti positivi ben precisi, il contratto con effetti reali attribuirà al presunto fiduciario una proprietà semplice, piena ed esclusiva, di diritto comune, rilevando, eventualmente, il *pactum fiduciae*, solo tra le parti, rimanendo, quindi, inopponibile ai terzi aventi causa. Ciò tuttavia ha comunque talune ripercussioni sul piano formale; nel caso in cui l'accordo fiduciario esistente tra le parti dovesse rimanere inadempito, si potrà proporre azione per l'inadempimento, anche in forma specifica.¹

Sotto l'aspetto più prettamente pratico, il negozio fiduciario va considerato come contratto atipico, mediante il quale un soggetto fiduciante trasferisce ad un altro fiduciario un diritto o la mera legittimazione al relativo esercizio, sulla base di un accordo che vincola le parti, stabilendo modalità, tempi, condizioni di esercizio del diritto e fissando, principalmente, lo scopo che il fiduciario si impegna a realizzare.

Da tanto consegue, che nella fiducia di tipo germanistico, si verifica una semplice scissione tra titolarità formale del diritto, che resta in capo al fiduciante, e legittimazione al relativo esercizio, che farà capo, invece, al fiduciario.

Nella fiducia di tipo romanistico, invece, si assiste ad un vero e proprio trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario, con ciò realizzandosi un effetto traslativo voluto dalle parti, anche se limitato, nei rapporti interni, dal contenuto del *pactum fiduciae*.

Osservando i fenomeni descritti emerge che la distinzione tra fiducia romanistica e fiducia germanistica non è priva di rilievo, vieppiù in ordine al profilo propriamente fiscale.

Nell'esperienza italiana, il modello della fiducia germanistica trova applicazione nei casi di intestazione fiduciaria di titoli azionari e quote di partecipazione societaria. Tenuto conto della natura dei beni in esame, per la maggior parte azioni e valori mobiliari, e delle rispettive regole di circolazione, infatti, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento il principio della separazione, realizzata attraverso il negozio fiduciario, della titolarità del diritto di proprietà rispetto alla legittimazione al relativo esercizio. Al modello germanistico, in particolare, si è ispirato il nostro legislatore fin dal momento in cui ha dettato la disciplina delle "società fiduciarie", definendole, all'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, come "quelle che, comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa di assumere l'amministrazione dei beni per conto dei terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni".

Anche attraverso norme di legge successive, il legislatore ha confermato che nei casi d'intestazione fiduciaria di azioni e titoli, in genere, la proprietà del bene ascritta al fiduciante è separata dalla legittimazione all'esercizio in capo alla fiduciaria, imponendo alle società fiduciarie una serie di obblighi concernenti principalmente la comunicazione delle generali-

re. Qui i titoli che costituiscono il fondo comune appartengono collettivamente alla massa degli investitori, i quali sono proprietari "in comune"; tuttavia a tale titolo proprietario non corrisponde alcuna posizione attiva nei confronti dei titoli, gli investitori non avranno alcun potere né di disposizione né di amministrazione, spettando queste facoltà tutte alla società di gestione.

¹ Perciò, tanto formalmente quanto teoricamente, chi acquista un bene con un contratto fiduciario al di fuori delle ipotesi precostituite per legge, ne acquisterà la piena proprietà, non una proprietà limitata, con la conseguenza che potrà, ovviamente, disporne validamente ed illimitatamente. Pertanto, qualora il fiduciario dovesse decidere di voler violare il patto di fiducia che lo lega al fiduciante ed in ragione del quale ha ottenuto la proprietà del bene e dovesse decidere di disporre dello stesso, magari alienandolo, nulla potrà essergli contestato, se non su di un piano meramente interno; il fiduciante avrà perduto il bene ed altro non potrà fare che agire nei confronti del fiduciario infedele al fine di ottenere la condanna al risarcimento del danno.



tà degli effettivi proprietari dei titoli fiduciariamente intestati¹. Anche la giurisprudenza maggioritaria si è orientata in tal senso, ora richiamando il modello della fiducia germanistica nel caso delle intestazioni fiduciarie dei titoli, ora basandosi su quelle esplicite disposizioni di legge che riconoscono quale effettivo proprietario il fiduciante. Simile approccio ha favorito soluzioni giurisprudenziali delle nostre Corti ove è stato affermato che "la proprietà della società fiduciaria, pur non potendosi dire fittizia, viene ad assumere, pur tuttavia, connotazione meramente "formale" mentre il fiduciante, nonostante la formale intestazione del bene alla fiduciaria ne conserva la proprietà "sostanziale" ed è quindi in grado di disporre direttamente, senza necessità di alcun formale ritrasferimento dei titoli da parte delle società" o ancora che "nella società fiduciaria, i fiducianti vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alle società ed a queste strumentalmente intestati"².

Ben diverso invece è il caso del negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili, in quanto, stante la natura peculiare dei beni e le relative regole di circolazione, non è configurabile la medesima scissione della proprietà "formale" rispetto alla proprietà "sostanziale", come ricostruita a proposito dell'intestazione fiduciaria di azioni e titoli. Al riguardo, infatti, occorre tenere conto delle regole che concernono tanto i requisiti di forma del contratto, prescritti dal codice civile, quanto soprattutto gli adempimenti pubblicitari connessi alla circolazione dei beni immobili. Va da sé, quindi, che in ragione dell'impossibilità di ricorrere alla cosiddetta fiducia germanistica, il modello di riferimento non può essere che quello della fiducia romanistica, nella quale si verifica un vero e proprio trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, seppur limitato, tra le parti, dal *pactum fiduciae*.

¹ A mero titolo di esempio, si ricordano l'articolo 1, ultimo comma, del R.D. 29 marzo 1942, n. 239, in *G.U.* n. 74 del 31 marzo 1942, secondo il quale "le società fiduciarie che abbiano intestato a proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi" o, ancora, l'articolo 9, comma 1, della legge 29 dicembre 1962, n. 1745, in *G.U.* n. 5 del 7 gennaio 1963, ai sensi del quale "le società fiduciarie devono comunicare...i nomi degli effetti proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi...".

² V. Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031 in *Foro.it*, Vol. 121, No. 3, Marzo 1998/99, cc. 851-870 e Cass., SS.UU., 21 maggio 1999, n. 4943, *ibidem*. Simile affermazione è ricorrente anche nella giurisprudenza di merito.



4. La ricognizione del tema investigato impone di considerare la fonte transnazionale rappresentata dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985¹, laddove il legislatore europeo non ha osato proponendo definizioni, bensì la mera descrizione del *trust*. Infatti, è chiarito che “per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora taluni beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico”.

Le ragioni dell'intervento positivo convenzionale vanno ricercate nella crescente diffusione dei *trust* operanti su scala internazionale e, quindi, nell'esigenza di garantire l'efficacia ed il recepimento dell'istituto anche in ordinamenti diversi da quelli ove è costituito. Sullo sfondo, verosimilmente, s'intravede la necessità di assicurare lo sviluppo del settore specifico mediante la fissazione di norme internazionali di diritto privato che possano introdurre, nei diversi sistemi, criteri univoci di riconoscimento.

Nonostante le differenti aspettative, indotte dalla “forza della tradizione”, la Convenzione non prende in considerazione, quale modello universale, il *trust* tipicamente inglese, ma si limita ad un modello di portata più generica, sovente denominato come vero e proprio “*trust* amorfo”.

Con tale qualificazione, si intende sottolineare che, nel disciplinare la materia, i compilatori della Convenzione non hanno voluto riferirsi all'istituto fiduciario, come conosciuto in questo o in quell'ordinamento quanto, piuttosto, hanno profuso energie con l'obiettivo di creare una disciplina comune. Una sorta di approccio “neutro”, flessibile, facilmente adattabile a contesti culturali difforni tra loro, rispettoso dell'identità – anche storico-sociologica – dei singoli sistemi giuridici interessati. Tuttavia, nello sforzo proteso all'individuazione di una traccia, di un minimo comune denominatore che rappresenti la “minima unità effettuale” del *trust* nella disciplina qui considerata, occorre posare l'attenzione sull'art. 2 della Convenzione. Colà si evince che la destinazione dei beni controllati dal *trustee* è finalizzata alla realizzazione dell'interesse del beneficiario o di un fine determinato. A ciò si aggiunga che i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*; quest'ultimo è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge². Il negozio istitutivo deve, tra l'altro, essere provato per iscritto. Da tanto consegue che esso sarà sempre volontario, giammai imposto.

E' interessante osservare come il modello scelto all'Aja sia stato quello “storico” del *trust* di lingua anglofona, ma non inglese. Tuttavia, la Convenzione non ha regolamentato forme di *trust* – espressione diretta dei sistemi di *common law*. Si pensi, a titolo esemplificativo, al *constructive trust*, ma anche agli *investment* e *statutory trust*. All'inverso, verosimilmente, si sarebbe favorito lo stravolgimento di taluni principi, in contesti giuridici dove l'alienazione forzosa non è disinvoltamente ammessa.

In termini di *policy*, va evidenziato che i compilatori hanno inteso consentire – in primo luogo - il riconoscimento dei *trust* validamente costituiti all'estero. Con l'intento, proba-

¹ Ratificata in Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364, in *G.U.* 8 novembre 1989, n. 261.

² Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*, d'origine anglosassone.



bilmente, di favorire la veicolazione dell'istituto nei paesi di *civil law*, residuando taluni dubbi sull'ammissibilità di costituzione di *trust* meramente domestici.

L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge n. 364 del 16 ottobre 1989, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

All'interno della nostra realtà, le problematiche relative alla applicazione dell'istituto del *trust* derivano dalla constatazione che il nostro ordinamento non ha mai approvato una normativa nazionale che effettivamente ne disciplinasse il regime giuridico. Ciò ha favorito l'equivoco per cui il riconoscimento interno sarebbe affidato alle norme della Convenzione internazionale – in virtù del rinvio da questa operato alle discipline straniere¹.

La scelta del legislatore italiano si presenta diversa da quella verso cui si è mosso il legislatore francese, il quale ha recepito il *trust* nel diritto interno, probabilmente con l'obiettivo pratico di rendere gli operatori nazionali competitivi con quelli anglosassoni.

Questo vuoto normativo lascia a tutt'oggi tra le questioni più dibattute all'interno della nostra realtà proprio quella sulla configurabilità del *trust* interno. Questo va tenuto distinto dal *trust* propriamente straniero: con il primo si allude a quel *trust* che deduce in esso beni principalmente localizzati in Italia, mentre la scelta dell'ordinamento serve al solo fine dell'individuazione della disciplina. Il *trust* è, viceversa, straniero o esterno quando sia relativo ad una fattispecie dotata di elementi di internazionalità, ulteriori rispetto a quello della legge regolatrice, ovvero ogniqualvolta si verifichi una coincidenza tra l'ordinamento la cui legge viene scelta onde disciplinare il fenomeno ed il Paese al quale sono più strettamente connessi gli altri elementi qualificanti la fattispecie (cioè la sede, l'amministrazione e via enumerando).

Notevolmente problematico si pone il sindacato relativamente alla validità del *trust* interno². La legge n° 364 del 1989, di ratifica della Convenzione dell'Aja, è stata ed è tuttora oggetto di vivaci discussioni in ragione di due contrapposti orientamenti dottrinali³: il pri-

¹ Questo vuoto normativo lascia a tutt'oggi tra le questioni più dibattute all'interno della nostra realtà proprio quella sulla configurabilità dei così detti "*trust* interni".

² La letteratura sull'argomento è assai copiosa. Si considerino, *ex multis*: T. Arrigo, *Le obbligazioni fiduciarie dei trustee nei trust interni*, in *Trust e attività fiduciarie, Quaderni n. 6 Trust: Opinioni a confronto*, a cura di E. Barla De Guglielmi, 2006, *passim*; G. Aschieri e A. Righini, *Le prospettive per i trusts interni*, *Summa 201, maggio 2004, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIV legislatura – disegni di legge e relazioni, documenti d.d.l. 5736- A – Parere della II Commissione Permanente*; N. Borzi, *Scoppia la febbre del trust*, in *Il Sole 24 ore* del 23 luglio 2005, consultabile sul sito all'indirizzo

http://www.absolutenet.eu/admin/web/uploads/allegati/Plus%20Il%20Sole24Ore%2023.07.2005_Scoppia%20la%20febbre%20del%20trust%20inviato.pdf; F.D. Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, *passim*; R. Calvo, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Rass. Trust e Diritto Privato Co.*, 1998, pp. 33 e ss.; N. Canessa, *I trust interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano (con prefazione di M. Lupoi)*, Milano, 2002, *passim*; R. Corsello, *Il trust in Italia, uno strumento di ingegneria patrimoniale*, in *Hedge*, 2006, *passim*; G. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996, *passim*; A. Gambaro, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 644; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile, (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. del Notariato*, 2001, p. 13.

³ Le opposte posizioni sono state efficacemente rappresentate nell'ormai famoso dibattito a distanza che ha visto coinvolti tre illustri giuristi; v. F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile cit.*, in *Riv. not.*, 2001, pag. 11; M. Lupoi, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1159; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, pag. 1247; A. Gambaro, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee cit.*, p. 644; F. Gazzoni, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, pag. 1107.



mo¹, favorevole all'ammissibilità del solo *trust* straniero; l'ulteriore², maggiormente condiviso dalla giurisprudenza, (all'inverso) orientato alla valida configurabilità del *trust* interno.

La questione s'incentra sulla considerazione se, nonostante la ratifica della Convenzione, il *trust* costituito in Italia, destinando beni immobili siti nel nostro Paese ed il cui beneficiario sia un cittadino anch'egli ivi residente, possa essere caratterizzato dall'unica prerogativa, in termini di estraneità, rappresentata dalla legge "scelta" dalle parti per disciplinare il fenomeno specifico. In altre parole, occorre chiedersi se sia ammissibile, nell'ambito del nostro ordinamento, un *trust* in cui tutti gli "elementi soggettivi e obbiettivi" siano "legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come *trust* (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione"³.

Il primo orientamento dottrinale argomenta il suo sfavore nei confronti dei *trust* interni compiendo una valutazione del dato sistematico costituito dalla natura stessa della Convenzione. Essa, infatti, quale tipico strumento di risoluzione di problemi di diritto internazionale privato, è stata voluta per dissolvere i dubbi in merito all'operatività di *trust*, costituiti dove l'istituto è previsto e disciplinato, ed aventi efficacia nei contesti in cui il *trust* tradizionalmente non è conosciuto; ovvero di *trusts*, ovunque costituiti, purché aventi almeno un elemento di internazionalità che non sia la legge regolatrice. Tale inquadramento, pertanto, impedirebbe l'applicazione con riguardo al *trust* interno, in quanto fattispecie che non manifesta alcun profilo di internazionalità.

Tuttavia, la riflessione va spinta oltre. Infatti, i motivi di maggiore ostacolo all'ingresso nel nostro ordinamento di negozi di tal guisa sarebbero rinvenibili all'interno dello stesso codice civile, con specifico riguardo alla nozione insita nella frode alla legge⁴. Da tanto consegue che, ogni qualvolta il *trust* si ponesse quale strumento per eludere norme imperative, esso si trasformerebbe in uno strumento negoziale affetto da nullità radicale, ai sensi dell'art. 1325 c.c.. In via esemplificativa, si pensi all'istituzione di un *trust* con finalità di distribuzione dei beni ereditari, in modo tale da far venire sostanzialmente meno i diritti dei legittimari, oppure a quello costituito mediante il trasferimento di beni di una società in stato di insolvenza, allo scopo di addivenire al riparto delle attività difformemente rispetto agli istituti fallimentari⁵.

Ancora una volta, non va taciuto che il nostro legislatore non ha adottato alcuna legge volta a disciplinare l'istituto in questione. Il *trust*, per sua natura, si scontrerebbe con alcuni principi cardine del nostro sistema, tra i quali quello della tipicità dei diritti reali, nonché quello rappresentato dal divieto di costituire patrimoni dedicati - al di fuori dai casi espressamente previsti dalla legge⁶.

¹ La tesi contraria ai *trust* interni è sostenuta, con argomentazioni incisive, da: L. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, 2001, pp. 123 e ss.; F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato cit.*, pp. 11 e ss.; C. Castronovo, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 1998, pp. 441 e ss.

² Sostengono la tesi favorevole ai *trust* interni per tutti: M. Lupoi, *Il trust*, Milano, 2001, pp. 533 e ss.; L.F. RISO – D. MURITANO, *Il Trust: diritto interno e Convenzione dell'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio, studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato*, in *CNN Notizie* del 22 febbraio 2006.

³ V. M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 169 e ss. e in *Riv. not.*, 2006, p. 467 e ss.

⁴ Art. 1344 cod. civ.

⁵ In tal senso, il Tribunale di Milano, ordinanza 16 giugno 2009, in P. Pirruccio, *La segregazione dell'intero patrimonio aziendale nel trust cit.*, p. 1596.

⁶ V. art. 2740 cod. civ.



Va da sé, poi, che l'operatività del *trust* interno presupporrebbe, senza possibilità di successo, l'astrattezza causale dell'atto traslativo - dal disponente al *trustee*¹ - dei beni destinati ad entrare nel *trust fund*.

Nella nostra tradizione giuridica, il problema del fondamento causale dell'atto traslativo si è posto innanzitutto in relazione al negozio fiduciario, in termini più o meno analoghi al *trust*. Al riguardo, la dottrina² ha rifiutato di ricostruire il negozio fiduciario nel senso di un collegamento negoziale, osservando che “se nel quadro dell'asserito collegamento negoziale si utilizza come negozio reale uno schema causale tipico con effetti reali, ad esempio la vendita, è agevole obiettare che la funzione cui è in concreto piegato codesto schema negoziale si mostra incompatibile con la causa propria di esso”³, ed ha dunque preferito ricostruire la vicenda fiduciaria in termini unitari. Sicché quello fiduciario è stato ritenuto un negozio legislativamente atipico, costituito da una pluralità di atti e fondato sulla “unificazione causale dell'effetto reale e dell'effetto obbligatorio”⁴. Tuttavia, simile ricostruzione⁵ ha consentito, nel corso del tempo, una più corretta analisi dei rapporti tra atto istitutivo di *trust* e atto attributivo dei beni nel *trust fund*, evidenziando come, indipendentemente dalla nozione di causa cui si acceda, l'atto di attribuzione di beni in *trust* non possa mai essere ritenuto astratto⁶. Superato ogni “preconcetto che identifica la causa con il tipo normativo”⁷ è facile constatare, infatti, che tale atto ha un effetto attributivo, che di per sé, dal punto di vista causale, è sostanzialmente neutro, ed ha una causa che deve necessariamente ricercarsi nell'operazione di *trust*, alla cui piena realizzazione esso è finalizzato⁸. In altre parole, la causa che regge l'attribuzione è rinvenibile nell'istituzione del *trust*, alla quale la stessa attribuzione è funzionale; essa, a seconda delle preferenze, può individuarsi, più precisamente, nel primo e necessario atto di esecuzione del programma di *trust*, consistente nel

¹ Sul punto, assai incisivo F. Galluzzo, *Il trust internazionale ed il trust interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 264, secondo il quale l'astrattezza causale rappresenterebbe “l'ostacolo principale alla piena ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento”. In tema si rinvia a V. Mariconda, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 7.

² Imprescindibile lo studio di C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345.

³ Si consideri U. Carnevali, *Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario*, voce *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XX, c. 3. Si rinvia all'insegnamento di F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Milano, 1980, pp. 180-181.

⁴ Sul tema si consideri C. Grassetti, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548., Milano, 1991, pp. 6-10. Imprescindibile è la riflessione di N. Lipari *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 278. Cfr. U. Morello, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in AA.VV., *Fiducia, mandato, trust e agency*, Milano, 1991, p. 18, nonché L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, p. 195.

⁵ Si rinvia a F. Di Ciommo, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trusts*, 2003, p. 178.

⁶ Cfr. A. Lener, *Expressio causae e astrazione processuale, Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, in *Studi in memoria di Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 30. Si considerino anche V. Scalisi, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 52-119; B. Troisi, *Appunti sull'astrattezza negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, p. 401 e ID., *Negozio giuridico (negozio astratto)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, c. 174., nonché R. Sacco, *Negozio astratto*, in *Digesto delle Discipline Provatistiche - sez. civ.* -, Torino, 1995, vol. XII, p. 48.

⁷ Così, E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 421; v. anche A. Di Majo, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, c. 78. Cfr. A. Pellicano, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, *passim*.

⁸ Si consideri F. Di Ciommo, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1296.



trasferimento dei beni dal disponente al *trustee*, ovvero nella causa unitaria del *trust* e cioè, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja, nel passaggio di proprietà di alcuni beni o un certo patrimonio dal disponente al *trustee*, affinché quest'ultimo li gestisca per un determinato periodo, al fine di realizzare uno scopo indicato dal disponente; ferma restando la segregazione di tali beni e, dunque, la loro insensibilità alle vicende personali del *trustee*, dei beneficiari e del disponente stesso¹.

La normativa internazionale, tra l'altro, determinando, in presenza di alcuni presupposti, l'obbligo di riconoscere l'operatività del *trust*, afferma apertamente la meritevolezza dell'interesse e l'idoneità dello schema causale². E queste argomentazioni potranno essere mutate tanto per il *trust* internazionale quanto per il *trust* interno e a prescindere da ogni discorso relativo alla "copertura convenzionale" di quest'ultimo³.

Seguendo un'ulteriore impostazione, potrebbe sostenersi che non esiste alcuna ragione per negare l'operatività in Italia del *trust* interno ritenendo non meritevoli di pregio quelle argomentazioni⁴, a proposito degli atti attributivi dei beni nel *trust fund*, che discorrono di "arbitraria e non consentita astrazione parziale della causa" in negozi tipici. Ciò in quanto, gli atti attributivi in parola non sono tipici – "donazioni" o "disposizioni di ultima volontà", "gravati da un vincolo di destinazione" e dunque "piegati [ad una] funzione [...] incompatibile con la causa propria di ciascuno di essi" –, bensì atti atipici, espressamente legittimati dalla Convenzione dell'Aja e dalla relativa legge nazionale di ratifica. Questi mutuano il loro fondamento causale nell'essere inevitabilmente funzionali, connessi alla realizzazione dell'operazione di *trust*⁵.

Quindi, seguitando sul punto specifico, può essere osservato che il *trust* oggetto della Convenzione dell'Aja non ammette una rigida separazione, sotto il profilo della struttura causale dell'operazione negoziale, tra atto istitutivo ed atto attributivo, in quanto – come tra l'altro evidenziato nello stesso art. 2 della Convenzione, che parla espressamente di "*legal relationship*" – esso non è un atto, bensì una situazione che si viene a creare in presenza di determinate condizioni. Più precisamente, dovrebbe evocarsi la nozione di rapporto giuridi-

¹ Cfr. G. Tucci, *Trust, concorso di creditori e azione revocatoria*, in *Trusts*, 2003, pag. 24; F. Di Ciommo, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1470; G. Palermo, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 133 e ID., *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 571.; G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trust e Attività fiduciarie*, 2000, pp. 162 e ss., il quale osserva: «la causa del trasferimento dei beni al *trustee*, [...] è l'attuazione dello scopo del *trust*. Non si tratta di rinvenire una causa esterna». Così anche U. La Porta, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Quaderni del notariato*, 2002, n. 7, secondo cui l'atto attributivo dei beni in *trust* va inserito tra gli atti ad effetto traslativo, operanti nel nostro ordinamento, in cui il trasferimento non avviene a titolo oneroso né gratuito, bensì risponde a schemi causali atipici, funzionali alla realizzazione degli interessi perseguiti attraverso il negozio.

² Particolarmente convincente è l'impostazione di A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999, p. 178. Cfr. N. Lipari, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 483; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Milano, 1995, VIII, t. 2, p. 641.

³ Si rinvia a G. Palermo, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, Firenze-Pistoia-Prato, 2008, pp. 571 e ss.

⁴ Si ponga mente alle osservazioni di F. Galluzzo, *Il trust c.d. interno e i negozi di destinazione allo scopo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, c. 92., laddove sembra ragionare in termini di collegamento tra atto istitutivo di *trust* e atto attributivo.

⁵ Così F. Di Ciommo, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro It.*, 2004, I, c. 1296; V. anche lo studio di P. Schlesinger, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni del notariato*, 2002, n. 7.



co¹, sollecitata attraverso atti formalmente separati, ma inscindibilmente uniti sotto il profilo causale. Va da sé, quindi, che soltanto quando vi sia una dichiarazione giudiziale di invalidità *ex tunc* dell'atto istitutivo di *trust* può parlarsi, in riferimento al negozio attributivo, di mancanza di causa o di astrattezza causale, visto che, in assenza di un valido negozio istitutivo, il negozio attributivo perde la possibilità di perseguire la sua funzione originaria.

A questo punto, l'indagine va orientata alle argomentazioni in favore dell'ammissibilità dei *trusts* interni. Queste si poggiano, in primo luogo, sul disposto dell'art. 6 della Convenzione, che consentirebbe al costituente la più ampia libertà riguardo all'individuazione della disciplina regolatrice del *trust*, purché sia una legge che preveda l'istituto - siccome definito dall'art. 2 della Convenzione stessa. In argomento, va ricordato lo stesso art. 13 della Convenzione, laddove è affermato testualmente che «Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione». La disposizione appena evocata, a ben vedere, si porrebbe come "norma di chiusura", consentendo al giudice di non riconoscere il *trust* regolato dalla legge straniera, soltanto nel caso in cui² egli lo ritenga non meritevole di tutela, e ciò per ragioni ben circostanziate³.

¹ M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Riv. not.*, 1992, p. 966; D.J. Hayton, *The Law of Trusts*, Londra, 1993, *passim*; e G.T. Bogert, *Trusts*, St. Paul Minn., 1998, pp. 1 e ss.

² Pur non trovando applicazione le norme di salvaguardia previste agli articoli 15, 16, 18 della Convenzione stessa.

³ Quando ad esempio realizzi un abuso di diritto, venga utilizzato in frode alla legge o comunque ponga in essere degli effetti valutati dal giudice ripugnanti e confliggenti rispetto alle normative degli ordinamenti in cui dovrebbe essere riconosciuto.



5. La complessità del fenomeno si qui indagato non si è dissolta all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter¹. La novella, introdotta col d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, poi convertito con l. 23 febbraio 2006, n. 51², consente – esplicitamente – di trascrivere gli atti pubblici con cui beni immobili o mobili registrati siano destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche, per un periodo di tempo ben determinato che non può superare i novanta anni o, comunque, la durata della vita della persona fisica beneficiaria. Oltre al limite temporale appena ricordato, la norma prevede, altresì, l'indicazione dei soggetti che possono agire per la realizzazione degli interessi nonché i limiti e le condizioni di espropriabilità dei beni destinati e dei relativi frutti³.

In senso meramente descrittivo, è innegabile che la disposizione attenga al regime della pubblicità, e che, dunque, sia animata da una logica orientata a comporre i possibili conflitti insorti nel regime circolatorio dei beni. Tuttavia, pare intollerabile illazione inferire da questo e, quindi, riconoscere un pertinente profilo sostanziale. Quasi come se l'art. 2645-ter permettesse il riconoscimento, *pleno iure*, del *trust* interno, quale conseguenza naturale della regolamentazione del profilo più propriamente effettuale.

In senso generale, non è stata taciuta⁴ l'evidente assonanza tra il negozio di destinazione⁵, già noto nel contesto positivo italiano, ed il *trust* anglosassone. Simile osservazione è costruita sulla base di un ben preciso presupposto: l'art. 2645-ter darebbe vita, all'interno del nostro sistema, alla disciplina generale del negozio di destinazione *tout court*, sulla base di

¹ Testualmente, per maggiore chiarezza espositiva: "Gli atti in forma pubblica con cui i beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non inferiore a 90 anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferiti a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone giuridiche ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c., possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti ed i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, solo per i debiti contratti a tale scopo".

² in G.U. 28 febbraio 2006, n. 49, suppl. ord. n. 47.

³ La trascrivibilità di cui discorre il legislatore permette di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione, consentendo che, oltre al conferente, qualsiasi interessato possa agire per la realizzazione dell'interesse meritevole di tutela (di cui al menzionato vincolo). L'oggetto del conferimento, ed i pertinenti frutti, potranno essere impiegati solo per il fine di destinazione e potranno essere oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per lo scopo indicato (salvo quanto previsto dall'art. 2915, co. 2, c.c.).

⁴ Sul punto occorre riferirsi a M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, pp. 169 e ss. e in *Riv. not.*, 2006, pp. 467 e ss.; A. Busani, *Differenze e analogie di due istituti che si intrecciano*, in *Il Sole24Ore del Lunedì* del 13 marzo 2006, pag. 30 e ID., *Il trust trova la regola base*, in *Il Sole24Ore* del 9 luglio 2005. Cfr. G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 161 e ss.

⁵ E' stato osservato da D. Muritano, *Il c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library*, come « Il termine "negozio di destinazione" viene qui utilizzato per designare la specifica ipotesi in cui, per volontà di un soggetto, uno o più beni vengono vincolati ad uno scopo (cioè soggiacciono ad un vincolo di destinazione di tipo "reale" e non meramente obbligatorio) e detto vincolo risulta rafforzato da un meccanismo di separazione patrimoniale. Tale specifica ipotesi si inserisce nel più ampio fenomeno del cosiddetto "atto di destinazione", il quale comprende gli atti giuridici (di natura negoziale o meno) per effetto dei quali dei beni subiscono un vincolo giuridico di tipo finalistico, accompagnato o meno da un meccanismo di separazione patrimoniale».



una certa vicinanza concettuale con la nozione di *trust*, esaminata nei paragrafi che precedono¹.

Ma il vero *punctum dolens* risiede nel rapporto esistente tra l'art. 2645-ter e la stessa Convenzione dell'Aja, laddove quest'ultima – com'è necessario ricordare – è una vera e propria convenzione di diritto internazionale privato, orientata a risolvere conflitti di legge e ad individuare il diritto applicabile per la relativa situazione antinomica. L'insidia, per la verità grossolana e semplicistica, consiste nel dedurre, dalla “combinazione” della disciplina convenzionale con la novella menzionata, che il *trust* sarebbe diventato, *hic et nunc*, un istituto di diritto interno².

Probabilmente, è opportuno che l'analisi dell'innovazione codicistica si avvii considerando la portata sistematica della nuova disposizione. Si tratta, in concreto, di una sorta di schema generale degli atti di disposizione, attraverso cui – tuttavia – non si è incrementata la portata dell'autonomia contrattuale³. Infatti, alcuna esitazione può opporsi all'idea che, in tempi anteriori alla vigenza della novella, fosse consentito di dar vita, con efficacia *inter partes*, dunque obbligatoria, ad atti di destinazione, su beni mobili registrati o immobili, per la realizzazione d'interessi meritevoli di tutela ascrivibili a soggetti privati o collettivi⁴.

Se l'osservazione si limitasse nei termini appena indicati, l'art. 2645-ter c.c. sarebbe norma sostanzialmente inutile. Tuttavia, la carica peculiare della disposizione positiva va colta con riguardo al divieto di alienazione, di cui all'art. 1379 c.c. Questo veicola un principio di ordine pubblico, delimitando la pertinente validità a limiti temporali ben precisi, ed alla realizzazione di “... un apprezzabile interesse di una delle parti”. Si tratta, com'è intuitibile, di una restrizione incisiva del diritto di proprietà, spinta sino alla compressione (più o meno eclatante) dell'utilità economica della cosa, estensibile, poi, alle “pattuizioni ... contenenti un vincolo di destinazione dato ad un bene”⁵.

Ed allora, l'art. 2645-ter c.c., attribuendo la facoltà di trascrivere gli atti di destinazione sugli immobili e sui mobili registrati, estende il limite temporale d'operatività del vincolo (a non oltre novanta anni dalla sua costituzione ovvero alla durata della vita della persona beneficiaria), sancendo l'imprescindibile, pertinente legame eziologico con la “... realizzazione di interessi meritevoli di tutela” – soggettivamente ben orientati.

Ma il vero *quid pluris* va colto in prospettiva, per dir così, dinamica. Nel senso che dalla flessibilità dell'interesse apprezzabile di una delle parti (*sic*, art. 1379 c.c.) si è giunti – nel contesto della deroga al divieto di alienazione (art. 2645-ter) – alla qualificazione dell'interesse (cui è teleologicamente orientato l'atto d'iniziativa), riconducibile “... a persona con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”. Si tratta,

¹ Cfr. M. Lupoi, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c., quale frammento in trust*, in *Riv. Not.*, 2006, 2, p. 468, e in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, p. 124. Più di recente, ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, *passim*, laddove porta ad ulteriore compimento le osservazioni formulate in ID., *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010, *passim*.

² Merita attenzione la rigorosa ricostruzione di F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 18.

³ Va condivisa l'opinione di A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notariato*, 2008, 5, p. 997.

⁴ C. Castronovo, *Il trust e “sostiene Lupoi”*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 451. Cfr., più di recente, A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione cit.*, p. 993.

⁵ In tal senso, si esprime Cass., 30 luglio 1984, n. 4530, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2014. Cfr. A. Fusaro, *I vincoli contrattuali di destinazione degli immobili*, in AA.VV., *Trattato dei contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, III, Torino, 1995, pp. 2329 e ss.



quindi, di una specificazione di non poco momento, da “spendere” nel contesto dell’utilità sociale e/o della pubblica utilità. Coerentemente, va osservato che l’art. 2645-ter c.c. è norma attraverso cui trova adeguata espansione la c.d. autonomia della solidarietà¹.

La progressione appena segnalata legittima, in concreto, l’ulteriore passaggio dalla valenza meramente obbligatoria del valido divieto di alienazione, all’opponibilità *erga omnes* del valido atto di destinazione. Comunque, nulla impedisce che la trascrizione, con virtù dichiarativa – a mente dell’art. 2645-ter c.c. –, non atteggiandosi quale prerogativa indefettibile, possa essere omessa: conseguirà l’inopponibilità dell’atto e, quindi, del relativo effetto segregativo.

A questo punto, occorre evitare ogni ulteriore indugio e chiarire le ragioni positive a favore del disallineamento della menzionata disciplina interna con il *trust*, quale modello di *common law*.

La matrice comune è rappresentata dalla destinazione patrimoniale, orientata a modulare la responsabilità patrimoniale con una forma di titolarità di diritti nell’interesse altrui. Ne deriva che “il modello di atto di destinazione previsto dalla nuova norma costituisce un negozio (...) che lascia al disponente la proprietà *pleno iure* dei beni, vincolandoli allo scopo indicato nell’atto, e attribuisce al beneficiario la titolarità non di situazioni reali, ma di semplici pretese di natura personale”². A ciò si aggiunga, in senso decisivo, che l’ipotesi dell’art. 2645-ter c.c. non lega essenzialmente il vincolo ad un rapporto di tipo fiduciario tra il conferente (o altro soggetto) ed il beneficiario.

Da tanto consegue che, al di là di ragioni più o meno formali (chiuse nell’economia grammaticale della novella), l’art. 2645-ter c.c. non può essere elevato a disciplina degli atti di destinazione *tout court*³. Piuttosto, la vera innovazione attiene alla trascrivibilità di un peculiare tipo di effetto, quello (appunto) di destinazione⁴. Ciò consentirà – in definitiva – l’opponibilità del vincolo ai creditori ed aventi causa⁵, determinando l’insensibilità del bene destinato ad iniziative espropriative. Non sono ravvisabili ragioni positive che possano impedire alle parti, in concreto, di adottare una struttura – anche atipica –, purché adeguata alla realizzazione della funzione *de qua*.

Tuttavia, sarebbe fuorviante asserire che la norma in discorso esaurisca il suo fine nella segregazione evocata. Questa, piuttosto, s’atteggia come il mezzo affinché la gestione

¹ P. Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, in www.scuoladinotariatodellalombardia.org, p. 124. Non dissimile è l’impostazione di G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione e separazione patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 324 e ss., il qual reputa sempre essenziale l’effetto separativo.

² A. Luminoso, *Contratto fiduciario* cit., p. 1000.

³ Nel senso indicato nel testo, G. De Nova, *Esegesi dell’art. 2645 ter cod. civ.*, Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, in www.scuoladinotariatodellalombardia.org, p. 1.

⁴ A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell’art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 38 e ss. Cfr. A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 545 e ss.

⁵ In argomento appare interessante la pronuncia di Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Italia Oggi* del 20 aprile 2006, pp. 52-53.⁵, nonché in *Foro. it.*, 2006, I, c. 1936, con commento di F. Di Ciommo. Il tribunale adito ha sostenuto che, in realtà, l’art. 2645 ter non introduce affatto nel nostro ordinamento un nuovo tipo di negozio di destinazione, ma soltanto “un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione [...] accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi”. Secondo tale interpretazione, quindi, si ribadisce ancora una volta che la norma non conterrebbe alcun indice da cui desumere l’avvenuta creazione di una siffatta nuova figura negoziale, non essendone chiara né la natura unilaterale o bilaterale, né il carattere oneroso o gratuito.



del bene realizzi la funzione solidale, siccome emergente dall'atto istitutivo, e – quindi - sia resa pubblica e controllabile da parte di chi vi abbia un interesse¹.

Con simmetrica coerenza, l'interesse meritevole di tutela, da individuare nell'atto organizzativo di destinazione, non implica peculiari valutazioni problematiche², nella misura in cui esso mutua la propria ragion d'essere dall'utilità sociale o dall'utilità pubblica, quindi dalla finalità, *lato sensu* solidaristica, che lo legittima³.

A tal punto, residuano due differenti prospettive d'indagine che – sul tema in questione – meritano d'essere investigate: a) l'una, tesa alla ponderazione dell'alienabilità del bene destinato a terzi, allorquando il vincolo sia trascritto; b) l'ulteriore, orientata alla considerazione del concorrente interesse creditorio, da tutelare nel caso in cui l'organizzazione dell'atto di destinazione sia orientata a decrementare artatamente la consistenza patrimoniale del debitore.

In merito al profilo *sub a)*, si tratta di una questione particolarmente problematica, indotta dall'incertezza della stessa novella. Tuttavia, occorre valutare la compatibilità in discorso, tratteggiando le prerogative qualificanti lo stesso atto di destinazione. Il legislatore all'art. 2645-*ter* cod. civ. ha stabilito che beni immobili o beni mobili, iscritti in pubblici registri, possono essere destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela (ascrivibili a soggetti ben definiti, cui in precedenza è stato fatto ampio riferimento). La norma termina con un'affermazione univoca: "I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione (...)". In via di prima approssimazione, seguendo la lettera della disposizione, la conclusione sarebbe a favore dell'inalienabilità conseguente alla trascrizione dell'atto, atteso che l'eventuale successiva circolazione del bene dissolverebbe quel legame funzionale che qualifica lo stesso atto di destinazione.

Qualora si optasse per la soluzione opposta, ci si affiderebbe – probabilmente – alla forza persuasiva del principio dato dall'elasticità, tipico del diritto di proprietà. Ad esso andrebbe parametrata la regola codificata nel 2645-*ter* cod. civ.: questa, infatti, stabilisce che gli atti di destinazione possono essere istituiti per un periodo non superiore ai novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria. Verosimilmente, ciò significa - in concreto - che l'eventuale acquirente soffrirà consapevolmente il vincolo trascritto e, se del caso (in quanto contrattualmente convenuto), potrà essere ascritto alla categoria del "qualsiasi interessato", legittimato ad agire per la realizzazione dell'interesse meritevole – qualificante l'iniziativa solidale. Tuttavia, non può essere pretermessa l'incidenza dell'eventuale vicenda circolatoria sul regime della responsabilità patrimoniale generica, di cui all'art. 2740 cod. civ. Nella consapevolezza che alla trascrizione del vincolo consegue, per espressa determinazione dell'art. 2645-*ter* cod. civ., l'inaggredibilità dei beni destinati (con i relativi frutti) da parte dei creditori, per debiti collegati alla finalità della destinazione.

Quindi, l'acquirente succederebbe al disponente nella proprietà *pleno iure* dei beni destinati, quello si sostituirebbe e/o aggiungerebbe a questo per la realizzazione dell'interesse

¹ G. Oppo, *Riflessioni preliminari*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, pp. 12 e ss., laddove il regime della pertinente trascrizione è inteso quale "pubblicità del fine per la cui realizzazione i beni devono essere impiegati (...)".

² Sulla complessità del giudizio di meritevolezza di tutela, da condurre in concreto, è imprescindibile l'insegnamento di G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pp. 345 e ss.

³ Si rinvia diffusamente ad A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee cit.*, p. 644.



dedotto nell'atto istitutivo; a favore del beneficiario persisterebbero pretese di natura strettamente personale, insensibili all'eventuale avvicendamento.

In senso strettamente pratico, non va taciuto che l'inalienabilità, temporalmente limitata, appare la soluzione più "lineare"¹.

Con riguardo alla prospettiva *sub b*), di cui in precedenza, va proposta una differenziazione tra pretese creditorie sorte in tempi anteriori al vincolo e quelle successive. In merito alle prime, la tutela va accordata attraverso il regime dell'azione revocatoria ordinaria, *ex art.* 2901 cod. civ. Le ulteriori, vedranno utilmente opposti a se medesime gli effetti segregativi, rispetto ai quali assume funzione dirimente il sistema della pubblicità adottata.

Da quanto sin qui osservato, emerge la notevole lontananza della novella, quale disciplina interna, dal *trust* espressione della tradizione di *common law*. Non solo, ma l'atto di destinazione è lontano anche dal negozio fiduciario². In altri termini, il *trust* - siccome consolidato nella tradizione dei sistemi di *common law* - non esiste nel nostro ordinamento³. Né, tantomeno, è pensabile esista un *trust*, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985. Questa - infatti - non ha creato un ponte, per dir così, tra i sistemi di *civil law* e i sistemi di *common law*. Lo *shapeless trust* (o amorfo, che dir si voglia) irrompe attraverso la disciplina convenzionale, con il precipuo intento di dirimere conflitti nella prospettiva applicativa, internazional-privatistica, del *trust* stesso.

In definitiva, non può essere taciuta la constatazione che l'esigenza indotta dai traffici sembra ambisca a travolgere inesorabilmente categorie e tradizioni, univocamente orientate, in nome degli affari (*trust*) - mercé l'organizzazione di regolamenti negoziali e di tutele equivalenti a quelli già noti al nostro legislatore del 1942.

A simile osservazione si aggiunga un ostacolo positivo di non poco momento, rappresentato dall'art. 2740, comma 2, del nostro cod. civ., nella misura in cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore (*rectius*: dell'aggregabilità del suo patrimonio) "(...) non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge".

A ben vedere, non rappresenta la deroga *de qua* la Convenzione dell'Aja in sé (né il combinato disposto dei suoi artt. 2 ed 11), in quanto non si tratta di fonte del diritto interno italiano, piuttosto - come detto - di mera modalità per risolvere un contrasto tra norme appartenenti a diversi ordinamenti.

¹ E' orientato all'inalienabilità *tout court* G. Vettori, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 179 e ss. Cfr., *contra*, M. Bianca, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *op. ult. cit.*, p. 38.

² La "combinazione" dell'atto di destinazione col regime del negozio fiduciario sarà, se del caso, espressione dell'autonomia contrattuale delle parti. Si consideri, sul punto specifico, il ragionamento convincente di A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione* cit., p. 1001, è delineata la possibilità di "(...) concludere un contratto fiduciario cui venga collegato un atto di destinazione (del fiduciante)". Si tratta, a ben vedere, di una combinazione negoziale, prossima alla commistione, laddove vige la sintesi tra la destinazione patrimoniale e l'attribuzione fiduciaria; nella misura in cui quest'ultima farà capo ad un fiduciario, il quale provvederà alla gestione dei beni affinché si attui lo scopo solidale - di cui all'atto di destinazione. Secondo l'A. considerato l'eventualità tratteggiata "(...) determina un rafforzamento della posizione del beneficiario verso l'esterno, nei confronti cioè dei terzi; (...) dando vita ad un modello (non legale) di "fiducia rinforzata", indubbiamente nuovo per l'ordinamento italiano. Tuttavia, anche la "fiducia rinforzata" non permette accostamenti al *trust*.

³ Non si dimentichi che il *trust*, d'origine anglosassone, può essere istituito per le finalità più disparate, spinte sino alla realizzazione d'interessi futuri e non riconducibili a persone fisiche. E' macroscopica l'eterogeneità tra una simile flessibilità e la qualificazione degli interessi meritevoli di tutela cui deve essere orientato il vincolo di destinazione, a mente dell'art. 2645 *ter* cod.civ.



6. E' verosimile che il disagio del civilista di *civil law* non sia indotto da gretta chiusura municipale, piuttosto dalla seguente constatazione oggettiva: il *trust tout court*, qualora fosse riconoscibile *sic et simpliciter* nel nostro sistema, rappresenterebbe una sorta di "reazione", siccome favorita dall'efficienza pratica all'utilizzazione (spesso invalsa) di negozi simulati, all'impiego abusivo dei negozi tipici, al proliferare di prestanomi e via enumerando. In ragione del principio della trasparenza, di derivazione anglosassone, dell'affermazione della regola aurea dell'affidamento incolposo delle parti e della coerenza tra ciò che appare e ciò che è, il *trust* rappresenterebbe modalità operativa affidabile e particolarmente utile¹.

Ma è proprio la ragione appena descritta ad indurre seri dubbi, non solo in termini di opportunità. Si tratterebbe di favorire sistemazioni patrimoniali, un tempo affidate ad elusioni, a frodi, a "teste di legno" e ad intenti simulatori. Il disvalore veicolato da tale prova indiretta non può consentire la separazione patrimoniale, cui anela – *ex se* – ogni atto istitutivo.

Senza esitazione, va riconosciuto che il nostro ordinamento, sfornito di una normativa speciale sul *trust*, non tollera pedissequi trasposizioni, sol perché praticamente utili. L'efficientismo non può essere spinto sino a pretermettere quella graduazione, quella progressione cogente qualificante il giudizio di meritevolezza di tutela (dell'interesse in concreto perseguito) ed il suo rapporto col vaglio di liceità. Le motivazioni², sullo sfondo dell'atto d'iniziativa privata – tipico o atipico che sia³ –, devono cedere il passo alla preventiva valutazione dell'operazione concreta e della sua "(...) corrispondenza ai principi dell'ordine giuridico"⁴.

Questo pare il vero momento di frattura del *trust* anglosassone con la nostra tradizione giuridica e con il nostro impianto normativo, a meno che non si favoriscano scelte metodologicamente opinabili.

In attesa che il legislatore italiano adotti la sua regola positiva, è convincente la sollecitazione di chi propone di "rimuovere arcaici divieti"⁵, unitamente alla valorizzazione di opportunità foriere di un'adeguata e "moderna" organizzazione pratica degli affari: da un lato, si allude alla nullità del patto commissorio⁶ (teso a tutelare gli altri creditori, piuttosto che il debitore da illegittimi approfittamenti); dall'altro, alla validità del patto marciano.

¹ La constatazione è considerata molto criticamente da F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso* cit., p. 1252. Nella prospettiva criticata, anche nel testo, ha avuto un notevole successo la *Trusts Jersey Law* del 1984: si tratta di una legge tra le più permissive e flessibili. La legge del Jersey è stata successivamente emendata dalla: *Trusts Amendment Jersey Law* del 1989; *Trusts Amendment N. 2 Jersey Law* del 1991; *Trusts Amendment N. 3 Jersey Law* del 1996, *Trusts Amendment N. 4 Jersey Law* del 2006. L'isola di Jersey (*Bailiwick of jersey*) si trova nel canale della Manica ed è la più estesa tra le Isole del Canale, le quali non fanno parte del Regno Unito, ma sono una dipendenza della Corona Britannica. Ogni isola ha un proprio autonomo governo interno.

Il successo pratico, in prospettiva internazionale-privatistica, del *trust* ha spinto la Repubblica di San Marino ad adottare la L. costituzionale, 26 gennaio 2012, in *Trusts e attività finanziarie*, 2012, p. 218, disponendo l'istituzione, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, della *Corte per il trust ed i rapporti fiduciari*.

² Nella prospettiva indicata nel testo, v. C. Grassetti, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936, p. 3.

³ E' imprescindibili lo studio di G.B. Ferri, *Causa e tipo* cit, p. 357 e ss.

⁴ Testualmente, G.B. Ferri, *op. ult. cit.*, pp. 358-359.

⁵ F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso* cit., pp. 1252-1253.

⁶ Il patto commissorio merita adeguata considerazione in ragione del patto marciano e della tradizione ad esso pertinente. Quest'ultimo non è disciplinato dalla nostra legge positiva; tuttavia, vanta una millenaria storia dogmatica, risalendo ad una probabile interpolazione giustiniana di un testo del giurista Marciano, che permetteva al creditore insoddisfatto di appropriarsi della cosa ricevuta in garanzia, purché stimata al giusto prez-



Tuttavia, va evidenziato che lo stesso divieto del patto commissorio sta vivendo una stagione molto poco felice: ne va segnalata la crisi che emerge dalla considerazione di taluna legislazione speciale. Nel dettaglio, il riferimento è all'art. 6, comma 2, del dec. lgs. 21 maggio 2004, n. 170¹: questo sancisce, in attuazione della direttiva 2002/47/CE (in materia di contratti di garanzia finanziaria), l'inoperatività del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. nei "contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine"².

Il superamento del divieto del patto commissorio è stato sollecitato, altresì, da forme creditizie importate dagli ordinamenti anglosassoni (ove il divieto medesimo è assolutamente ignoto). Così, il prestito vitalizio ipotecario, introdotto dall'art. 11 *quaterdecies*, comma 12, del dec. legge 30 settembre 2005, n. 203³, convertito nella l. 2 dicembre 2005, n. 248⁴, quale finanziamento riservato agli ultrasessantacinquenni come strumento di liquidazione *ante mortem* dell'immobile ipotecato, salva la restituzione dell'eccedenza agli eredi (gergale: *equity release* ovvero *lifetime mortgage* ovvero, ancora, *reverse mortgage*)⁵.

Anche la nostra giurisprudenza si è allineata nel senso appena segnalato, favorendo l'utilizzazione del patto marciano⁶ per le sue affidabili virtù pratiche. Ci si riferisce al caso in cui la Cassazione ha ritenuto elusiva l'iniziativa tesa all'acquisizione della proprietà del bene in mancanza del pagamento del debito garantito, poiché la frode era costituita dalla sproporzione tra l'entità del debito ed il valore dato in garanzia. Detta sproporzione, è chiarito nella sentenza, non è stata ravvisata (anche in via di principio) nel patto marciano, a condizione che al termine del rapporto si procedesse alla stima del bene e il creditore, per acquisirlo, si obbligasse al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito.

Più di recente, ancora una volta la Cassazione ha sottolineato la funzione "redimemente" del patto marciano nel contesto di determinate contrattazioni⁷. Così, nella fattispecie richiamata, è stato chiarito che il contratto di *sale and lease back* è nullo, per illiceità della causa in concreto, ove violi il divieto di patto commissorio. A meno che le parti, con apposita clausola da identificare con il patto marciano (appunto), abbiano preventivamente convenuto che al termine del rapporto - effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo - il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo ec-

zo (*rem iusto pretio tunc aestimandam*. D.20.1.16.9). L'ipotesi della validità del patto marciano deve essere riguardata, oggi, nella prospettiva della crisi del divieto di patto commissorio.

Sul tema della relazione tra patto commissorio e patto marciano appare sintomatica la soluzione positiva adottata dall'ordinamento francese. Infatti, la riforma delle *sûretés* (ord. 23.3.2006, n. 346), abrogando l'univoca sanzione della nullità di cui era affetto patto commissorio (artt. 2078, 2088 *code civ.*), ha ammesso il patto marciano: così il creditore insoddisfatto diviene proprietario del bene in garanzia, corrispondendo l'eccedenza di valore al debitore o, se ve ne sono, agli altri creditori pignoratizi e ipotecari (artt. 2348, 2459, 2460 *code civ.*).

¹ In G.U., 15 luglio 2004, n. 164.

² Fermo restando che, a mente dell'art. 4, lettera b), del medesimo decreto legislativo, è possibile procedere "all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione;

³ in G.U., 3 ottobre 2005, n. 230.

⁴ In *Suppl. ord.* della G.U., 2 dicembre 1995, n. 281.

⁵ Il prestito vitalizio ipotecario è una particolare tipologia di finanziamento senza rate, destinato a persone fisiche con più di 60 anni di età con un titolo di proprietà su un immobile residenziale.

⁶ Si tratta di Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, pp. 719 e ss.

⁷ Si tratta di Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fallimento e le procedure concorsuali*, 2015, 4, p. 399.



cedente l'entità del suo credito.

Tale è apparsa la strada per ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e per evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia. Nulla potrà impedire che la previsione convenzionale stabilisca differenti modalità di stima del bene, per come emerse nella pratica degli affari, purché dalla struttura del patto marciano in ogni caso risulti, anticipatamente, che il debitore perderà la proprietà del bene ad un giusto prezzo, determinato al momento dell'inadempimento, con restituzione della differenza rispetto al maggior valore. Coerentemente, poi, è stato chiarito che non costituisce requisito necessario che il trasferimento della proprietà sia ancorato al suddetto pagamento, potendosi articolare la clausola marciana nel senso di vincolare il passaggio della proprietà sia al solo inadempimento, sia all'effettiva corresponsione della differenza di valore.

Nel senso appena indicato è orientata anche la progettata codificazione europea, nella misura in cui sembra aver individuato anch'essa nella legittimazione del patto marciano la strada adeguata per favorire l'avvicinamento tra gli ordinamenti che ignorano il divieto del patto commissorio e gli ordinamenti che ne continuano a professare la vigenza¹.

Ma al di là delle sollecitazioni che precedono, tese al ripensamento critico di opinabili e sedimentate opzioni positive, la vacanza normativa di cui innanzi deve favorire unicamente l'utilizzazione di strumenti contrattuali leciti (*de iure condito*). L'opzione eletta, verosimilmente - sia in prospettiva *inter vivos* che *mortis causa* - garantirà la regolamentazione degli interessi con la medesima affidabilità pratica del *trust* e con ottime potenzialità di successo (anche con riguardo al vaglio di meritevolezza e di liceità).

In senso esemplificativo, si ponga mente al fondo patrimoniale, alle fondazioni, patti parasociali, all'intestazione fiduciaria di azioni, al deposito a scopo di garanzia (correlato ad un mandato a favore di terzo), al mandato senza rappresentanza (correttamente scansiona-

¹ Nello specifico, poi, il *Draft of a Common Frame of Reference* ribadisce l'invalidità dell'accordo commissorio (*pre-default agreement on appropriation of encumbered assets*), ma eccettua le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima, ipotesi nelle quali il creditore insoddisfatto ha titolo all'appropriazione dell'*asset* per il valore di mercato o di stima, con obbligo di restituzione dell'eccedenza (DCFR, IX, 7:105). Il DCFR si è rivelato di notevole interesse accademico. Il *Draft* derivante dal *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, pubblicato nel maggio 2011, è pertanto il risultato di un primo confronto con gli *stakeholders*, volto a divenire, nella versione definitiva, la base di un regolamento opzionale dedicato ai consumatori ed ai professionisti per la disciplina di operazioni economiche transnazionali. L'opera è tuttora in continua evoluzione; oggetto di studio e modifiche al Convegno di Lovanio del 3 giugno 2011, è giunto alla sua terza versione il 19 agosto dello stesso anno. Si tratta di un testo modulare, cui potranno essere apportate ulteriori aggiunte: ad oggi, si compone di una sezione sui principi generali in materia contrattuale, di una disciplina specifica in materia di vendita e servizi ad essa correlati, nonché di regole generali circa il risarcimento del danno, il ritardo nei pagamenti, le restituzioni, le prescrizioni e la tutela dei consumatori. Il Progetto, l'11 ottobre 2011, ha dato vita ad una proposta di regolamento, del Consiglio e del Parlamento Europeo, su un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law*) con l'obiettivo di facilitare il commercio intracomunitario, mettendo a disposizione degli operatori economici una normativa uniforme che le parti possano utilizzare per i contratti di vendita con le controparti di un altro paese dell'Unione. Si tratta di uno strumento utilizzato su base volontaria, compatibile con la persistenza di leggi nazionali in materia. Tutto ciò, secondo la Commissione, può favorire una maggiore integrazione dei mercati. Cfr. sul tema G. Alpa, *Il diritto contrattuale comunitario: un cantiere aperto*, in <http://www.consigionazionaleforense.it>, - Naviga per temi - attività dei consiglieri - art. 6992. V. anche R. Torino, *La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita*, in *La cittadinanza europea*, anno IX, 2/2012, Milano, pp.153-173.



to nel rapporto di provvista, nella causa della pertinente attribuzione e nell'obbligo di rendiconto)¹.

Non solo, ma si consideri anche il contratto a favore di terzo² “(...) con prestazione *post mortem* e rinuncia al potere di revoca (art. 1412, comma 1, cod. civ.)³.”

In concreto, si tratta di modelli orientati a realizzare determinati interessi, animati non dalla pervasiva ambizione di separare i patrimoni, bensì spinti dall'esigenza di favorire soluzioni pratiche - non solo convenienti ma anche giuridicamente affidabili.

¹ F. Gazzoni, *In Italia tutto è permesso* cit., p. 1253. *Contra*, F. Fimmanò, *Trust cit.*, pp. 34, 35 e 36, il quale sottolinea l'onnipotenza del *trust*.

Con specifico riferimento alle fondazioni non va taciuta la vicinanza dell'attività benefica in discorso con la funzione assolta dal *charitable trust*: i percorsi potranno seguire qualificazioni parzialmente difformi; queste si dissolveranno nell'identità funzionale e nell'identità delle forme di tutela.

Il fondo patrimoniale, da par suo, costituito ad opera di uno o di entrambi i coniugi per atto pubblico, oppure da un terzo (anche in ragione di una disposizione testamentaria), ai sensi dell'art. 167 cod. civ. permette l'effetto segregativo su taluni beni non dissimile da quello realizzato dal *trust*: così, Trib. Pisa, 27 dicembre 2001, in *Riv. not.*, 2002, p. 188.

Nel mandato senza rappresentanza, notoriamente, il mandatario si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto del *dominus*, ma in nome proprio. Quindi, il mandatario dovrà porre in essere un atto ulteriore, volto a far sì che l'effetto traslativo si produca nella sfera giuridica del mandante. Non v'è dubbio che le posizioni del *beneficiary* e del mandante sono analoghe, ancor più in merito agli acquisti di beni mobili. Per la differenziazione tra la *trust property* del *beneficiary* e la posizione del mandante - rispetto alla proprietà del bene immobile oggetto di mandato senza rappresentanza - v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 1688, con commento di A. Cacciatore, *Trust interno ed ammissibilità: una questione ancora controversa*. Seppure occorra considerare che le osservazioni dei giudici, in ordine all'inapplicabilità degli artt. 1703 e ss. cod. civ., pare siano mosse dalla mancata considerazione della peculiarità di una figura giuridica: il *trust* è nato in un determinato contesto storico-giuridico-culturale (laddove la *property* non è la nostra proprietà!), e non è trascinabile – *sic et simpliciter* - nel nostro contesto storico-giuridico-culturale.

² Nel contratto a favore di terzo, a mente degli artt. 1411-1413 cod. civ., lo stipulante, qualora vi abbia un interesse, si accorda con il promittente per attribuire il diritto ad un terzo. Il secondo comma dell'art. 1411 cod. civ. stabilisce che “salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione”. Lo stipulante potrà revocare la stipulazione (come il terzo può rinunziarvi) finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. *Contra*, F. Fimmanò, *Trust cit.*, p. 35.

³ Il riferimento testuale è a F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 1253.



STUDI E RICERCHE

ITALIA E GERMANIA EBRAICHE: EMANCIPAZIONE E ASSERVIMENTO

LUDOVICO MONTERA

SOMMARIO: 1. Riflessioni sulla storiografia ebraica dell'Ottocento in Italia. – 2. L'emancipazione di una minoranza: l'ebreo tedesco. – 3. La legislazione sui culti ammessi nel periodo del fascismo. – 4. L'istituzione dell'Unione delle Comunità Israelitiche Italiane. – 5. Le premesse dell'antigiudaismo e dell'antisemitismo tedesco. – 6. Le leggi razziali in Italia. – 7. Le leggi razziali in Germania. – 8. Conclusioni.

1. La disuguaglianza demografica e geografica del popolo ebraico ha da sempre caratterizzato l'intero territoriale nazionale italiano. Più specificamente Attilio Milano riteneva che l'ebraismo italiano “è un andamento parabolico nella proporzione fra il ceto ebraico e il complesso della cittadinanza italiana. In altre parole, il numero degli ebrei, pur essendo in continuo aumento dal Seicento all'inizio della seconda guerra mondiale tanto da raddoppiarsi in tre secoli, ha proceduto secondo un ritmo più lento di quello generale della popolazione italiana, che nello stesso tempo si è quadruplicata”¹.

Da una mera indagine numerica, infatti, è facilmente ravvisabile una conscia lentezza nella crescita demografica ebrea rispetto alla complessità della popolazione².

È chiaro, quindi, che, nell'Ottocento, la storia degli ebrei italiani è duplicemente caratterizzata da un elemento universalmente peninsulare, ovvero rappresentativo e descrittivo dell'intera nazione, ed un elemento specificamente locale in quanto subordinato e vincolato alle note zone di insediamento.

Nel periodo compreso tra la fine del Settecento e sin tutto l'Ottocento lo spirito ebraico, e le relative comunità, risentono e patiscono di quelle alterazioni e mutazioni che determinarono l'Unificazione del Paese e l'attualizzazione e rimodernamento delle pedissequie istituzioni statuali: le difformità e le discrepanze delle diverse culture politiche inevitabilmente condizionarono l'intera comunità.

Il contributo degli ebrei all'unità nazionale, il riscatto patriottico, casualmente coincidente con la loro rivendicazione comunitaria, trova la propria fonte storiografica nel moderno Risorgimento partoriente la cultura politica italiana moderna.

A conforto di ciò, gli ebrei ottennero, nel 1848, grazie all'art. 24 dello Statuto Albertino, la pienezza dei diritti civili e politici: parità che si estese successivamente agli altri Stati della penisola col progredire dell'unificazione.

¹ S. DELLA PERGOLA, *Osservazioni sulla longevità degli ebrei in Italia*, in *Rassegna mensile di Israel* (*Scritti in Memoria di Attilio Milano*), vol. XXXVI, n. 7-8-9, luglio settembre 1970, pp. 165-182.

² All'inizio del XIX secolo tale dato ricevette una ulteriore conferma: gli ebrei italiani nel 1800, infatti, erano 31.000, su 18 milioni di abitanti.



V'è in ogni caso da precisare che l'articolo 1 dello Statuto albertino del 1848, che sarà poi legge fondamentale del Regno d'Italia fino al 1948, proclamava la religione cattolica apostolica e romana "sola religione dello Stato", attribuendo agli altri culti la qualifica di "tollerati conformemente alle leggi"¹.

Tale succinta disposizione, ma notevolmente pregnante di considerazioni, incontrò lo scontento ed il disappunto del conte Camillo Benso di Cavour, godente di un segretario personale ebreo, il quale sottolineò con evidenza il mancato riconoscimento costituzionale della piena «libertà dei culti», principio che, a suo avviso, non dovrebbe essere introdotto "nella costituzione di un popolo altamente civile per via indiretta, ma proclamato come una delle basi fondamentali del patto sociale"².

Se, infatti, la libertà religiosa, è la "facoltà spettante all'individuo di credere quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla"³, ne discende che, trattandosi di un principio "essenzialmente giuridico", quest'ultima involgerà non solo aspetti formali ma anche problematiche giurisprudenziali e amministrative.

Alla luce di quanto esposto emerge, quindi, che il principio dispositivo contenuto nell'art. 1 dello Statuto, seppur non esplicitando la libertà religiosa e l'uguaglianza delle confessioni, veniva interpretato, dalla dottrina più attenta, quale limitazione all'obbligo statutale di manifestare il credo cattolico nelle relative cerimonie pubbliche⁴, e ciò in virtù di un'esegesi patrocinata in ambito governativo⁵ ovvero di una considerazione di "pura dichiarazione" senza alcuna conseguenza giuridica "né mediata né immediata"⁶.

In realtà il percorso teso al riconoscimento della libertà religiosa trovò la sua fonte nella Patente di tolleranza di Giuseppe II d'Austria del 1781, pubblicata in Lombardia il 30 luglio del 1782, che, nonostante avesse considerato e dichiarato come religione dominante quella cattolica, designò come culti tolleranti il luterano, il riformato ed il greco-unito.

Tale provvedimento, unitamente alle leggi universali di tolleranza provenienti dalla Francia⁷, consentirono agli ebrei e ai valdesi di godere di una limitata libertà religiosa.

Tuttavia, la restaurazione del 1814 ripristinò quel regime di intolleranza che durò sino al 1848, ovvero in quell'anno ove furono adottati taluni favorevoli provvedimenti.

Appena ventun giorni prima della proclamazione dello Statuto albertino, il re Carlo Alberto rilasciò le "lettere patenti" con le quali dispose che "I Valdesi sono ammessi a godere di tutti i diritti civili e politici de' Nostri sudditi; a frequentare le scuole dentro e fuori delle Università, ed a conseguire i gradi accademici"⁸.

¹ D. JAHIER, *Il 1° articolo dello Statuto e la libertà religiosa in Italia*, Torino-Genova 1925; A. SINI, *La religione dello Stato*, in *Studi per la revisione del Concordato*, Padova 1970, pp. 164-176.

² D. JAHIER, *Il 1° articolo dello Statuto*, cit., pp. 8-9.

³ F. RUFFINI, *La libertà religiosa: storia dell'idea*, Torino 1911, rist. Bologna 1992, p. 7.

⁴ F. SCADUTO, *Libertà religiosa: conciliabile con quali sistemi? genesi, uguaglianza*, «La Corte d'appello», 15, 1914, 5, p. 5; A. SINI, *La religione dello Stato*, pp. 174-177.

⁵ Il ministro dell'Interno Chiaves, rispondendo a un'interpellanza parlamentare nel 1866, aveva affermato che l'unico significato della norma è l'impegno dello Stato a seguire il rito cattolico in «tutto ciò che esso farà e dovrà fare con rito religioso». Cfr. D. JAHIER, *Il 1° articolo dello Statuto*, p. 24.

⁶ A.C. JEMOLO, *La natura e la portata dell'art. 1 dello Statuto*, «Rivista di diritto pubblico», 1913, p. 263.

⁷ Il 26 agosto 1789 l'Assemblea Costituente di Francia deliberò la "Dichiarazione dell'Uomo e del cittadino" alle cui idee si ispirarono la Costituzione francese del 1795 e quella delle Repubbliche cispadane e cisalpina del marzo e luglio 1797 che vennero modellate su di essa.

⁸ P. LILLO, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa nell'Italia liberale*, in *Quad. Dir.pol.ecc.*, 1/2003, PP. 37 ss.



A ben vedere la Lettera Patente n. 673 del 17 febbraio 1848 consentiva ai valdesi il godimento dei diritti civili e politici nonchè di conseguire gradi accademici ma nel contempo specificava e sottolineava che nulla era mutato in ordine all'esercizio del culto e le scuole da essi dirette¹.

È chiaro, quindi, che il successivo Statuto, sottoscritto da Carlo Alberto il 4 marzo, introdusse impacciate e schive fondamenta apparentemente utili per l'abolizione di quelle discriminazioni, meramente giuridiche, pregiudizievoli per gli ebrei, i cui diritti civili vengono riconosciuti con il regio decreto 29 marzo 1848, n. 688.

Il grado di tolleranza, sancito dall'art. 1 dello Statuto, avrebbe dovuto essere valutato alla luce delle leggi contemporaneamente in vigore e limitative dei diritti degli ebrei e dei valdesi².

Tuttavia, la predetta professione di confessionismo venne ridimensionata dalla Legge Sineo del 19 giugno 1848 n. 735, fortemente voluta dal Parlamento Sabauda: "La differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici ed alla ammissibilità alle cariche civili e militari".

Con la legge Sineo venne, quindi, enunciato il principio generale di eguaglianza secondo cui le differenze di culto non potevano costituire elemento impeditivo al godimento dei diritti civili e politici nonchè all'ammissibilità alle cariche civili e militari.

Quanto normativamente disposto determinò un'evidente cesura con quanto precedentemente legiferato: se, difatti, in epoca antecedente alla Legge Sineo, la "tolleranza" era limitata a taluni culti ben individuati e pur sempre soggetti a controlli statuali, con l'entrata in vigore di tale ultimo intervento normativo la "tolleranza" venne elargita e accordata a tutte le confessioni religiose.

Tale concessione determinò, da un lato, l'apertura a nuovi culti e, dall'altro, l'affrancamento dei diritti dei cittadini dalla loro appartenenza confessionale³.

Su tale linea di tendenza si innestarono l'abolizione del foro ecclesiastico disposto dalla legge Siccardi del 1850, nonché la legge Coppino (1867) con la quale venne meno l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche ed infine il codice penale Zanardelli (1889) che parificò tutti i culti per quanto concerne l'aspetto della tutela penale. Le anzidette previsioni normative tendevano di fatto a superare, in nome del principio "libera Chiesa in libero Stato"⁴, la discriminazione prevista nello Statuto Albertino e a ricondurre tutte le confessioni religiose nell'ambito del diritto comune, anche se con la c.d. legge delle guarentigie un regime speciale veniva previsto per il Pontefice e gli Organi centrali della Chiesa.

¹ F. SPANO, *La "rivoluzione discreta". A centosessant'anni dalle Lettere Patenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, www.statoechiese.it, Aprile 2008, p. 3.

² P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Statuto Albertino*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 981-998.

³ G. LONG, *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica"*, p. 14.

⁴ Frase coniata da C. de Montalembert e pronunciata più volte da C. Benso di Cavour, fra l'altro, nel discorso al Parlamento con cui appoggiò l'ordine del giorno che acclamava Roma capitale d'Italia (27 marzo 1861). Il motto rimase nell'uso pubblicistico e storiografico, come aforisma efficace del pensiero dello statista sulla soluzione della questione romana nella nuova situazione determinata dalla costituzione del Regno d'Italia. È ispirata a quel pensiero la visione del liberalismo italiano nei confronti del problema dei rapporti fra Stato e Chiesa.



È evidente, quindi, che solo successivamente alla Legge del 19 giugno 1848 n. 735 gli ebrei poterono godere individualmente e singolarmente dei medesimi diritti, civili e politici, riconosciuti agli altri cittadini di confessione diversa da quella ebraica.

Ne discese, nel contempo, che la condizione giuridica in cui versavano gli ebrei italiani sarebbe stata simile a quella che si sarebbe verificata, circa un secolo dopo, conseguentemente l'abrogazione delle leggi razziali¹.

La necessità e l'occorrenza dell'adozione di tali provvedimenti normativi venne determinata dal fine di tutelare e riconoscere tutte quelle strutture comunitarie definite dalle confessioni religiose minoritarie.

Invero, in un'ottica storica e sociologica, qualsivoglia raggruppamento minoritario ha sempre aspirato e tentato di strutturarsi e progettarsi autonomamente al fine di tutelare le proprie necessità e pretese.

Quanto espresso è da considerarsi maggiormente valevole per un popolo, quale quello ebraico della diaspora, che, intento a custodire e serbare la ricca eredità religiosa, sociale e culturale, non ha imposto delle mere organizzazioni associative bensì delle apprezzabili ed essenziali strutture comunitarie in virtù di una tradizione divenuta successivamente legge².

Invero, già nel 1849 il governo d'Azeglio soffermava "l'attenzione sua sulla necessità di riordinare le amministrazioni particolari ai Valdesi e agli Ebrei"³.

Per l'effetto, venne nominata una commissione di studio ove parteciparono gli esponenti delle due confessioni.

In particolare, la confessione ebraica riuscì ad ottenere una legislazione particolare, la cosiddetta legge Rattazzi n. 2325 del 1857.

Il proposito di tale provvedimento normativo risiedeva nella possibilità di poter conformare ed adeguare la struttura interna e l'organizzazione amministrativa delle diverse comunità israelitiche, o anche dette università, correnti nel territorio sabaudo, imponendo, pertanto, un sistema contributivo obbligatorio per coloro i quali erano residenti nella relativa circoscrizione territoriale.

Attesa, quindi, la teorica parificazione ai Comuni, ne derivò la possibilità, per tutte le università israelitiche, di poter imporre tributi e di far sì che le stesse, sottoposte pur sempre ad un controllo statale, venissero amministrate da consigli eletti dai contribuenti⁴.

La Legge Rattazzi, a ben vedere, si caratterizzò per la circostanza che, nonostante fosse di provenienza unilaterale statale, venne predisposta principalmente da esponenti della confessione ebraica, tanto da venir considerata una sorta di "intesa *ante litteram* tra governo sabaudo e comunità israelitica, nel senso che il governo incaricò nel giugno 1848 la Comunità di Torino di predisporre un progetto di regolamento per gli ebrei dello Stato"⁵.

Talune comunità, come Roma e Napoli, erano giuridicamente strutturate al pari di "associazioni volontarie" e regolamentate da statuti autonomi, la cui personalità giuridica sarebbe potuta essere integrata da fondazione con specifici fini di culto o beneficenza⁶.

¹ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, p. 41.

² V. OTTOLENGHI, *Struttura dell'Unione e nuovo statuto dell'ebraismo italiano*, in RMI, 1985/3 (Scritti in memoria di Sergio Piperno Beer), p. 672.

³ G. PEYROT, *Rapporti tra Stato e Chiesa Valdese*, p. 9.

⁴ G. FUBINI, *L'anno della svolta*, in RMI, 1986/2-3, p. 328.

⁵ G. DISEGNI, *Considerazioni sulla storia e la natura giuridica delle comunità ebraiche*, pp. 630-631.

⁶ M. F. MATERNINI ZOTTA, *L'ente comunitario ebraico*, p. 131.



Diversamente le comunità ebraiche della Toscana, godenti di una indipendente personalità giuridica, erano disciplinate dal diritto statuale come “corporazioni pubbliche necessarie” e, pertanto, competenti ed idonee ad imporre tributi ai propri membri e ad emanare norme di autorganizzazione¹.

Infine, altre comunità, quali quelle del Piemonte e della Liguria e, successivamente al 1857, anche l'Emilia e le Marche, sostituirono al carattere dell'associazionismo spontaneo il carattere dell'obbligatoria adesione ex lege.

Le predette ultime comunità, denominate “università israelitiche” erano, infatti, disciplinate dalla Legge cd. Rattazzi del 1857 che, nonostante la peddissequa Unità del Paese, non venne espasa all'intero territorio nazionale².

In conseguenza dell'appressarsi dell'Unità d'Italia iniziava a delinearsi quell'effetto di diniego al confessionismo dell' *ancien régime* e agli aspetti di cooperazione che i diversi Stati preunitari assumevano con la Chiesa cattolica.

Invero, al fine di equilibrare negativamente lo stile confessionista del passato, si venne delineando un'ideologia laica ed agnostica caratterizzante lo Stato anche al fine di realizzarvi una netta separazione con le confessioni religiose.

Se l'obiettivo politico dell'Ottocento era, infatti, teso all'uguaglianza dei cittadini è altrettanto vero che condizione necessaria per il raggiungimento dello stesso era la laicizzazione delle istituzioni³.

A conforto di ciò, il 13 novembre 1859 venne promulgata la cd. legge Casati, definita “la prima legge a carattere nazionale della scuola pubblica italiana”⁴, il cui proposito era teso alla promozione dell'autonomia dell'istruzione pubblica dal vincolo ecclesiastico cattolico, così contrastando con la politica delle scuole cattoliche allora egemonizzate dai Gesuiti⁵.

Parimenti, conseguentemente il Codice Civile del 1865 invece, l'unica forma matrimoniale produttiva di effetti giuridici nell'ordinamento statale, divenne quella civile.

Quanto esposto determinò un conflitto tra Stato e Chiesa che portò ad una netta frattura: “Il cattolico ortodosso, quegli che obbedisce sempre al papa, che non concepisce la ribellione, appare come il cattivo italiano, contrario alla unita nazionale; il “patriota” e anticlericale”⁶.

L'ideologia legislativa, tesa ad una graduale e crescente progettazione di un diritto comune adattabile a tutte le confessioni religiose in una congiuntura orientativamente paritaria, trova la propria maturazione e concentrazione in materia di tutela penale dei culti⁷.

Il Codice Zanardelli del 1889, infine, cancellava ogni divisione fra religione di Stato e culti “tollerati”.

A ben vedere lo spirito del nuovo codice del 1889, in ordine alla tutela della libertà religiosa, fu ben messo in rilievo nel par. 83 della relazione ministeriale che accompagnava il progetto, così recitante: “in uno Stato dove imperano i principii di libertà e di progresso

¹ R. BERTOLINO, *Ebraismo italiano e l'intesa con lo Stato*, p. 565

² G. FUBINI, *L'anno della svolta*, p. 328; G. DISEGNI, *Considerazioni sulla storia e la natura giuridica delle comunità ebraiche*, p. 629; C. MIRABELLI, voce *Israeliti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 971, e G. ASCOLI, voce *Comunità israelitiche*. II) *Contribuzioni a favore delle Comunità israelitiche*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 1.

³ C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, p. 156

⁴ N. PAGANO, *Religione e libertà nella scuola*, p. 18.

⁵ R. FORNACA, *La politica scolastica della Chiesa*, Roma 2000, p. 21.

⁶ A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia*, p. 10.

⁷ P. LILLO, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa*, pp. 67-69.



civile, tutte le credenze religiose che vi sono ugualmente professate devono trovare una uguale tutela giuridica, mediante opportuna sanzione penale. [...] Nella legislazione vigente le disposizioni intorno ai delitti contro la libertà non sono tutte coordinate al criterio della loro obbiettività giuridica, né tutte riunite secondo un sistema completo e razionale. Ciò trova, in parte, la sua spiegazione nell'angustia del tempo, che non consentì al legislatore italiano di conciliare la pronta attuazione dei nuovi ordinamenti liberali, richiesti dalle mutate condizioni politiche, con quella matura elaborazione legislativa che sarebbe stata necessaria per ovviare ai suddetti inconvenienti. Il concetto fondamentale, cui s'informa il nuovo codice, quello si è di riferire al diritto naturale della libertà, le disposizioni che il codice del 1959 riferiva alle guarentigie sancite dallo Statuto"¹.

Si determinò, pertanto, la parificazione delle confessioni diverse dalla cattolica a quest'ultima e la sostituzione del termine "culti tollerati" con "culti ammessi"², ciò comportando, per l'effetto, una catalogazione di figure delittuose ove il bene tutelato era il sentimento religioso così da preservare il singolo fedele da qualsivoglia attentato alla propria libertà di professare il culto più idoneo alle proprie necessità spirituali³.

Tuttavia, la concezione individualista del diritto di professare liberamente il proprio credo religioso, in pregiudizio del relativo aspetto collettivo, determinava l'inevitabile restringimento e contenimento delle fondamentali attività delle singole confessioni religiose⁴ ove, in particolare, come nel caso ebraico, la partecipazione collettiva riveste notevole importanza.

L'ideologia della libertà religiosa trovò ulteriore sostegno e appoggio nell'art. 2 della Legge delle guarentigie del 1871, secondo cui "la discussione in materia religiosa è pienamente libera", che, seppur riferita alla religione cattolica, venne liberamente interpretata tanto da ricomprendervi tutti i culti⁵.

Da quanto esposto è evidente che, durante il periodo liberale, seppur in mancanza di una dichiarata ed evidente formulazione normativa, la libertà religiosa godeva di un ampio riconoscimento in un'ottica meramente individualistica, ovvero del singolo individuo nei confronti dello Stato⁶.

D'altronde veniva considerata libera "ogni forma di propaganda religiosa", e "non necessitante autorizzazione ogni cerimonia" che non si svolga "in luogo pubblico"⁷.

A riprova di ciò, in un'ottica meramente istituzionale, anche la Suprema Corte tese a ricomprendere tra i "culti ammessi" anche quei culti che, seppur di fatto esistenti, non godevano di alcun riconoscimento legislativo o amministrativo⁸.

¹ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, p. 45.

² Sotto questa denominazione, negli articoli riguardanti i delitti contro le fedi, erano inclusi il cattolicesimo e, sullo stesso piano, tutti i culti la cui pratica era consentita nello Stato. La legislazione fascista sui culti ammessi, invece, ne disciplinò l'esercizio in modo restrittivo con particolare riguardo all'ordine pubblico, al buon costume, all'approvazione governativa della nomina dei ministri di culto e all'autorizzazione per l'apertura di templi e oratori. Al governo spettava la facoltà di sciogliere l'amministrazione di un culto e nominare un commissario anche non appartenente a quella confessione. Cfr. RICCARDI, in V. Vidotto (a cura di), 2002, pp. 306-307; E. COLLOTTI, 2003, p. 20.

³ G. LONG, *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica"*, p. 20; S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, p. 24.

⁴ S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, pp. 17 ss.

⁵ A. SINI, *La religione dello Stato*, p. 172.

⁶ P. LILLO, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa*, p. 38.

⁷ A.C. JEMOLO, s.v. *Culti (libertà dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano 1962, p. 461.

⁸ Si veda, per esempio, Corte di cassazione, Roma, 27 marzo 1892, «Giurisprudenza italiana», 1892, 2, p. 229.



Dal breve percorso storico delinato emerge, quindi, che lo Stato liberale, fin agli inizi del Novecento, adottando comunque un comportamento mitigato, frenato e normativamente cauto, confortò ed incoraggiò la tutela della libertà delle minoranze religiose¹.

Per l'effetto, gli ebrei italiani, grazie all'appianamento del divario tra religione di Stato e culti tollerati nonché al timido raggiungimento dell'uguaglianza di tutti i cittadini e di tutti i culti dinanzi alla legge, riuscirono, a discapito di quanto in precedenza subito, liberamente ed autonomamente a realizzarsi e ad affermare la propria esistenza in tutto il territorio nazionale².

¹ C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, p. 156.

² P. GISMONDI, *L'autonomia delle confessioni acattoliche*, p. 637.



2. La concentrazione demografica ebraica dell'età moderna si riscontra principalmente in Germania, Austria-Ungheria e in Europa orientale.

Le “condizioni geografiche, politiche e linguistiche”¹ favorirono l'incontro degli ebrei con la sempre più sviluppata e diffusa cultura ebraica atteso che gli stessi “sembrava che fossero giunti al culmine di una fase della loro esistenza storica, e che non fossero più sicuri della meta a cui la loro strada li conduceva”².

Il tardo illuminismo tedesco, nel periodo compreso tra gli ultimi trenta anni del XVIII secolo ed il primo decennio del secolo successivo, si caratterizzò per l'intensificarsi del dibattito sulla tolleranza religiosa nonché sulla pedissequa emancipazione ebraica.

La rinnovazione umanitaria e l'affrancamento dalla supersitizione e dalla idea stessa di religione, posero, durante tale epoca, l'individuo ebreo, sic et simpliciter, quale oggetto di studio di tali sollecitazioni ideologiche.

Tale forma di emancipazione si tradusse, così come sostenuto da Shulamith Volkov, in una storia di *Wanderung*, di spostamenti e migrazioni³.

L'Haskala, ovvero l'illuminismo tedesco, si manifestò e attecchì in Berlino ove la figura più rilevante, Moses Mendelssohn, unitamente all'aristocrazia berlinese e a personalità di spicco, quali Gotthold Ephraim Lessing e Wilhelm Dohm, al fine di superare le discriminazioni, intese guerreggiare affinché fosse determinata l'equiparazione giuridica con i professanti non ebrei, costituenti la maggioranza, e contestualmente una riforma interna all'ebraismo.

Lo scopo precipuo consisteva, pertanto, nel consentire agli ebrei di emarginare l'isolamento in cui erano sino ad allora vissuti e, per l'effetto, di conformarsi alla moderna cultura europea pur sempre ossequiando la propria cultura e tradizione religiosa.

In epoca antecedente alle Rivoluzioni del 1848 e 1849 la tendenza politica ed economica della Germania non godette di alcun fruttifero apporto da parte degli ebrei tedeschi i quali, in realtà, attendevano ed auspicavano passivamente in una miglione di trattamento teso alla proclamazione della parità dei diritti civili.

Tale aspettativa e prospettiva trovava il suo fondamento nelle parziali emancipazioni già concesse nei domini Asburgici, (1721-82), nel Baden (1809), a Francoforte (1811) e in Prussia (1812).

Anche se la strada della conversione al cattolicesimo poteva rappresentare la soluzione più facile ed ovvia per il riconoscimento dei propri diritti, la maggioranza ebraica decise fermamente di non poter abbandonare la propria fede.

Tuttavia gli stessi propendevano per un “acculturamento” statale, ciò comportando la possibilità di divenire tedeschi pur rimanendo ebrei.

L'immagine degli ebrei, quindi, dapprima inquadrata nella categoria dei “sudditi” e successivamente di “cittadini”, sfociò nell'identificazione con lo Stato in cui gli stessi vivevano.

L'espressione utilizzata dal notaio di Amburgo Gabriel Riesser, futuro vicepresidente dell'Assemblea nazionale di Francoforte, secondo cui “la nazionalità degli ebrei vive soltanto nel ricordo [...] in realtà essa è morta”⁴, è da considerarsi, a ben vedere, sintomatica del

¹ G. SCHOLEM, Ebrei e Tedeschi, in “Lettera internazionale”, XIII, 51-52, giugno 1997, p. 45.

² Ivi, p. 44

³ S.VOLKOV, *Judisches Leben und Antisemitismus im 19 un 20, Jahrhundert*, C.H. Beck, Munchen, 1990, p. 175

⁴ GABRIEL RIESSER, *Gesammelte Schriften*, Leipzig, 1867, vol. IV, p. 290



nuovo sentire ebraico da intendersi quale parte essenziale e sostanziale della nazione tedesca a discapito della propria identità meramente ebraica relegata all'ambito privatistico della confessione religiosa.

Prima degli avvenimenti rivoluzionari del 1848 emerse gradatamente un nuovo programma politico teso all'identificazione dell'emancipazione ebraica con la causa del liberalismo e del radicalismo politico e, per l'effetto, con la causa dell'unificazione nazionale tedesca.

Anche se, in realtà, il riconoscimento e l'affermazione dei diritti avvenne in epoca successiva alla categoria dei doveri¹, fu solo successivamente al 1848 che la causa ebraica finì con il coincidere con la libertà in generale.

A conforto di ciò, uno dei più attivi sostenitori dei moti del '48, Johann Jacoby, sostenne che "Poiché sono al tempo stesso ebreo e tedesco, l'ebreo che è in me non può diventare libero senza il tedesco, né il tedesco senza l'ebreo"².

Tuttavia, sull'intera popolazione ebraica tedesca aleggiava un clima di incertezza in ordine ad un effettivo riconoscimento di cittadini godenti di pari diritti ovvero di mera tolleranza³.

La questione dell'emancipazione, realmente affrontata solo con lo scoppio della rivoluzione nel 1848, divenne oggetto degli obiettivi politici in virtù dell'introduzione dell'uguaglianza religiosa nei Diritti fondamentali del popolo tedesco adottati nel 1848 dall'Assemblea di Francoforte⁴.

La "questione ebraica" affrontata dalla Germania, a ben vedere, aveva una maggiore portata in quanto vi dimoravano più ebrei, se pur sempre in minoranza, rispetto ai suoi vicini occidentali.

Pertanto, nonostante vi fossero stati timidi tentativi, durante gli anni venti dell'Ottocento, in alcuni principati e città tedeschi, di riconoscimenti di limitati diritti agli ebrei, fu solo con la convocazione dell'assemblea pangermanica di Francoforte del 1848 che venne proclamato il principio della uguaglianza ebraica.

Tuttavia, l'assemblea di Francoforte si svelò un fallace tentativo rivoluzionario teso all'unificazione, su basi liberali, della Germania.

Nel 1849, infatti, la Camera bassa del parlamento di Baviera consentì all'emanazione di un disegno di legge conferente pari dignità agli ebrei del regno.

¹ In Prussia, ad esempio, non esisteva la possibilità, per un ebreo, di diventare ufficiale. Diversamente in Austria vi erano ufficiali o ufficiali di riserva ebrei così come ebrei elevati a rango nobiliare. Parimenti in Baviera una minoranza ebraica divennero ufficiali senza procedere al battesimo. Nella prima metà del XIX secolo, gli impieghi statali, soprattutto di alti uffici, quali giudici o professori, erano inaccessibili per gli ebrei. Infine, prima del 1848, gli ebrei non potevano essere eletti negli Stati provinciali, se non a livello locale. Cfr. MICHAEL BRENNER, *Breve Storia degli Ebrei*, Donzelli Editore, 2009, p.161.

² MARIO TOSCANO, *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia*, Studi del Senato, Roma, 1988, pp. 25-26.

³ Richard Wagner affermò: "quando combattevamo per l'emancipazione degli ebrei agivamo spinti piuttosto da un principio astratto che non da motivazioni concrete: così come tutto il nostro liberalismo era solo un gioco intellettuale, nel momento in cui lottavamo per la libertà del popolo, anzi con una certa avversione verso qualsiasi reale contatto con esso, così anche il nostro entusiasmo per la parità dei diritti degli ebrei derivava più da uno stimolo intellettuale che da una simpatia reale; perchè nonostante tutti i discorsi e gli scritti sull'emancipazione degli ebrei non ci sentivamo da questi sempre respinti, senza volerlo, a ogni tentativo di contatto reale e attivo", cfr. ROBERTO FINZI, *L'antisemitismo: dal pregiudizio contro gli ebrei ai campi di sterminio*, Giunti Editore, 1997, p. 49.

⁴ P. PULZER, *The Rise of Political Anti-Semitism in Germany and Austria*, Cambridge (Mass.) 1988.



Tuttavia, un'importante protesta, avversaria dell'emancipazione ebraica, costrinse la Camera alta, nel 1850, a rigettare il predetto disegno di legge¹.

L'indifferenza politica di parte ebraica che caratterizzò gli anni dei moti rivoluzionari venne meno alla fine degli anni Cinquanta allorquando si verificò un mutamento delle scelte di partito.

Venne, per l'effetto, delineandosi un fenomeno teso ad avversare la struttura della Confederazione Germanica e del semi-assolutismo degli Stati, che sfociò nel *Deutscher Nationalverein* nel 1859 e nella *Deutsche Fortschrittspartei* nel 1861, che fecero proprio il programma adottato dall'Assemblea di Francoforte.

Agli ebrei venne concessa la piena cittadinanza solo quando la Germania venne unificata da Bismarck, inizialmente nella Federazione della Germania del Nord nel 1869 e successivamente nell'intero Reich nel 1871².

È chiaro che, nel corso del XIX secolo, non si assistè esclusivamente ad un mutamento giuridico e civile interessante gli ebrei dell'Europa centrale ed occidentale, bensì intervenì una rinnovata alterazione del modo di vivere.

Le riforme religiose, che diedero vita all'ebraismo liberale, interessò non solo i riformisti bensì anche coloro i quali, seppur integratisi nella società, attenendosi alle leggi religiose, si definivano neo-ortodossi.

Il pensiero dell'ebraismo liberale giunse a considerare la completa tradizione rabbinica del Talmud come non avente più una genesi divina e, nel contempo, a valutare come non più osservabili in quanto datate le regole dello Shabbat e le regole alimentari.

L'interesse veniva concentrato sulla dottrina ebraica nonché su formali mutamenti religiosi.

Invero, vennero introdotte delle modifiche nell'ufficiatura sinagogale e, nel contempo, vi fu l'abolizione degli inni estremamente prolissi, l'adozione della lingua locale durante la predica, l'introduzione dell'organo che, di fatto, venne disapprovata dagli ortodossi che ne intravidero un tentativo di emulazione dei riti cristiani³.

Tuttavia il cambiamento più importante consistè nell'omissione di tutti i riferimenti alla venuta di un Messia personale e al ritorno del popolo ebraico nella sua antica patria.

Con la progressiva e crescente elaborazione di una propria filosofia, cominciò, pertanto, a diffondersi l'idea che la moltitudine di rituali ebraici, da sempre resi, sarebbero potuti essere accantonati atteso il mutamento del giudaismo nei confronti dello *Zeitgeist*.

Venne, quindi, delineandosi la distinzione tra "giudaismo profetico", ove veniva elogiata e magnificata la condotta morale e l'universalismo, e il "giudaismo sacerdotale" legato al tempo e ai suoi riti⁴.

È evidente che l'obiettivo della riforma prende le mosse proprio dal "giudaismo sacerdotale" che, in ogni caso, sarebbe dovuto essere superato al fine di purificare e filtrare l'ebraismo da quei sedimenti che minavano l'esaltazione dei relativi aspetti universalistici.

¹ J.F. HARRIS, *The People Speak: Anti-Semitism and Emancipation in Nineteenth-Century Bavaria*, Ann Arbor, 1994.

² Negli Stati membri della federazione rimasero comunque alcune restrizioni determinate dal fattore religioso: in Prussia, ad esempio, gli ebrei non convertiti non potevano servire lo Stato in veste di militari, diplomatici, burocrati e nemmeno di insegnanti di scuola. cfr. J. KATZ, *Out of the Ghetto: The Social Background of Jewish Emancipation, 1770-1870*, Cambridge (Mass.) 1973, pp. 28-9.

³ M. MEYER, *Response to Modernity: a History of Reform Movement in Judaism*, Oxford University Press. Oxford & New York 1995, p. 163.

⁴ G. TAMANI, *Il giudaismo nell'età moderna e contemporanea*, in *Ebraismo*, a cura di G. Filoramo, Roma-Bari, 1999, pp. 187-218, in particolar modo citata, p. 216.



Atteso, quindi, che l'ebraismo non viene più considerata una “nazione”¹, il concetto di popolo viene trasfigurato in quello di “comunità religiosa”².

È stato giustamente rilevato che “una [...] adeguata critica dell'ebraismo riformatore concerne la sua enfattizzazione dell'universalismo ebraico a spese del suo particolarismo”³ e che, pertanto “essere ebrei non vuol dire solo far parte di una comunità religiosa, ma anche essere soggetti di una specifica tensione che deriva dalla situazione ebraica, una situazione in cui le competitive istanze del particolarismo e dell'universalismo devono continuamente confrontarsi. Per gli ebrei, questa competizione è inevitabile, difficile, e potenzialmente produttiva”⁴.

Il processo di assimilazione che interessò la popolazione ebraica generò la problematica di come conservare la propria identità ebraica pur contestualizzandosi integralmente nella realtà tedesca.

Ne discese l'elaborazione della cosiddetta *Wissenschaft des Judentums*, cioè “la scienza del giudaismo”⁵, in contrapposizione alla neo-ortodossia.

Se tradizionalmente dallo studio dei testi sacri, inteso quale puro atto di devozione, erano categoricamente escluse qualsivoglia tipologia di critiche letterarie e testuali, in virtù del predetto movimento si determinò l'intento di applicare la metodologia della critica storica alle fonti ebraiche.

In entrambi i casi è evidente, tuttavia, che l'ebraismo abbia utilizzato il concetto di *Bildung*, ovvero di autoeducazione e di autoformazione, al fine di somigliare ai tedeschi pur conservando e tutelando la propria identità.

¹ M. RICHLER, *This Year in Jerusalem* (1994), ed.it. *Quest'anno a Gerusalemme*, Milano, 2002, pp. 157-159.

² M.R. KONVITZ, *Judaism and the American Idea*, New York, 1978, in particolare modo il cap. 3 *Judaism and the Democratic Ideal*, pp. 69-90.

³ L.J. FEIN-R. CHIN-J. DAUBER B. REISMAN H. SPIRO, *Reform is a Verb*, New York, 1974, pp. 193-218.

⁴ Ibid., pp. 208-209.

⁵ Il manifesto di Emmanuel Wolf, intitolato “sul concetto di Scienza del giudaismo”, apparve nel 1822.



3. Agli inizi del Novecento le comunità israelitiche vivevano un processo di integrazione, quasi compiuto, e l'antisemitismo era circoscritto a minoranze del mondo cattolico, tanto che taluni esponenti della comunità ebraica italiana ricoprivano apprezzabili e considerevoli cariche pubbliche¹.

In origine il movimento fascista non pregiudicò l'integrazione ebraica in Italia: a conforto di ciò il 23 marzo 1919, nel famoso incontro in Piazza San Sepolcro a Milano, tra i 119 fondatori del fascismo vi militavano in favore anche cinque ebrei, tra cui Cesare Goldman che procurò la sala all'associazione industriali dove Mussolini tiene a battesimo il movimento.

Nei primi anni Venti per il fascismo il problema ebraico non esiste, tanto che Mussolini, sempre per scopi politici, tende ad ossequiare le comunità israelitiche così come testimoniato sul *Popolo d'Italia* del 1920: "In Italia non si fa assolutamente nessuna differenza fra ebrei e non ebrei, in tutti i campi, dalla religione, alla politica, alle armi, all'economia... la nuova Sionne, gli ebrei italiani, l'hanno qui, in questa nostra adorabile terra"².

Tuttavia, nel contempo, Mussolini, già prima del 1938, nell'affermare una scala di valore tra le razze, superiori e inferiori, mostra una certa propensione antisemita: "Il primo comunismo in Russia era in gran parte controllato dagli ebrei. Il leninismo fu una vendetta degli ebrei contro la razza ariana che li ha condannati alla dispersione per tanti secoli e la pace di Versailles e un'opera della plutocrazia internazionale ebraica"³.

È evidente, quindi, che, sino al 1938, in difetto di una politica razziale ufficiale, la politica fascista in materia appariva confusa e inevitabilmente condizionata dalle variazioni della politica estera.

L'emersione del potere fascista collimò con il rinvigorimento della morale cattolica.

Per l'effetto, l'adozione di provvedimenti contrari a qualsivoglia tipologia di minoranza, ivi compresa quella religiosa, venne giustificato dalla necessità di voler formare e plasmare un paese secondo i principi di unità e omogeneità.

Tale regime comportò, quale conseguenza negativa per le confessioni religiose non cattoliche, la sottrazione e la privazione della travagliata e caliginosa parità di tutti i culti ammessi dinanzi a lo Stato.

¹ Nel 1902, fra i 350 senatori nominati dal re, figurano 6 senatori ebrei (nel 1920 diventeranno addirittura 19); nel 1906 il barone Sidney Sonnino, ebreo convertito al protestantesimo, è nominato presidente del Consiglio, dopo essere stato ministro delle Finanze e degli Esteri; nel 1910 un altro ebreo, Luigi Luzzati, questa volta non convertito, ricopre la carica di primo ministro, dopo essere stato anch'egli ministro delle Finanze. Il sociologo Leopoldo Franchetti è senatore conservatore per molti anni, prima di suicidarsi dopo la sconfitta italiana di Caporetto. Salvatore Barzilai, giornalista irredentista di Trieste, è eletto deputato per otto mandati e, dopo la Grande Guerra, fa parte della delegazione italiana alla conferenza per la pace a Versailles. Ernesto Nathan, ebreo e massone, è sindaco di Roma dal 1907 al 1913. Giuseppe Ottolenghi, primo ebreo a rivestire il grado di generale nel 1888, diventa istruttore del futuro Vittorio Emanuele III e nel 1902 viene nominato senatore e ministro della Guerra. È significativo anche il contributo ebraico al primo conflitto mondiale: l'Italia ha 50 generali ebrei; uno di questi, Emanuele Pugliese, sarà il più decorato dell'esercito; un altro, il generale Roberto Segre, ideò le difese sul Piave.

² I dati forniti da M. Avagliano, *Ebrei e fascismo*, trovati sul sito <http://www.romacivica.net/anziroma/FASCISMO/fascismo18.htm> 2005

³ D. M. SMITH, cap. L'idea fascista della razza, *Italia Judaica, Gli Ebrei nell'Italia unita 1870-1945*, Ministero per i beni culturali e ambientali, Ufficio centrale per i beni archivistici, Roma 1993, p. 351.



Il progresso ed il mutamento legislativo e giurisprudenziale, caratterizzante l'epoca dello Stato liberale, si interruppe, quindi, in virtù di provvedimenti regressivi e tesi alla disuguaglianza dei culti¹.

Il punto di riferimento sono naturalmente i Patti Lateranensi, quel Concordato che, nel 1929, con la sottoscrizione di Mussolini, determinò la fine dell'incomunicabilità tra Stato e Chiesa originata dall'unità d'Italia e dalla archiviazione del potere temporale dei pontefici romani.

L'arretramento normativo trovò la sua specificazione nel richiamo, nell'art. 1 del Trattato, all'articolo primo dello Statuto Albertino, secondo cui "la religione cattolica, apostolica, e romana, è la sola Religione dello Stato", nonché nell'omissione del secondo inciso secondo cui "gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi".

Tale ambiguità avrebbe potuto dar luogo a due diverse soluzioni: "Sia che con esso si volesse significare addirittura la revocazione anche di quella tolleranza concessa dallo Statuto, revocazione che affermata come principio si sarebbe poi attuata con l'emanazione di apposite norme legislative" sia, al contrario, che tale omissione comportasse il mantenimento del "sistema di sostanziale parità giuridica tra la religione cattolica e gli altri culti"²

Per i culti diversi da quelli cattolici, si venne delineando, subito dopo la conciliazione, una legislazione di tipo sistematico.

Il ministro della Giustizia e dei culti, Alfredo Rocco, presentò, nell'aprile del 1929, alla Camera il progetto la cui precipua finalità era quella di "consentire", dopo aver riservato una "particolare condizione giuridica" alla religione dello Stato, il libero esercizio di tutti i culti, "in omaggio al principio della libertà di coscienza, che nessuno Stato moderno potrebbe ripudiare"³.

Nel giugno del 1929 vide la luce la Legge n. 1159⁴, la cosiddetta legge sui culti ammessi, nonché il relativo regolamento di attuazione approvato con R.D. 28 febbraio 1930, n. 2895.

La legge 24 giugno 1929 n. 1159 avrebbe, pertanto, sopperito alla mancanza di una legislazione regolante l'operosità e la professione dei culti diversi da quelli cattolici gravanti nel territorio nazionale e che, nel sistema precedente, erano devolute a prassi amministrative o a normative particolari⁶.

È doveroso precisare che, seppur con l'espressione "culti ammessi", diversamente da quanto stabilito dal codice Zanardelli, venisse fatto riferimento alle confessioni religiose minoritarie⁷, taluni considerarono il predetto provvedimento, in ogni caso, quale forma di garanzia dei diritti civili e politici per i cittadini non cattolici⁸.

In realtà la terminologia adottata lascia intedere ad un preludio alle leggi razziali che investì anche il popolo ebraico nel 1938.

¹ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, p. 52.

² O. GIACCHI, *La legislazione italiana sui culti ammessi*, pp. 9-10.

³ M. PIACENTINI, *I culti ammessi nello Stato italiano*, Milano 1934, pp. 5-6.

⁴ In G.U., 16 luglio 1929, n. 164.

⁵ In G.U., 12 aprile 1930, n. 87.

⁶ G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia*, p. 45.

⁷ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, p. 53.

⁸ M. PETRONCELLI, *Diritto ecclesiastico*, Napoli, 1977, p. 281.



La necessità di discorrere di “ammissibilità”, priva di fondamento giuridico, potrebbe, alla luce dell’evoluzione storica, far porre l’interrogativo dell’opportunità e del bisogno di tale aggettivazione.

Se, infatti, i culti diversi da quelli cattolici erano già presenti sul territorio nazionale, e della cui identità e dei cui servizi il potere politico ne era ben a conoscenza, non si comprenderebbe perché, se non in un’ottica successivamente razziale, fosse stato indispensabile specificare quali fossero i “culti ammessi”.

Ben avrebbe, quindi, il “legislatore” del 1929 potuto e dovuto discorrere di “culti autorizzati”.

Mentre, infatti, l’aggettivo “ammessi”, derivante dal latino *admittere*, implica un’ideologia di accoglienza, di ricevimento, l’aggettivo “autorizzati”, di cui al latino medievale *auctorizare*, invece, sottintende la dottrina del consentire, del concedere.

Pertanto, “consentire” ad un culto diverso da quello cattolico di ricevere tutela giuridica avrebbe comportato una maggiore consapevolezza ed accettazione della diversità confessionale.

Il R.D. 28 febbraio 1930, n. 289, di attuazione alla Legge 24 giugno 1929 n. 1159, impose, quindi, una struttura istituzionale tesa al controllo e all’intromissione nell’amministrazione dei culti non cattolici, tanto che la medesima legge definì importanti limitazioni e riserve alla libertà dei culti¹.

Per l’effetto, il probabile timore di una propaganda antifascista, ad istanza dei rappresentanti dei culti non cattolici, si tradusse nell’adozione di atteggiamenti astiosi e maldisposti nei confronti delle minoranze religiose.

Definita come la “pietra angolare della legge”², la disposizione normativa contenuta nell’art. 5, secondo cui “la discussione in materia religiosa è pienamente libera”, che tra l’altro riprende il disposto di cui all’art. 2 della legge delle guarentigie, assume una duplice valenza interpretativa in ordine alla possibilità di includervi anche la libertà di propaganda³ o di proselitismo⁴.

In realtà, mentre la libertà di discussione in materia religiosa veniva recepita quale divieto di propaganda religiosa⁵, i culti acattolici venivano ammessi purché non ostentassero e praticassero “principi contrari all’ordine pubblico o al buon costume”.

Per l’effetto, e contrariamente al principio della libertà di culto, al fine di sorvegliare e vigilare sulla corretta decifrazione dei principi religiosi professati venne a determinarsi un’inevitabile ingerenza statale tanto da decretare palesi discriminazioni di trattamento tra cittadini cattolici e cittadini di culto diverso.

¹ G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia*, p. 48.

² M. PIACENTINI, *I culti ammessi nello Stato italiano*, Milano 1934, pp. 60-62.

³ A.C. JEMOLO, *Religione dello Stato e confessioni ammesse*, «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 1930, 1, pp. 21-44; M. PIACENTINI, *I culti ammessi nello Stato italiano*, cit., pp. 62-64.

⁴ O. GIACCHI, *La legislazione italiana sui culti ammessi*, Milano 1934, pp. 91-104; I. GRECO, *Il libero esercizio dei culti ammessi non consente facoltà di propaganda e di proselitismo*, «Il Diritto concordatario», 1936, 2, pp. 50-55.

⁵ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell’ebraismo italiano*, cit., p. 54, il quale precisa che «tale interpretazione trovava conforto nella stessa relazione Vassallo alla Camera dei deputati e nella relazione Boselli al Senato, ed era stata suggerita dal Chirografo 30 maggio 1929 di Papa Pio XI, per il quale in *Stato cattolico, libertà di coscienza e di discussione devono intendersi e praticarsi secondo la dottrina e la legge cattolica*». In senso conforme, cfr. anche G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia*, cit., p. 48.



Sulla medesima scia, e con intensità discendente, nel 1930 vi fu l’emanazione del nuovo codice penale, cd. Rocco, che, con opaca discriminazione, statuí una preminente tutela per il culto cattolico a discapito dei culti “diversi”¹.

In un’ottica politico-criminale, l’impianto normativo delineato dal nuovo codice penale, in realtà, accennava e rivelava un retrogusto confessionista ove il bene tutelato si identificava con la visione istituzionale della religione e non più nella libertà religiosa sic et simpliciter².

Tale scelta palesava un lampante favoritismo per il culto cattolico tanto che venivano sanzionati il vilipendio (art. 402 del codice penale) e la bestemmia (art. 724 c.p.) solo nei confronti della religione dello Stato, mentre le altre ipotesi di delitto contro il sentimento religioso (offese alla religione mediante vilipendio di persone o di cose, e *turbatio sacrorum*) venivano punite anche per le altre confessioni, ma con pena diminuita (artt. 403-406 c.p.).

¹ M. PIACENTINI, *I culti ammessi nello Stato italiano*, cit., pp. 16-17; O. GIACCHI, *La legislazione italiana sui culti ammessi*, cit., pp. 81-86; U. DELLA SETA, *Le minoranze religiose nel nuovo codice penale*, Roma 1931.

² D. BARILLARO, *Considerazioni preliminari sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, Milano 1968, pp. 62-64.



4. L'anno successivo al Concordato con il Vaticano, nel 1930, il partito fascista, nella persona del duce, per mere scelte politiche di opportunismo ed equilibrismo¹, fa approvare il R.D. 30 ottobre 1930 n. 17312, seguito dal regolamento attuativo emanato con R.D. 19 novembre 1931, n. 15613: la Legge Falco sulle Comunità Israelitiche Italiane.

Il regime fascista, che ufficialmente si proponeva lo scopo di voler fornire una regolamentazione unitaria alla confessione ebraica⁴, pervenì all'unificazione di tutte le comunità ebraiche presenti sul territorio nazionale e, per l'effetto, determinò la nascita di un'organizzazione comunitaria principale, così sostituendo il Consorzio delle Comunità Israelitiche, istituito nel 1911 e nel 1920 considerato ente morale⁵ e fondato sul principio della volontaria adesione⁶.

La Commissione di lavoro, presieduta dal sen. Adolfo Berio e composta dal Prof. Mario Falco, come professore di diritto ecclesiastico dai rappresentanti dei ministeri della Giustizia N. Consiglio, e degli Interni G. Raimoldi, nonché dal rabbino maggiore Angelo Sacerdoti e dall'avvocato Angelo Sereni, in rappresentanza degli ebrei italiani, terminò i lavori nell'ottobre del 1929.

Lo spirito della nuova legislazione mirava, con animo scaltro e sagace, ad evitare di voler far considerare lo Stato italiano come connotato da una matrice esclusivamente cattolica e a far sì che lo stesso avesse imposto agli ebrei "contro la loro volontà, il nuovo ordinamento", sia che avesse creato, comunque, "una distinzione di razza che già prima non esistesse", sia che intendesse "utilizzare gli ebrei per la propaganda italiana nel bacino del Mediterraneo": "abbiate coscienza del vostro essere; adempite i vostri doveri; esercitate i vostri diritti; vivificate la lettera della legge con lo spirito; fate che essa sia, come noi l'abbiamo tenacemente voluta", un'arma di difesa "contro le forze disgregatrici dell'indifferenza e dell'assimilazione, uno strumento possente per la conservazione ed il progresso dell'ebraismo, per il conseguimento dei supremi ideali di Israele"⁷.

È stato ottentamente osservato che tali provvedimenti certamente non erano circoscritti alla disciplina dei rapporti esterni tra la confessione e lo Stato ma si estendevano alla regolamentazione dello statuto interno dell'ebraismo⁸ in quanto ne determinavano

¹ Il rabbino di Alessandria d'Egitto (David Prato) è un italiano; in tal modo si pensa che l'influenza italiana nel Levante si affermi; viene perciò aperto un Collegio rabbinico a Rodi; i consoli italiani fanno opera di persuasione perché gli ebrei italiani all'estero non rinuncino alla cittadinanza; si facilita l'iscrizione alle Università italiane di quegli studenti stranieri che provengono da paesi dove vige il "numerus clausus". Il Collegio rabbinico da Firenze viene nuovamente trasferito a Roma. Nel '32 la Mondadori pubblica i famosi *Colloqui con Mussolini* di Emil Ludwig, e il duce condanna il razzismo senza riserve, definendolo una "stupidaggine", quanto all'antisemitismo, afferma che "non esiste in Italia". Dopo la presa del potere da parte di Hitler, i profughi ebrei dalla Germania vengono accolti e il loro insediamento non è ostacolato dalle Autorità.

La risposta delle comunità ebraiche è ottima: tra l'ottobre del 1928 e l'ottobre del 1933, sono 4920 gli ebrei che si iscrivono al partito fascista; poco più del 10 per cento della popolazione ebraica italiana. I dati forniti da M. Avagliano, *Ebrei e fascismo*, trovati sul sito

<http://www.romacivica.net/anpiroma/FASCISMO/fascismo18.htm> 2005

² In G.U., 15 gennaio 1931, n. 11.

³ In G.U., 31 dicembre 1931, n. 301.

⁴ G. DISEGNI, *Considerazioni sulla storia e la natura giuridica delle comunità ebraiche*, p. 634.

⁵ G. SACERDOTI, voce Comunità israelitiche. I) *Diritto ecclesiastico*, in Enc. giur., VII, Roma, 1988, pp. 1.

⁶ F. MATERNINI ZOTTA, *L'ente comunitario ebraico*, p. 136.

⁷ M. FALCO, *Lo spirito della nuova legge*, pp. 17-22.

⁸ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, cit., p. 55.



“l'appartenenza dei membri, l'organizzazione interna, i poteri degli organi e le forme di controllo da parte dell'autorità amministrativa”¹.

La creazione di una vera e propria “costituzione civile”² si tradusse, pertanto, in un meccanismo di controllo su qualsivoglia manifestazione associativa ebraica.

L'ingerenza statale nel fenomeno associativo ebraico, in virtù del clima ispettivo ed accertativo del R.D. 30 ottobre 1930 n. 1731, comportò l'univoca ed unanime considerazione dottrinale e giurisprudenziale³ di considerare le comunità israelitiche, e la loro Unione, alla stregua di enti pubblici e non di corpi morali così come l'art. 1 ne imponeva la nomenclatura⁴.

La malvedenza del controllo e della sorveglianza dello Stato sulle comunità ebraiche poteva assumere i caratteri dell'apparenza e del fallace se si considera che proprio tale forma di interferenza coadiuvava l'assetto e l'unificazione delle diverse comunità che, sino a quella data, avevano goduto di forme organizzative diversificate.

Durante le trattative per giungere alla sottoscrizione dell'accordo, infatti, venne paritorito un vivace dibattito dai contorni esclusivamente ebraici.

Le antitetiche posizioni che si svilupparono, e pertanto tra di loro incociliabili, incontravano, da un lato, l'espressione di coloro i quali identificavano nel controllo statale una forma di tipo garantista in ordine alla gestione presieduta dagli amministratori comunitari e, dall'altro, l'espressione di coloro i quali reclamavano e richiedevano un'assoluta forma di libertà di autodisciplina e di autocontrollo⁵.

A ben vedere una così puntuale regolamentazione dell'organizzazione di una minoranza religiosa avrebbe comportato l'inevitabile e prevedibile ritorno alla disuguaglianza dei culti⁶.

D'altronde, la stessa diversificazione del trattamento tutelante il sentimento religioso dei professanti i culti di minoranza, rispetto al confessionarismo cattolico, era da considerarsi sintomatico di una profonda lacerazione che si sarebbe ingenerata nei diritti civili e politici dei cittadini.

Già, infatti, con le leggi del 1929/1932 si veniva ad instradare, con voluto atteggiamento inconsapevole delle conquiste del periodo liberale, a ripristinare la disuguaglianza dei diritti civili e la conseguenziale disuguaglianza dei cittadini⁷.

¹ G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979, p. 192.

² La definizione si trova in A. C. JEMOLO, *Alcune considerazioni sul R.D. 30 ottobre 1930 n. 1731 sulle Comunità israelitiche*, in *DE*, 1931, I, p. 75. Nello stesso senso, cfr. R. BOTTA, *L'attuazione dei principi costituzionali e la condizione giuridica degli ebrei in Italia*, cit., p. 169. In senso contrario, cfr. M. FALCO, *La nuova legge sulle comunità israelitiche italiane*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, p. 512 ss.

³ In dottrina, cfr. specialmente M. FALCO - A. BERTOLA, voce *Comunità israelitiche*, in *NNDI*, III, Torino, 1959, pp. 917 s., mentre per la giurisprudenza più recente in proposito, cfr. Cass., Sez. un. civ., sent. 14 gennaio 1987, n. 194, in *FI*, 1987, I, c. 1789., e Corte cost., sent. 25 maggio 1990, n. 259, in *QDPE*, 1990/1, pp. 516 ss.

⁴ M. FALCO, *La nuova legge sulle comunità israelitiche italiane*, p. 518.

⁵ V. TEDESCHI, *Presentazione della intesa con lo Stato*, pp. XIX s., e G. DISEGNI, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia*, p. 179.

⁶ Osserva, tra l'altro, M. MICHAELIS, *Mussolini e la questione ebraica*, Milano, 1982, pp. 392 s., che «sebbene non vi fosse alcuna intenzione di persecuzione razziale nella mente di coloro che elaborarono le leggi sulle Comunità israelitiche italiane nel 1930 e nel 1931, la rigida organizzazione degli ebrei italiani sotto il controllo dello Stato sarebbe stata particolarmente utile ai gerarchi fascisti per la politica di segregazione sociale ed economica che essi intrapresero pochi anni dopo».

⁷ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, p. 63.



Tuttavia, la Legge Falco, il R.D. 30 ottobre 1930 n. 1731, implicò un duplice ordine di utilità: atteso, infatti, che l'iscrizione alla Comunità, determinata dalla città di residenza e non da quella di origine, rivestiva il carattere dell'obbligatorietà, i relativi membri non avevano quella possibilità, consentita dalla Legge Rattazzi, che prevedeva libertà di iscrizione e piena autonomia, di poter adottare delle scelte di convenienza a seconda degli interessi del momento; in secondo luogo, attese le numerose vendite estere di documenti preziosi e oggetti, storici il predetto provvedimento tutelò il patrimonio artistico delle piccolo Comunità evitandone così la depredazione e l'appropriazione indebita.

Ciononostante, la disuguaglianza dei diritti individuali dei cittadini, determinata sulla base dell'appartenenza alla confessione maggioritaria ovvero minoritaria, veniva altresì palesata in materia di diritto di famiglia, e più specificamente nel diritto matrimoniale.

Le disposizioni del Concordato del 1929, infatti, a differenza della Legge sui culti ammessi, prevedevano la possibilità del matrimonio religioso canonico, consentendo, pertanto, ai professanti il culto cattolico la possibilità di poter scegliere tra la disciplina matrimoniale canonica o civile.

Diversamente, per le confessioni di minoranza, seppur il relativo matrimonio fosse stato celebrato dal proprio ministro di culto, in ottemperanza alla legge sui culti ammessi, le stesse potevano decidere di aderire esclusivamente alla disciplina matrimoniale di tipo civile.

Il sopradescritto regime matrimoniale, pertanto, implicava, a parere della confessione ebraica, una evidente discriminazione atteso che “non può dirsi che l'obiezione fondata sulla solida tradizione giuridica della Chiesa cattolica in contrasto con l'assenza di tradizione giuridica degli altri culti, potesse reggere di fronte alla considerazione della altrettanto solida tradizione giuridica, dell'altrettanto solida costruzione normativa e giurisprudenziale talmudica e rabbinica, che già aveva trovato un riconoscimento nel diritto italiano prima del 1865”¹.

L'ebraismo, invero, a differenza delle altre minoranze di stampo religioso, si caratterizza non esclusivamente per i relativi concetti di religione e di fede in senso stretto.

L'ideologia ebraica, infatti, fonda la propria visione etica e culturale anche sui principi di libertà, di giustizia sociale e di legge, ruotanti intorno alla credenza in un unico D.o, la cui invariabilità e inalterabilità è determinata da un complesso normativo teso a indirizzare il popolo ebraico in tutte le sue manifestazioni².

Esclusa, quindi, la natura di esclusiva e mera confessione religiosa, la concezione ebraica è decorata da una serie di interconnessioni di diversa origine che la rendono contemporaneamente confessione religiosa ed entità etnico-culturale, estrinsecazione di uno specifico gruppo sociale con proprie tradizioni, diritto e cultura³.

La relativa definizione che ne discende viene inquadrata, quindi, quale formazione sociale con finalità sia spirituali sia temporali connesse e strettamente coordinate⁴.

¹ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, p. 64. Cfr. anche ID., *Considerazioni “de iure condendo” in tema di matrimonio e di culti acattolici*, in *FI*, 1960, IV, c. 154.

² R. BOTTA, *L'ultimo “braccio secolare”. La riscossione del contributo obbligatorio degli israeliti*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1985/I, p. 53.

³ D. TEDESCHI, *Intesa con lo Stato: presentazione dell'Intesa con lo Stato al Congresso straordinario delle Comunità israelitiche italiane*, in *Il Foro Italiano*, 1988/V, p. 100.

⁴ G. DISEGNI, *Considerazioni sulla storia e la natura giuridica delle comunità ebraiche*, in *La Rassegna mensile di Israel*, 1985/III, p. 320.



La considerevole importanza resa in favore delle leggi e delle tradizioni basate sulla legge divina rilevata, affiancata da un magistero sovraordinato dedito all'interpretazione delle inveterate tradizioni ebraiche, delinea, pertanto, il concetto ebraico di religione¹.

È attraverso, quindi, l'organizzazione comunitaria che la collettività ebraica manifesta la propria tradizionalità ed immutabilità, atteso che, al fine di professare tale confessione, non è ammissibile il momento individuale ma esclusivamente quello collettivo².

¹ G. SACERDOTI, *Ebraismo e Costituzione: prospettive di intesa tra Comunità israelitiche e Stato*, in AA.VV., *Le intese tra Stato e confessioni religiose: problemi e prospettive*, a cura di C. MIRABELLI, Milano, Giuffrè, 1978, p. 93.

² M.F. MATERNINI ZOTTA, *L'ente comunitario ebraico. La legislazione negli ultimi due secoli*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 191.



5. Alla fine del 1918 venne meno l'antico ordine politico del Secondo Reich che mu-
linava intorno alle figure dell'imperatore e dell'esercito.

Conseguentemente l'ammutinamento della flotta, sorsero, in tutta la Germania, dei
disordini che costrinsero, il 9 novembre 1918, Guglielmo II ad abdicare.

Venne, quindi, proclamata la Repubblica e venne costituito un governo provvisorio,
che l'11 novembre firmò l'armistizio.

Nei successivi due anni, notevolmente vivaci, si registrarono posizioni antitetiche
all'interno delle forze di sinistra.

Più specificamente i socialdemocratici bramavano la democratizzazione della nazio-
ne, di converso, i gruppi di estrema sinistra erano fermamente intenzionati a terminare una
rivoluzione di tipo bolscevico.

Le predette posizioni ingenerarono nella borghesia inquietudine e ansietà tanto da
costringerla ad adottare misure idonee a schivare e superare il pericolo.

Ciononostante, tali gruppi di estrema sinistra, nel gennaio del 1919, provocarono un
tentativo di rivolta dapprima a Berlino e successivamente in Baviera.

Tale episodio emblematico indusse le forze conservatrici e l'esercito, giovandosi delle
divisioni dei partiti di sinistra, ad allearsi con le forze moderate socialdemocratiche.

Nell'agosto del 1919, nella città di Weimar, venne promulgata una Costituzione re-
pubblicana e democratica.

La Costituzione di Weimar¹ segna una svolta fondamentale.

Invero, seppur concesse alla minoranza ebraica una notevole importanza nonché
un'estesa libertà di azione, non si potette definire una repubblica "ebraica", contrariamente a
quanto sostenuto dai suoi nemici definendola "Juden Republik".

D'altronde gli Ebrei, rivestendo ormai un ruolo fondamentale nella cultura tedesca,
ne erano stato completamente assimilati: erano tedeschi².

L'emblema della fusione ebraico-tedesca era rappresentato da Walther Rathenau, e-
rede di un famoso gruppo industriale, che venne proclamato dal Ministro degli Esteri e, per
l'effetto, considerato, dalle forze politiche di destra, come il rappresentante dell'influenza
ebraica su Weimar.

La Costituzione di Weimar, di fatto, eliminò la supremazia statale della religione (Re-
ligionshoheit) e delle chiese seppur vi fossero ancora dei residui negli artt. 136 e seguenti³.

Per l'effetto venne meno quel punto di riferimento formale, costituito dallo *jus refor-
mandi*, che sino ad allora aveva avuto efficacia nella supremazia statale e delle chiese ed ove
la libertà del singolo era espressione di libertà di coscienza e di fede¹.

¹ G.ARA GIO-RUIZ, La nuova Costituzione dell'Impero tedesco, in Riv.Dir.Pubbl., 1920,p.193;
C.MORTATI, Introduzione alla Costituzione di Weimar, Firenze 1946; F.LANCHESTER, Alle origini di
Weimar, Milano, 1985; G.GOZZI-P.SCHIERA, Crisi costituzionale e teoria dello Stato in Germania dallo
Stato di diritto alla democrazia costituzionale, Roma, 1999.

² PETER GAY, La cultura di Weimar, Edizioni Dedalo, 1978, p.21.

³ G.J.EBERS, art. *Religionsgesellschaften*, in H.C. NIPPERDEY (a cura di), *Die Grundrechte und Grundpflichten der
Reichsverfassung*, vol. II, Berlin, 1930,pp. 119 ss e p. 131 ss; P. MIKAT, *Kirchen und Religionsgemeinschaften*, in *Die
Grundrechte*, Vol. IV, I, cit., p. 126 e in particolare p. 129, in cui si citano anche diverse opinion. Appartiene alla
realtà costituzionale dell'epoca di Weimar che nella prassi statale, in particolare nei Lander di tradizione prote-
stante, le chiese esercitavano ancora una certa supremazia, seppur limitata, nonostante questa supremazia del-
le chiese e della religione fosse stata soppressa come principio.



Pertanto, lo *jus reformandi*, unitamente alla supremazia delle chiese di Stato, venne escluso, dalla Costituzione di Weimar, dalla rosa degli ipotetici diritti di sovranità dello Stato.

La modernità della Carte Costituzionale ha fatto sì che la “libertà di coscienza e di fede”, contenuta nell’art. 135, determinasse dei riflessi e contenuti nell’art. 4 comma 1 del *Grundgesetz*.

Anche se l’art. 4 GG si distingue dal quadro normativo disciplinante le chiese e le società religiose, in ogni caso se ne evidenzia la portata individualistica quale diritto di libertà.

A ben vedere si rinviene un’esplicita menzione della libertà di professare una qualsiasi concezione del mondo (*Freiheit der weltanschaulichen Bekenntnisse*) il cui scopo si esplicita e si concretizza non solamente nella libertà di fede e di coscienza bensì nella esatta inviolabilità di tale libertà².

La nuova struttura costituzionale democratica, di fatto, eliminò le ultime barriere che impedivano l’integrazione dei numerosi tedeschi ebrei³.

Nonostante il pieno riconoscimento giuridico dei loro diritti venne, comunque, delineandosi la diffusione dell’antisemitismo su tutti i livelli societari, ciò comportando opinioni e valutazioni negative in ordine alla fervida partecipazione ebraica alla vita economica, finanziaria, politica e culturale⁴.

Cominciarono a diffondersi delle accuse, provenienti dagli ambienti dei profughi russi rifugiatisi in Germania, circa la diretta partecipazione degli ebrei nella rivoluzione bolscevica.

A conforto di ciò, nel 1919, vennero stampati i *Protocolli*⁵: opere editoriali a carattere antisemita e nazionalista, ove venivano manifestate le cause e le ragioni del “cancro”, rappresentato dagli ebrei, che aveva colpito la sana società tedesca.

¹ W.KAHL aveva conseguentemente trattato nel suo *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, cit., la libertà di fede e di coscienza nella sezione *Bildung und Umbildung des Begriffs des “Jus reformandi”* (pp. 315-323).

² ERNST-WOLFGANG BOCKENFORDE, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè editore, 2006, p. 276.

³ Durante il periodo della Repubblica di Weimar gli Ebrei costituivano meno dell’uno per cento della popolazione tedesca. Mentre all’inizio dell’Ottocento gli Ebrei risiedevano quasi esclusivamente in piccoli paesi e centri di provincia, all’inizio del Novecento la maggior parte di loro - anche se non tutti - viveva nelle grandi città. Inoltre, se nel 1910 circa il 60 per cento degli Ebrei tedeschi risiedeva in aree urbane con più di 100.000 abitanti, nel 1933 più del 7 per cento viveva nelle città tedesche più grandi. Solo il 10 per cento degli Ebrei abitava nelle campagne, mentre il 20 per cento viveva nelle cittadine di provincia. Secondo il censimento del 1925, gli Ebrei residenti in Germania durante la Repubblica di Weimar erano 564.973, 71.5 per cento dei quali risiedeva nella regione più grande, la Prussia.

⁴ A.J.MAYER, *Soluzione finale. Lo sterminio degli ebrei nella storia europea*, trad. It. A.Mondadori, Milano, 1990, pp. 41 ss.

⁵ M.L.SALVADORI, *Storia dell’età contemporanea*, Loescher, Torino 1976, p. 558.



6. Sin dagli inizi del 1938 l'Italia assiste ad una corposa serie di provvedimenti tesi alla risoluzione della problematica di cui alla “questione ebraica”.

Il 16 febbraio 1938 viene resa nota l'*Informazione diplomatica* n. 14 con cui si aspira ad un opportuno “Stato ebraico, non in Palestina” al fine di risolvere “il problema ebraico”¹.

Apparse, tuttavia, doveroso precisare che il Governo non avrebbe adottato provvedimenti contro gli ebrei, se non ostili² nonchè che la partecipazione ebraica “nella vita complessiva della Nazione” sarebbe dovuta essere proporzionata “ai meriti intrinseci dei singoli ed all'importanza numerica della loro comunità”³.

Tali precisazioni risultarono superate il 14 luglio 1938 allorché venne pubblicato il “Manifesto degli scienziati razzisti”⁴ che offriva un irragionevole ed insensato decalogo ufficializzante il razzismo di Stato: “1) le razze umane esistono; 2) esistono grandi razze e piccole razze; 3) il concetto di razza è concetto puramente biologico; 4) la popolazione dell'Italia attuale è nella maggioranza di origine ariana e la sua civiltà ariana; 5) è una leggenda l'apporto di masse ingenti di uomini in tempi storici; 6) esiste ormai una pura razza italiana; 7) è tempo che gli italiani si proclamino francamente razzisti; 8) è necessario fare una netta distinzione fra i Mediterranei d'Europa (Occidentali) da una parte, gli Orientali e gli Africani dall'altra; 9) gli ebrei non appartengono alla razza italiana; 10) i caratteri fisici e psicologici europei degli italiani non devono essere alterati in nessun modo”⁵.

La mancata assimilazione in Italia degli ebrei era nitidamente palesata dal punto 9⁶.

Nonostante un duro intervento di Pio XI avverso il razzismo, fece seguito un'ulteriore *Informazione diplomatica*, la n. 18 del 5 agosto che enunciò un programma convergente⁷.

Le linee ispiratorie fondamentali della successiva legislazione vennero segnate dalla *Dichiarazione sulla razza*⁸, realizzata dal Gran Consiglio del Fascismo ove si discorre “di una nuova legge concernente l'acquisto della cittadinanza italiana”⁹.

¹ Il diritto razzista, anno I, n. 1-2, p.73.

² “Dato che anche in Italia esistono degli ebrei, non ne consegue di necessità che esista un problema ebraico specificamente italiano. In altri paesi gli ebrei si contano a milioni, mentre in Italia, sopra una popolazione che attinge ormai ai 44 milioni di abitanti, la massa degli ebrei oscilla fra le 50-60 mila unità. Il Governo fascista non ha mai pensato, nè pensa di adottare misure politiche, economiche, morali contrarie agli ebrei in quanto tali, eccettuato beninteso nel caso in cui si tratti di elementi ostili al Regime”, ibidem.

³ “il Governo fascista si riserva tuttavia di vigilare sull'attività degli ebrei venuti di recente nel nostro Paese e di far sì che la parte degli ebrei nella vita complessiva della Nazione non risulti sproporzionata ai meriti intrinseci dei singoli e all'importanza numerica della loro comunità”. Ibidem.

⁴ R.DE FELICE, Storia degli ebrei, Torino, 1993, pp. 555-556.

⁵ Ibidem.

⁶ Il punto nono così recitava “dei semiti che nel corso dei secoli sono approdati sul sacro suolo della Patria nulla in generale è rimasto. Anche l'occupazione araba della Sicilia nulla ha lasciato all'infuori del ricordo di qualche nome, e del resto il processo di assimilazione fu sempre rapidissimo in Italia. Gli ebrei rappresentano l'unica popolazione che non si è mai assimilata in Italia perchè essa è costituita da elementi razziali non europei, diversi in modo assoluto dagli elementi che hanno dato origine agli italiani”, ibidem.

⁷ “discriminare non significa perseguitare. Questo va detto ai troppi ebrei d'Italia e di altri Paesi(...). il Governo Fascista non ha alcuno speciale piano persecutorio contro gli ebrei, in quanto tali. Si tratta di altro. Gli ebrei in Italia, nel territorio metropolitano, sono 44.000 secondo i dati statistici ebraici, che dovranno però essere controllati da un prossimo speciale censimento. La proporzione sarebbe quindi di un ebreo su 1.000 italiani. È chiaro che, d'ora innanzi, la partecipazione degli ebrei alla vita globale dello Stato dovrà essere adeguata a tale rapporto”.

⁸ R. DE FELICE, Storia degli ebrei, cit., p. 567-575.

⁹ Ivi, p. 574.



Nell'apertura del testo si rinveniva il riconoscimento della "attualità urgente dei problemi razziali e la necessità di una coscienza razziale in seguito alla conquista dell'Impero"¹.

Veniva, inoltre, rappresentato il sistema dei divieti matrimoniali² nonché il generale antifascismo degli ebrei³.

In ordine, invece, alla problematica degli ebrei stranieri venne espressa l'urgenza di una "legge concernente il divieto di ingresso nel Regno"⁴ e "indispensabile l'espulsione degli indesiderabili".

È evidente, quindi, che la *Dichiarazione sulla razza* costituì la premessa della formazione successiva legislazione razziale.

Invero, la rappresentazione razzista del Regno d'Italia e la conseguenziale persecuzione giuridica nei confronti degli ebrei trovò terreno fertile nel settembre del 1938, allorché il Consiglio dei Ministri adottò un importante e famigerato provvedimento legislativo: il R.D.L. n. 1381 riguardante i "Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri".

Il predetto decreto imponeva, all'art. 1, il divieto "per gli ebrei stranieri di fissare stabile dimora nel regno, in Libia e nei possedimenti dell'Egeo; veniva determinato, all'art. 2, il criterio di appartenenza alla razza ebraica; venivano revocate, all'art. 3, "le concessioni di cittadinanza italiana comunque fatte posteriormente al 1 gennaio 1919", ciò comportando, per l'effetto, che coloro i quali avessero ottenuto la cittadinanza italiana in epoca posteriore venivano considerati stranieri; all'art. 4 veniva prescritto, a coloro i quali dimorassero in Italia da una data successiva a quella predetta, l'abbandono del paese "entro sei mesi dalla data di pubblicazione del decreto".

Il carattere maggiormente razziale, a ben vedere, lo si può desumere proprio dall'art. 2 ove, per l'appunto, viene "considerato ebreo colui che è nato da genitori entrambi di razza ebraica, anche se egli professi religione diversa da quella ebraica".

Tuttavia, tale decreto non venne mai convertito in legge e, pertanto, talune statuizioni vennero inserite ed integrate nel decreto n. 1728 del 1938.

La gestione e l'organizzazione della propaganda antiebraica trovò, inoltre, maggiore incoraggiamento ed incitamento in virtù del R.D. 1531⁵ del 1938 ed il R.D.L. n. 1539⁶ del 1938.

Il R.D. 1938 n. 1531 determinò e comportò, così come si evince dall'art. 1, la trasformazione dell'Ufficio centrale demografico in Direzione generale per la demografia e la razza, diretta da un prefetto e, nel contempo, in virtù dell'art. 2, conferiva alla Direzione "

¹ Ivi, p. 573

² "Il Gran Consiglio del Fascismo stabilisce: a) il divieto di matrimoni di italiani e italiane con elementi appartenenti alle razze camita, semita e altre razze non ariane; b) il divieto per i dipendenti dello Stato e da Enti pubblici - personale civile e militare - di contrarre matrimonio con donne straniere di qualsiasi razza; c) il matrimonio di italiani e italiane con stranieri anche di razze ariane, dovrà avere il preventivo consenso del Ministro dell'Interno; d) dovranno essere rafforzate le misure contro chi attenta al prestigio della razza nei territori dell'Impero", ibidem.

³ "tutte le forze antifasciste fanno capo ad elementi ebrei; l'ebraismo mondiale è, in Spagna, dalla parte dei bolscevichi di Barcellona", ibidem.

⁵ R.D. 1938 n. 1531, Trasformazione dell'Ufficio centrale demografico in Direzione generale per la demografia e la razza.

⁶ R.D. L. 1938 n. 1539, Istituzione, presso il Ministero dell'Interno, del Consiglio superiore per la demografia e la razza, poi convertito, senza modifiche, in legge 5 gennaio 1939 n. 26, Conversione in legge del regio decreto legge 5 settembre 1938, n. 1539, concernente l'istituzione, presso il Ministero dell'Interno, del Consiglio superiore per la demografia e la razza.



tutte le attribuzioni inerenti allo studio ed all'attuazione dei provvedimenti in materia demografica e di quelli attinenti alla razza".

È evidente, quindi, che l'organo pulsante della propaganda antiebraica era costituito proprio da questi funzionari che, sotto la direzione del Ministro dell'Interno, il Duce, elaboravano disposizioni e norme in tal senso.

Parimenti il R.D.L. 1938 n. 1539 istituì, presso il Ministero dell'Interno, il "Consiglio superiore per la demografia e la razza" dedito, stante l'art. 1, "a dare pareri sulle questioni di carattere generali interessanti la demografia e la razza". L'art. 2, per l'effetto, stabiliva che il Consiglio, quale fucina di obiettivi e tattiche, era "presieduto dal Ministro dell'Interno o, per sua delega, dal Sottosegretario di Stato" e composto da "un vice presidente e 14 membri scelti fra le persone particolarmente versate nei problemi della demografia e della razza".

Questi due provvedimenti costituirono l'imbarazzante premessa del famigerato sviluppo legislativo antiebraico.

La problematica accademica e scolastica relativa al settore socio-educativo, quale sezione fondamentale e centrale per l'interesse nazionale, determinò, in merito, la promulgazione di due provvedimenti: R.D.L. 1938, n. 1390, *Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista*, e R.D.L. 1938 n. 1630, *Istituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica*, entrambi convertiti in legge¹.

Il R.D.L. 1938 n. 1779 "Integrazione e coordinamento in un unico testo delle norme già emanate per la difesa della razza nella Scuola italiana", successivamente modificato in legge², imponeva a tutte le "persone di razza ebraica" di astenersi "da qualsiasi ufficio od impiego nelle scuole di ogni ordine e grado, pubbliche e private, frequentate da alunni italiani" (art.1) nonchè vietava "l'ammissione al conseguimento alla libera docenza" (art. 1, comma 1).

Destinari del predetto provvedimento erano altresì gli studenti "di razza ebraica" per i quali, ai sensi dell'art. 3 comma 1, era vietata l'iscrizione "alle scuole di ogni ordine e grado, pubbliche e private, frequentate da alunni italiani".

Esistevano, tuttavia, delle deroghe, tese all'ipocrisia e alla doppiezza, che prevedevano, in favore dei discendenti di razza ebrei, ma convertiti alla fede cattolica, la possibilità di iscrizione "nelle scuole elementari e medie dipendenti dall'Autorità ecclesiastica" (art. 3, comma II) nonchè l'istituzione "a spese dello Stato, di speciali sezioni di scuola elementare" laddove la comunità studentesca fosse costituita da almeno dieci individui (art. 5, comma 1).

Il carattere ambiguo e fraudolento del R.D.L. 1938 n. 1779 consentiva, inoltre, alle "persone di razza ebraica", stante il tenore dell'art. 6, comma 1, di poter istituire "scuole di istruzione media", ed ancora, al fine di evitare nuove immatricolazioni universitarie, l'art. 10, comma 1, permetteva, agli studenti universitari già iscritti, di poter "proseguire gli studi universitari".

¹ Il primo con la legge 5 gennaio 1939, n.99, *Conversione in legge del Regio decreto legge 5 settembre 1938, n. 1390, concernente provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista*, il secondo con la legge 5 gennaio 1939, n.94, *Conversione in legge del Regio decreto legge 23 settembre 1938, n. 1630, concernente l'istituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica*.

² Convertito in legge 5 gennaio 1939, n.98, *Conversione in legge del Regio decreto legge 15 novembre 1938, n.1779, relativo all'integrazione e al coordinamento in unico testo delle norme emanate per la difesa della razza nella scuola italiana*. L'art. 12 del decreto 1938, n.1779 espressamente abrogava i regi decreti 1938 n. 1390 e 1938,n.1638.



Tuttavia, tali disposizioni apparirono fievoli e sommesse dinanzi a quel più imponente impianto normativo che discriminava, più di tutti, la popolazione ebraica: il R.D.L. 17 novembre 1938, n.1728.

Il regio decreto centralizzò in un primo corpo legislativo organico tutti quei principi che erano stato enucleati dal Gran Consiglio del fascismo nella già nota *Dichiarazione sulla razza* il 6 ottobre precedente.

Tale principale e fondamentale provvedimento normativo, di carattere meramente antisemita, era costituito da due parti: nella prima veniva normativizzate le disposizioni relative al matrimonio, *Provvedimenti relativi ai matrimoni*, ove la Chiesta, in virtù del Concordato del 1929, vantava una speciale competenza divina; nella seconda parte, *Degli appartenenti alla razza ebraica*, che recuperava quasi pedissequamente quanto statuito dal Gran Consiglio, veniva sancita la riduzione della capacità giuridica degli appartenenti alla “razza ebraica” in quanto non appartenenti alla razza ariana¹.

Un ruolo concorrente assunse, nella costituzione del provvedimento razziale, la Santa Sede² in quanto opportunamente ed adeguatamente resa edotta, conseguentemente la *Dichiarazione* del Gran Consiglio del 6 ottobre, circa la programmazione ed allestimento della nuova normativa discriminatoria: “attendiamo tuttavia, in materia sì grave le precisazioni che solo potranno offrire i relativi testi di legge, confidando che essi possano rimuovere ogni motivo di riserva”³.

Il criterio discriminatorio dell’emananda legge poggiava su di un dato puramente biologico-razziale atteso che definiva ebreo chiunque fosse nato “ da genitori entrambi di razza ebraica, anche se appartenga a religione diversa da quella ebraica” (art. 8,lett.a).

Più specificamente: “a) è di razza ebraica colui che è nato da genitori entrambi di razza ebraica, anche se appartenga a religione diversa da quella ebraica; b) è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di cui uno di razza ebraica e l’altro di nazionalità straniera; c) è considerato di razza ebraica colui che è nato da madre di razza ebraica qualora sia ignoto il padre; d) è considerato di razza ebraica colui che, pur essendo nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, appartenga alla religione ebraica, o sia, comunque, iscritto ad una comunità israelitica, ovvero abbia fatto, in qualsiasi altro modo, manifestazioni di ebraismo. Non è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, che, alla data del 1 ottobre 1938, apparteneva a religione diversa da quella ebraica”⁴.

Ne discese che la pratica maggiormente utilizzata per eludere la normativa consisteva nel falsificare, retrodatandoli con la complicità del clero, i certificati di battesimo (ex art. 8, lettera d, ultimo comma del R.D.L. n. 1728 secondo cui il nato da matrimonio misto, battezzato in data precedente al 1° ottobre 1938, non era considerato di razza ebraica.

¹ R.DE FELICE, *Storia degli ebrei sotto il fascismo*, ; M.MICHAELIS, *Mussolini e la questione ebraica*; M. SARFATTI, *Mussolini contro gli ebrei. Cronache dell’elaborazione delle leggi del 1938*; AA.VV., *La persecuzione degli ebrei durante il fascismo. Le leggi del 1938*, Roma, 1998; N.MAGRONE, *Codice breve del razzismo. Stato totalitario e democrazia costituzionale. La questione razziale*, Bari,2003.

² G.SALE, *Le leggi razziali in Italia e il Vaticano*, p.109 Milano,2009; A.MARTINI, *Studi sulla questione romana e la Conciliazione*, Roma, 1963.

³ L’*Osservatore Romano*, 18 ottobre 1938.

⁴ Art.8 R.D.L. 1938, n. 1728.



L'irrazionale impianto normativo obbligava, stante il disposto di cui all'art. 9, l'autodenuncia di tutti i cittadini che tali si reputavano, tanto da comportarne l'iscrizione nei registri dello stato civile e dell'espressa menzione in tutti gli estretti e certificati.

Se il fine proprio della normativa discriminatoria era quello di emarginare, separare e allontanare gli "elementi ebrei" dal resto della popolazione ebraica, ciò poteva ovviamente avvenire evitando, scoraggiando ed impedendo unioni tra ebrei ed ariani¹.

Il *punctum crucis* dell'intera legislazione era costituito dai provvedimenti relativi ai matrimoni.

Invero, l'art. 1 proibiva "il matrimonio del cittadino italiano di razza ariana con persona appartenente ad altra razza", comminando la sanzione della nullità qualora la celebrazione dell'unione fosse "in contrasto con tale divieto" (art. 1, comma 2)².

Per l'effetto, l'art. 2 subordinava "il matrimonio del cittadino italiano con persona di nazionalità straniera al preventivo consenso del Ministero dell'Interno".

La garanzia dell'osservanza di tale divieto veniva espressa dai successivi articoli 5 e 6 che attribuivano all'ufficiale di stato civile il compito di accertare "indipendentemente dalle dichiarazioni delle parti", "la razza e lo stato di cittadinanza di entrambi i richiedenti", non potendo, pertanto, procedere "né alle pubblicazioni né alla celebrazione del matrimonio".

L'inadeguatezza di tali disposizioni, che mal si conformavano ai dettami della politica estera, trovò riconoscimento in quei casi, sovente verificatisi, che una "coppia mista" desse alla luce figli appartenenti a razze diverse a seconda che la nascita si fosse verificata in epoca anteriore o posteriore al 1 ottobre 1938 ex art. 8 del decreto³.

Un'ulteriore disposizione che incise negativamente sui diritti degli ebrei fu sicuramente quella dell'articolo 10 del Regio Decreto-Legge 1728 che impose delle importanti limitazioni sui beni immobili e sulle attività commerciali e industriali degli ebrei⁴.

È evidente, quindi, che i provvedimenti del 1938 sorsero al fine di violentare la coscienza italiana, sino ad allora esente da pregiudizi antisemiti, giustificando tali scelte in virtù di un'infondata ed inesistente verità scientifica e culturale.

¹ G. MICCOLIS, *Santa Sede e Chiesa italiana di fronte alle leggi antiebraiche del 1938*, in *Legislazione antiebraica in Italia e in Europa*, Roma, 1988, pp.228-230.

² G. NAPPI, *Trattato di diritto matrimoniale concordatario e civile*, vol. I, *Parte generale e diritto concordatario*, Milano, 1940, p. 299.

³ ACS, Ministero dell'Interno, Direzione Generale Demografia e Razza, affari diversi (1938.1945).

⁴ L'articolo 10 in questione così recitava:

"I cittadini italiani di razza ebraica non possono:

a) prestare servizio militare in pace ed in guerra;

b) esercitare l'ufficio di tutore o curatore di minori o incapaci non appartenenti alla razza ebraica;

c) essere proprietari o gestori, a qualsiasi titolo, di aziende dichiarate interessanti la difesa della Nazione, ai sensi e con le norme dell'art. 1 del R. Decreto-Legge 18 Novembre 1929 - VIII, n. 2488, e di aziende di qualunque natura che impieghino cento o più persone, né avere di dette aziende la direzione né assumervi, comunque, l'ufficio di amministratore o di sindaco;

d) essere proprietari di terreni che, in complesso, abbiano un estimo di valore superiore alle cinquemila lire;

e) essere proprietari di fabbricati urbani che, in complesso, abbiano un imponibile superiore a lire ventimila. Per i fabbricati per i quali non esiste l'imponibile, esso sarà stabilito sulla base degli accertamenti eseguiti ai fini dell'applicazione dell'imposta straordinaria sulla proprietà immobiliare di cui al R. Decreto-Legge 5 Ottobre 1936 - XVI, n. 1743.



La giustificazione delle persuasioni e delle restrizioni, in realtà, serpeggiava alla luce della necessità di voler sopprimere quella minoranza che, seppur in quanto tale, ostacolava e minava la crescita del fascismo.

7. I principi dell'ideologia nazista erano fondamentalmente imperniati sull'antisemitismo e sulla persecuzione degli ebrei.

In occasione del congresso annuale della NSDAP, nel settembre 1935, furono emanate le leggi di Norimberga, così denominate dal nome della città tedesca ove Hitler le annunciò e formulò.

Tali provvedimenti legalizzarono quell'antisemitismo, basamento della politica di Hitler, così intenso ed aggressivo che biascicava, già da tempo, in Germania.

In effetti, già al momento del suo investimento, Hitler impose l'adozione di un impianto normativo teso alla creazione di uno *Aufnahmezustand* o *Notstand*, ovvero uno "stato di eccezione".

In tale direzione venne promulgata, il 28 febbraio 1933, l'*Ordinanza del Presidente del Reich per la protezione del Popolo e dello Stato* (*Verordnung des Reichspräsidenten "zum Schutz von Volk und Staat"*) che, di fatto, interrompeva ed arginava quanto garantito dalla Costituzione di Weimar in materia di libertà personali.

Veniva, quindi, delineandosi "una guerra civile legale, che permette l'eliminazione fisica non solo degli avversari politici, ma di intere categorie di cittadini che per qualche ragione risultino non integrabili nel sistema politico"¹.

Stante l'assenza di provvedimenti discriminatori e razziali in ambito culturale e scolastico, il 25 marzo venne promulgata la *Gesetz "gegen die Überfremdung deutscher Schulen und Hochschulen"* ovvero la Legge contro l'invasione dell'elemento straniero delle scuole e delle università tedesche.

Tale provvedimento determinò, per i cittadini avente discendenze ebraiche, *Judenmischlinge*, la perdita di qualsivoglia tipologia di partecipazione ad attività artistiche e culturali.

Le successive ordinanze di esecuzione delle leggi razziali, che comportarono una definizione ben più dettagliata di "ebreo", tradussero i sintomi di quel distacco ed estromissione del diritto nazista dalla tradizione romanistica di tipo individualistica²: la titolarità dei diritti veniva, pertanto, attribuita non più all'individuo sic et simpliciter bensì all'individuo quale facente parte del Popolo.

La persecuzione antiebraica raggiunse l'apice con le Leggi di Norimberga: la prima ricordava e sanciva che il cittadino del Reich, quale unico titolare dei diritti politici, doveva godere "di sangue tedesco o affine" e, pertanto, era da distinguere dal mero facente parte dello Stato; la seconda, invece, imponeva limitazioni in campo domestico e matrimoniale.

Il primo regolamento sulla cittadinanza tedesca venne emanato il 14 novembre 1938 ove veniva stabilito che "solo il cittadino del Reich è detentore dei pieni diritti politici, del diritto di esercizio del voto politico o di ricoprire cariche pubbliche".

Nel contempo veniva chiarito e dettagliato che "un ebreo non può essere cittadino del Reich" e che, ancora più specificamente, veniva qualificato come ebreo chiunque discendesse da almeno tre nonni ebrei, o da due qualora appartenesse alla comunità ebraica al

¹ G.AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, p.11

² V.DI PORTO, *Le leggi della vergogna*, Le Monnier. Firenze 2000, p. XXVIII



momento dell'emanazione della legge o vi avesse aderito successivamente; avesse contratto matrimonio con un ebreo al momento dell'entrata in vigore della legge o successivamente; fosse nato dall'unione con un ebreo, in costanza o meno di matrimonio o durante una relazione adulterina.

Il diritto di cittadinanza, sancito dalla *Gesetz "über die Staats-und Reichsgeborigkeit"*, Legge di appartenenza allo Stato e al Reich, del 22 luglio 1913, venne modificato in virtù della *Gesetz "über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit"*, Legge sulla revoca della cittadinanza e sul disconoscimento dell'appartenenza allo Stato del 14 luglio 1933.

Il provvedimento decretava il rischio, per coloro i quali avessero acquisito la cittadinanza tedesca tra il 9 novembre 1918 e il 30 gennaio 1933, e, quindi, tra la fine del II Reich e l'inizio del III, di perderla qualora fosse risultato non desiderabile.

Una successiva ordinanza del 5 febbraio 1934 fissò un'unica cittadinanza per tutto il Reich che poteva essere acquisita o con la nascita o con il matrimonio, ad eccezione dei soggetti descritti nella Legge sulla revoca e sul disconoscimento.

In virtù, quindi, della Legge sulla cittadinanza del Reich, l'individuo ebreo perdeva la qualifica di cittadino ma rimaneva facente parti dello Stato: perdevano "con la cittadinanza, ogni identità giuridica, ma mantenevano almeno quella di ebrei"¹, divenendo "giuridicamente innominabili e inclassificabili" e quindi "oggetto di una pura signoria di fatto".

Il 14 luglio 1933 venne approvata dal Consiglio dei Ministri la *Gesetz "zur Verhütung erbkranken Nachwuchses"*, la Legge sulla prevenzione della nascita di elementi ereditariamente malati.

Tale corpus normativo, teso alla cosiddetta igiene razziale, di fatto limitò le libertà fondamentali delle categorie "deboli", quali, appunto, gli ebrei, gli zingari, i neri, ecc..

Non fu un caso che vennero qualificati *erbkrank* coloro i quali rientravano nell'elencazione di cui al comma 1 dell'art. 1, ovvero i deboli di menti gli affetti da "corea minor" o corea di Sydenham, i ciechi e i sordi "ereditari" e tutti coloro che presentavano malformazioni fisiche importanti e ritenute ereditabili dai figli; infine gli alcolisti.

Al fine di evitare lo svilimento e di illanguidire la razza ariana mediante l'unione con i membri delle razze "inferiori" venne pubblicata, il 15 settembre 1945, la *Legge per la protezione del sangue e dell'onore tedeschi*, ovvero la seconda "Legge di Norimberga", cui seguì, il 18 ottobre dello stesso anno, la legge sulla protezione del popolo tedesco diretta ai disabili (*Gesetz "zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes"*).

È evidente, quindi, che, a partire dal 1935, la Germania nazista si era munita ed armata di un elaborato corpus normativo predominato dal carattere eugenetico e razziale che individua nei malati ereditari e negli ebrei, ma successivamente anche nei confronti degli zingari², degli omosessuali³ e degli asociali⁴, quegli individui biologicamente e socialmente pregiudizievoli e nocivi, dalla cui "pericolosa azione di contaminazione e degenerazione il

¹ G. AGAMBEN, op.cit., p.12.

² M. ZIMMERMANN, *La persecuzione nazista degli zingari*, in *Storia della Shoah*, p. 763-785; id. *Rassenutopie und Genozid: die nationalsozialistische Lösung der Zigeunerfrage*, Hamburg, Christians, 1996.

³ M. CONSOLI, *Homocaust*, Milano, Kaos, 1991; T. BASTIAN, *Homosexuelle im Dritten Reich: Geschichte einer Verfolgung*, München, Beck, 2000; *Nationalsozialistischer Terror gegen Homosexuelle: verdrängt und ungesühnt*, a cura di B. JELLONNEK, R. LAUTMANN, Paderborn, Schöningh, 2002.

⁴ K. SCHERER, *"Asozial" im Dritten Reich: die vergessenen Verfolgten*, Münster, Votum Verlag, 1990.



corpo popolare tedesco e la sua presunta essenza razziale dovevano essere in ogni modo protetti”¹.

¹ *Dimensionen der Verfolgung: Opfer und Opfergruppen im Dritten Reich*, a cura di S. QUACK, München, Deutsche Verlags-Anstalt, 2003.



8. Entrambe le normative, quella italiana e quella tedesca, si caratterizzarono per una importante e cospicua partecipazione di uffici e funzionari realizzatasi in maniera compatta ed universale.

Orbene, seppur in entrambe le legislazioni i relativi dittatori assunsero un ruolo fondamentale, le norme fasciste apparirono, a tratti, più rigorose ed austere rispetto a quelle tedesche nonostante in Italia non ebbero a verificarsi i famigerati eventi celebratesi in terra tedesca.

Tuttavia, contrariamente a quanto avvenne tempisticamente in Italia, la Germania, e più specificamente Hitler, necessitò di poche settimane per far sì che i provvedimenti antiebraici divenissero realtà.

D'altronde, se il nazismo è nato come ontologicamente antisemita, il fascismo divenne tale solo con il susseguirsi del tempo in virtù di un percorso poco convenzionale.

Se, in Italia, il decreto del 1938 rappresentò il punto di riferimento normativo della politica discriminatoria fascista, il carattere sintetico ed arido della politica nazista si tradusse altresì nella predisposizione dell'impianto normativo ove, per l'appunto, si rinvenivano pochi e saldi principi ma che rinviavano ad una sovrabbondanza di ordinanze maggiormente particolareggiate.



I SINDACI REVOCABILI DELLE S.R.L.

CARLO ALBERO GIUSTI

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dei controlli interni nelle società per azioni non quotate: dalla riforma Vietti al sindaco unico. – 2. Il sistema dei controlli nelle S.r.l. in seguito al d.l. 5/2012. – 3. Gli effetti della riduzione del capitale sociale delle società per azioni sulla disciplina dei controlli nelle S.r.l. – 4. Le posizioni del Consiglio Nazionale del Notariato e del Ministero della Giustizia. – 5. Conclusione.

1. La riforma del diritto societario del 2003¹, d.lgs. 6/2003, ha contribuito a una modificazione del sistema dei controlli nelle società di capitali, in particolar modo nelle società per azioni non quotate, spogliando il collegio sindacale della funzione di controllo contabile² per affidarla a un soggetto esterno alla società e soggetto a vigilanza pubblica.³

Tale innovazione si pone in continuità con quanto già previsto dal c.d. testo unico sull'intermediazione finanziaria, d.lgs. 58/1998, il quale aveva previsto, per le società quotate, l'affidamento del controllo contabile a un soggetto esterno⁴ alla società iscritto in un apposito registro istituito presso il Ministero della Giustizia.

L'obiettivo della norma era quello di separare il controllo sull'amministrazione della società (affidato al collegio sindacale) dal controllo contabile (affidato ad un revisore o ad una società di revisione).

Tale separazione di funzioni non ha però sortito gli effetti sperati in quanto l'ampia derogabilità della norma ha consentito ad un gran numero di società per azioni non quotate di mantenere inalterata la propria struttura di controlli, affidata al collegio sindacale. L'art. 2409 bis, co.2, c.c., consente alle società che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato, di affidare la funzione di controllo contabile o di revisione legale dei conti al collegio sindacale. Tale possibilità, che deve essere prevista nello statuto della società, ha sostanzialmente consentito a un grande numero di società per azioni, che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, di continuare ad affidare la funzione di controllo contabile al collegio sindacale e dall'altra parte ha provocato una scarsa applicazione della novella legislativa.⁵

¹ V. M. VIETTI, *Le linee guida della riforma del diritto societario, Relazione al Convegno "La riforma delle società: corporate governance, principi interpretativi ed autonomia statutaria"*, in *Soc.*, 2003, 2 bis, pp. 266-269.

² La funzione di controllo contabile rappresentava la funzione tradizionale del collegio sindacale, organo endosocietario introdotto dal codice di commercio del 1882 così come puntualmente esposto da M. LIBERTINI, *Commento agli articoli 2380-2451 del codice civile, estratto da Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'ALESSANDRO, Padova, 2011, II, II, p. 197.

³ Cfr. AA.VV., *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla "Riforma Vietti"*, a cura di M. VIETTI, Torino, 2014, p. 383.

⁴ V. M. BONGIOVANNI, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – riforma Draghi: che cosa è cambiato nel controllo legale dei conti*, in *Dir. econ.*, 2000, 1, pp. 27-43.

⁵ AA.VV., *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla "Riforma Vietti"*, cit., p. 383; un risultato differente viene descritto da M. CAMERAN, *Le scelte operate dalle società non quotate italiane in tema di controllo contabile*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2009, 3, pp. 429-446 che utilizzando dati provenienti da un'indagine svolta dall'Università Bocconi – Scuola di Direzione Aziendale in collaborazione con PricewaterhouseCoopers nel periodo 2006/2007 e avente ad oggetto un campione di 364 società per azioni italiane



L'art. 2397, co.1, c.c., prevede che il collegio sindacale delle società per azioni non quotate si compone di tre o cinque membri effettivi.

L'art 14, co.14, l. 183/2011 (c.d. legge di stabilità 2012) al fine di promuovere una semplificazione nelle società per azioni di minori dimensioni e quindi meno bisognose di un sistema di controllo interno così strutturato aveva previsto l'introduzione della figura del c.d. sindaco unico.¹ Era infatti previsto che le società aventi ricavi o patrimonio netto inferiori a 1 milione di € potevano, attraverso una clausola da inserire nello statuto, prevedere la nomina di un sindaco unico scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro. Tale norma era stata successivamente sostituita dall'art. 35, co.1, d.l. 5/2012 (c.d. decreto semplifica-Italia) il quale aveva previsto la nomina del sindaco unico nei casi in cui lo statuto di una società per azioni non avesse disposto diversamente e se fossero ricorse le condizioni stabilite per la redazione del bilancio in forma abbreviata ex. art 2435 bis c.c.. Tale norma è stata successivamente abrogata² in sede di conversione del d.l. 5/2012 in l. 4 aprile 2012, n. 35.³

Allo stato attuale la composizione del collegio sindacale nelle società per azioni non quotate è rimasta immutata rispetto a quella prevista dal d.lgs. 6/2003 ed è disciplinata dall'art. 2397, co.1, c.c..

non quotate, ha mostrato come di esse il 48% avesse deciso di avvalersi di una società di revisione mentre il restante 29% aveva deciso di continuare ad affidare al collegio sindacale le funzioni di controllo della contabilità. Il rimanente 22% aveva deciso di avvalersi di un revisore legale dei conti inteso come persona fisica.

¹ Sul punto cfr. I.DEMURO, *Collegio sindacale e sindaco unico tra novità e incertezze, nuove competenze e semplificazioni*, in *Giur. Comm.*, 2012, 4, 1, pp. 590-624.

² Sul mantenimento della disposizione che consentiva la nomina, al verificarsi di alcune condizioni, del sindaco unico anche nelle S.p.A. cfr. P.MONTALENTI, *Il sistema dei controlli nella s.p.a. e nella s.r.l.: proposte di riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, 12, pp. 9-16

³ I. DEMURO, *Collegio sindacale e sindaco unico tra novità e incertezze, nuove competenze e semplificazioni*, cit., p. 592.



2. Il d.l. 5/2012¹, convertito, con modifiche, in l. 35/2012 aveva previsto la possibilità di nominare un organo di controllo monocratico non solo nelle S.p.A. bensì anche nelle S.r.l.². Tale previsione è stata però confermata solo in quest'ultimo caso.³

Tale disciplina ha apportato una buona dose di flessibilità nel sistema dei controlli delle S.r.l.⁴ prevedendo da un lato la facoltatività della nomina dell'organo di controllo e dall'altro l'obbligatorietà di tale nomina al ricorrere di determinate condizioni espressamente tipizzate ex art. 2477.

L'art. 2477, co.1, c.c., rimette la nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti⁵ ad una scelta dei soci da formalizzare nell'atto costitutivo della società. Se lo statuto non dispone diversamente la nomina dell'organo di controllo è da intendersi come monocratica e quindi tale organo sarà composto da un solo membro effettivo.⁶

La norma prevede alcune ipotesi nelle quali la nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti è obbligatoria ossia quando il capitale sociale non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni ex art. 2477, co.2, c.c.⁷, e nei casi previsti dall'art. 2477, co.3, c.c..

La modificazione dell'art. 2477 c.c. ha consentito il conseguimento di una duplice finalità: da un lato l'aumento della flessibilità nella scelta del sistema di controllo, sia relativamente alla nomina dell'organo di controllo che del revisore legale dei conti e dall'altro una riduzione degli oneri burocratici e di spesa per le S.r.l. consentendo di adattare la struttura di controllo della società alla propria situazione.

¹ Per un'analisi delle modifiche introdotte v. N.ABRIANI, *Collegio sindacale e sindaco unico nella S.r.l. dopo la Legge di stabilità*, in *Le società: mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2011, 11, pp. 1425-1428.

² Per un'interessante analisi storica dei controlli interni nelle società a responsabilità limitata v. P.BENAZZO, *I controlli interni nella S.r.l. dal 1942 al 2012*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2013, 1, 1, pp. 23-42.

³ Cfr. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Il nuovo assetto dei controlli nella S.p.A. e nelle s.r.l. alla luce del decreto semplificazioni*.

⁴ Secondo F.COSSU, *Il sindaco unico nelle S.r.l.: prime riflessioni interpretative sulla monocratizzazione dell'organo di controllo*, in *Riv. Not.*, 2012, 3, p. 596, «si profilano, così, anche nelle S.r.l. diversi sistemi di controllo che si potrebbero, analogamente alle S.p.A., denominare come sistema tradizionale e sistemi alternativi, in cui, il sistema tradizionale è, evidentemente, quello in cui l'organo di controllo ha una formazione collegiale e che può, nel silenzio dello statuto, occuparsi anche della revisione legale dei conti».

⁵ E' importante tenere presente che in base ad un'attenta lettura dell'art.2477 c.c. all'organo di controllo può anche essere, eventualmente, demandata la funzione di revisore legale dei conti ma non è possibile il contrario ossia che il revisore legale dei conti sia investito delle funzioni proprie dell'organo di controllo. Sul punto cfr. F.COSSU, *Il sindaco unico nelle S.r.l.: prime riflessioni interpretative sulla monocratizzazione dell'organo di controllo*, cit., p. 596, e ASSONIME, circolare del 7 Marzo 2012 n.6.

⁶ In virtù di questa modifica e come puntualmente delineato da F.FANTI, *Il principio di inamovibilità del collegio sindacale nel contesto della nuova autonomia normativa delle S.r.l.*, in *Soc.*, 2014, 11, pp. 1221-1225 «nelle società di nuova costituzione l'opzione in favore della composizione collegiale dell'organo di controllo (ove obbligatorio) necessiterà di un'apposita previsione statutari». Nelle società preesistenti invece come chiarito dalla massima n. 123 del 6 dicembre 2011, sostituita dalla massima n. 124, emanata a seguito del D.L. 5/2012, conv. in L. 35/2012 la regola della composizione monocratica avrà una portata «integrativa delle regole statutarie che nella sostanza si limitavano a recepire le norme in vigore al momento della loro applicazione».

⁷ Il co.2, art. 2477, c.c., è stato abrogato dall'art. 8 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n.116.



3. Negli ultimi anni si è assistito, come detto, a una semplificazione in tema di società di capitali con l'obiettivo di ridurre gli oneri burocratici, amministrativi e fiscali che gravano sulle imprese.

Gli artt. 7, co. 20, e 8 del d.l. 24 giugno 2014 n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n.116, hanno contribuito a questa opera di semplificazione prevedendo due semplici ma efficaci interventi in materia, nell'ottica, non solo di incentivare la costituzione di nuove società per azioni, ma anche riducendo costi e oneri a carico delle società a responsabilità limitata.

L'art. 7, co. 20, del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, ha previsto la riduzione del capitale sociale minimo necessario per la costituzione di una società per azioni.¹

L'art. 8 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, ha invece abrogato il co.2 dell'art. 2477 c.c. che così disponeva “ la nomina dell'organo di controllo o del revisore è altresì obbligatoria se il capitale sociale non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni”. Dalla lettura di tale norma risulta agevole comprendere come non sia più obbligatorio, se non in alcune particolari ipotesi che esamineremo, la nomina ne dell'organo di controllo ne del revisore legale dei conti nelle società a responsabilità limitata con un capitale sociale uguale o maggiore a quello minimo stabilito per la costituzione di una società per azioni.

La disciplina previgente² prevedeva un doppio sistema a seconda che la società a responsabilità limitata avesse un capitale sociale minore, o uguale o maggiore a quello necessario per la costituzione di una società per azioni. Nel caso in cui il capitale sociale della società a responsabilità limitata fosse stato minore, la norma prevedeva solamente una facoltà di nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti mentre nel caso opposto, ossia laddove tale società avesse avuto un capitale sociale uguale o maggiore, la nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti sarebbe stata obbligatoria.³

Tale sistema, come detto, è stato modificato dal d.l. 24 giugno 2014, n.91, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n.116, e per il quale la nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti è rimasta obbligatoria, ex art. 2477, co.3, c.c., nelle seguenti ipotesi:

- a) se la società è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;
- b) se la società controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;⁴
- c) se la società per due esercizi consecutivi ha superato due dei limiti indicati dal primo comma dell'art. 2453 bis c.c. ossia se il totale dell'attivo dello stato patrimoniale è risultato superiore a € 4.400.000, se i ricavi delle vendite e delle prestazioni sono risultati su-

¹ A seguito delle novità introdotte dall'art.20, co.7, d.l. 91/2014, convertito in l. 116/2014, il capitale minimo necessario per la costituzione di una società per azioni previsto dall'art. 2327 c. è stato ridotto da 120.000 € a 50.000 €.

² Facciamo riferimento all'art. 14, co.13, l. 12 Novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), successivamente modificata dall'art.35, d.l. 5/2012, convertito in l. 4 Aprile 2012, n.35 (c.d. decreto semplifica-Italia).

³ Per un'attenta analisi delle ipotesi di nomina facoltativa e obbligatoria dei sindaci nelle società a responsabilità limitata relativamente alla disciplina previgente sopra richiamata v. M. STELLA RICHTER Jr, *E pluribus unum. Riflessioni sul sindaco unico delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2012, 1, p. 177 ss.

⁴ Le ipotesi previste alle lettere a) e b) nelle quali, ex art. 2477, co.3, c.c., la nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti nelle società a responsabilità limitata è rimasta obbligatoria è stata introdotta dall'art. 26 d.lgs. 22 gennaio 2010 recante attuazione della direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 68/660/CE e 83/349/CE del Consiglio ed abroga la direttiva 84/253/CEE.



periori a € 8.800.000 e se i dipendenti occupati in media durante l'esercizio hanno superato le 50 unità.

In seguito a tale riforma, e in virtù dell'art.8 d.l. 24 giugno 2014 che ha abrogato l'art. 2477, co.2, c.c., ci si è interrogati sul destino degli organi di controllo nominati in quelle società nelle quali, ante riforma, la nomina dell'organo di controllo e del revisore legale dei conti era obbligatoria.

Da un lato infatti l'art.2400, co.2, c.c. ammette la revocabilità del collegio sindacale solamente per giusta causa e previa approvazione, attraverso un procedimento di volontaria giurisdizione, da parte del Tribunale competente, della deliberazione di revoca mentre dall'altra parte l'art.20, co.8, del d.l. 91/2014, convertito in l. 116/2014, ha espressamente tipizzato quale giusta causa di revoca dell'organo di controllo (inteso quale collegio sindacale) o del revisore legale dei conti "la sopravvenuta insussistenza della nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti".

Mentre per la revoca del revisore legale dei conti¹, il d.lgs. 27 gennaio 2010 n.39 ha abrogato l'art.2409 quater c.c.² che prevedeva il placet del Tribunale competente per la delibera di revoca assunta dall'assemblea, per il collegio sindacale, nonostante l'espressa previsione, nell'ipotesi sopra menzionata, di revocabilità per giusta causa, non vi è stata alcuna modificazione dell'art. 2400, co.2, c.c..

Sul punto sono intervenuti rispettivamente il Consiglio Nazionale del Notariato e il Ministero della Giustizia con due differenti risultati.³

¹ Il Regolamento 28 Dicembre 2012 n. 261 del Ministero dell'Economia e delle Finanze ha disciplinato le fattispecie, e le modalità, che possono comportare la revoca dall'incarico per il revisore o la società di revisione. Questa disciplina non si applica, come puntualmente espresso nel Regolamento, al collegio sindacale o al sindaco unico nelle S.r.l. quando esercitano l'incarico di revisione legale dei conti e per i quali continua ad essere vigente quanto previsto dagli artt. 2400 e 2401 c.c.

² Per un'analisi della disciplina previgente v. A.SACCHI, *La revoca per giusta causa dell'incarico di revisione contabile (art. 2409-quater, comma 3, c.c. e art. 159, comma 2, D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58). Seconda parte: Il procedimento e la prassi*, in *Controllo soc. enti*, 2007, 3, pp. 425-454.

³ IGS, *Nota di approfondimento*, A. PAOLINI, *Novità in materia di capitale di società per azioni e di collegio sindacale nelle società a responsabilità limitata*, 2015, passim.



4. Secondo l'opinione espressa dal Consiglio Nazionale del Notariato¹, l'abrogazione del co.2, dell'art.2477 c.c., e l'espressa tipizzazione quale giusta causa di revoca dell'organo di controllo della sopravvenuta insussistenza dell'obbligatorietà di tale nomina rendono non necessario il decreto di approvazione del Tribunale della deliberazione assunta dall'assemblea.

Tale orientamento si basa su alcuni precisi elementi quali la modificazione normativa intesa quale "fatto storico sopravvenuto" indipendente rispetto alla volontà dei soci che consente la revoca dell'organo di controllo attraverso la sola deliberazione assembleare e in assenza di quell'ulteriore condizione che è l'approvazione da parte del Tribunale e la specialità della norma che da un lato non è inserita nel codice civile e dall'altro, proprio in quanto tale, non costituisce una regola generale applicabile ad ogni situazione descritta dall'art.2477 c.c., nella quale il venir meno dell'obbligatorietà dell'organo di controllo non rende superfluo il placet dell'autorità giudiziaria. L'espressa previsione normativa e l'oggettività della stessa inducono quindi a ritenere quale condizione sufficiente per la revoca dell'organo di controllo, nel caso in esame, la deliberazione assembleare.

L'interpretazione del Consiglio Nazionale del Notariato fonda le proprie radici su due ulteriori elementi, di cui uno accennato nei passaggi precedenti, che contraddistinguono l'art.20, co.8, d.l. 91/2014 dall'art.2400, co.2, c.c. e che consentono la deroga al placet dell'autorità giudiziaria. Tali due elementi sono la specialità della norma e la sua transitorietà. Per quanto riguarda il primo, esso consiste nella differenza genetica rispetto a quanto stabilito in via generale dall'art.2400, co.2, c.c. e come tale non ne è consentita l'applicazione a ogni caso di sopravvenuta insussistenza della nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti né tantomeno nei casi in cui tale nomina era facoltativa. Il secondo elemento di peculiarità è la sua intrinseca transitorietà, che a sua volta può essere vista come un ulteriore elemento di specialità, e che ne consente l'applicazione solamente nel limite massimo dei tre esercizi successivi alla sua introduzione ossia la durata massima residua degli organi di controllo nominati in funzione dell'art.2477, co.2, ora abrogato.

Secondo l'opinione espressa dal Consiglio Nazionale del Notariato, tutti questi elementi fanno propendere per la deroga dell'art.2400, co.2, c.c. nel caso in cui la nomina dell'organo di controllo sia stata effettuata in funzione dell'abrogato art.2477, co.2, c.c. con la conseguente necessità della sola delibera assembleare al fine di revocare l'organo di controllo prima della sua scadenza naturale.

Il Consiglio Nazionale del Notariato si è comunque preoccupato di evidenziare la specialità della norma affermando che naturalmente la disposizione è applicabile agli organi di controllo nominati anteriormente al 25 giugno 2014, giorno di entrata in vigore del d.l. 91/2014 e che la deliberazione assembleare assunta dai soci deve esplicitare con chiarezza e puntualità l'assenza di qualsiasi condizione che renderebbe obbligatoria la nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti ex art.2477, co.3, c.c. oltre alla già citata condizione che la revoca deve essere la conseguenza della nomina avvenuta in quanto obbligatoria, e non meramente facoltativa secondo quanto disposto dall'art.2477, co.1, c.c..

Tale orientamento non appare condiviso dal Ministero della Giustizia² per il quale l'applicazione dell'art.2400, co.2, c.c. rimane elemento

¹ M.MALTONI, *Consiglio Nazionale del Notariato n. 1129-2014/I, Questioni interpretative in ordine alla conseguente revocabilità per giusta causa degli organi (sindaco unico, revisore unico, collegi sindacali)*.

² Nota Ministero della Giustizia n. 4865 del 2015.



imprescindibile dell'attuale sistema normativo e in alcun modo derogabile.

Il Ministero della Giustizia in risposta a una richiesta del Ministero dello Sviluppo Economico sull'applicazione del nuovo regime normativo, in particolare sulle conseguenze relative all'abrogazione dell'art.2477, co.2, c.c. e se con riferimento a quelle società che hanno nominato l'organo di controllo sulla base del capitale sociale sia necessaria la sola delibera assembleare quale condizione per la revoca dell'organo di controllo, come prospettato dallo studio del Consiglio Nazionale del Notariato, ovvero sia necessario quell'elemento ulteriore che è l'approvazione della delibera da parte del Tribunale. Il Ministero della Giustizia ha affermato che, nonostante il legislatore abbia tipizzato quale giusta causa di revoca dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti la "sopravvenuta insussistenza dell'obbligo di nomina di tali organi", ciò non rende non applicabile l'art.2400, co.2, c.c. con la conseguenza dell'ulteriore necessaria approvazione della delibera assembleare da parte del Tribunale.¹

Ad avviso del Ministero della Giustizia una corretta e puntuale verifica del presupposto della giusta causa quale condizione per la revoca dell'organo di controllo non può prescindere, seppur tipizzata dallo stesso legislatore, dal placet dell'autorità giudiziaria.

Lo stesso Ministero della Giustizia si è avvalso inoltre di un fatto storico precedente al fine di supportare la sua tesi, consistente nella mancata modificazione legislativa dell'art 2400, co.2, c.c. ovvero il contrario di quanto avvenne nel caso della revocabilità del revisore legale dei conti per il quale, il d.lgs. 39/2010 prima e il d.P.R. 28 dicembre 2012 n. 261 poi, hanno non solamente tipizzato alcune giuste cause di revoca, ma anche abrogato l'art.2409 quater c.c. per il quale era previsto lo stesso meccanismo di volontaria giurisdizione davanti al Tribunale al fine di convalidare la delibera assembleare di revoca del revisore legale dei conti.

Il Ministero della Giustizia ha quindi risposto al Ministero dello Sviluppo Economico, preoccupato di garantire l'uniforme applicazione della nuova normativa presso le Camere di Commercio, che "deve ritenersi imprescindibile il decreto di approvazione del Tribunale al fine della revoca per giusta causa dei sindaci², anche se solo per accertare che la nomina dell'organo sia esclusivamente dipesa da quanto statuito dall'art.2477, co.2, c.c., ora abrogato".

5. In funzione di quanto sopra esposto, le ragioni evidenziate dal Consiglio Nazionale del Notariato, sebbene volte sicuramente a un alleggerimento del sistema normativo e allo stesso tempo a una volontà di riduzione dei costi e di semplificazione burocratica per le società a responsabilità limitata, non consentono ad ogni modo una deroga dell'art.2400, co.2, c.c. per due ragioni. La prima attiene al valore intrinseco ed estrinseco dell'art.2403 c.c. avente ad oggetto i doveri del collegio sindacale. Spetta infatti al collegio stesso il compito di vigilare sul rispetto della legge e dello statuto, nonché dei principi di corretta ammi-

¹ Secondo G.CAVALLI, *I sindaci*, in *Tratt. Colombo – Portale*, V, Torino, 1988, nt. 24, p. 47 ss., la tutela offerta dall'art. 2400, co.2, c.c., è una tutela c.d. in termini "reali" con la conseguenza che non è consentito ai soci di «rimuovere un sindaco sgradito nella speranza di poter poi risolvere ogni contestazione a posteriori e nell'ottica di un semplice risarcimento pecuniari».

² In caso di mancata approvazione del Tribunale della delibera di revoca cfr. R.AMBROSINI, *Revoca dei sindaci: effetti della mancata approvazione del Tribunale*, in *Società*, 1999, 12, p. 1462 ss.



nistrazione e gestione.¹ Dalla norma in esame risulta quindi come la funzione promossa dal collegio sindacale trascende una mera volontà di semplificazione burocratica e di riduzione dei costi e consegue una finalità di tutela degli stakeholders della società. La delibera assembleare di revoca dell'organo di controllo per sopravvenuta insussistenza della obbligatorio di tale nomina ex art.2477, co.2, c.c., ora abrogato, non può prescindere quindi dal controllo del Tribunale proprio in virtù della funzione sociale del collegio sindacale. La seconda ha a oggetto un precedente legislativo, ovvero l'impossibilità di revocare in maniera autonoma e senza la sussistenza di una giusta causa sottoposta all'attento esame del Tribunale il collegio sindacale nominato prima dell'introduzione del sindaco unico ex art.14, co.13, l. 183/2011, al solo fine di sostituirlo con quest'ultimo. La permanenza dei collegi sindacali nominati entro il 31 dicembre 2011 è stata garantita, nel caso in esame, dall'art. 14, co.13 bis, l.183/2011, aggiunto dall'art.16, co.1, lett.b) d.l. 212/2011, convertito con modificazioni dalla l. 17 Febbraio 2012 n.10.²

Risulta evidente, alla luce di quanto detto, come sia necessario conciliare da un lato la semplificazione dei controlli, in particolar modo nelle società più piccole e meno strutturate, e dall'altro l'esigenza di tutela degli stakeholders delle società.

L'espressa tipizzazione da parte dell'art.20, co.8, del d.l. 91/2014, convertito in l. 116/2014, quale giusta causa di revoca dell'organo di controllo (inteso quale collegio sindacale) o del revisore legale dei conti "la sopravvenuta insussistenza della nomina dell'organo di controllo o del revisore legale dei conti" non consente la disapplicazione dell'art. 2400, co.2, c.c., che costituisce, pur sempre, una norma di carattere generale volta a favorire l'inaMOVibilità³ del collegio sindacale, caratteristica indispensabile per garantire l'indipendenza di tale organo nell'esercizio delle sue funzioni, in particolar modo di quella di tutela degli stakeholders della società.

¹ V. G.F.CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale – Diritto delle società*, 2, a cura di M.CAMPOBASSO, 7ª ed., Torino, 2010, p. 404.

² Cfr. F.FANTI, *Il principio di inamovibilità del collegio sindacale nel contesto della nuova autonomia normativa delle S.r.l.*, cit., p. 1224, il quale ribadisce la funzione fondamentale svolta, a proposito della inamovibilità del collegio sindacale, non solo e non soltanto dall'art. 14, co. 13 bis, della legge di stabilità 2012 (che ricordiamo aveva una applicazione transitoria) ma soprattutto dall'art. 2400 c.c.. Sempre lo stesso autore, a proposito dell'importanza dell'art. 2400 c.c., afferma successivamente << la norma di cui all'art. 2400 c.c., posta a generale tutela dell'indipendenza del collegio sindacale e, al contempo, volta a garantire la continuità dell'attività di controllo, rimaneva così centrale anche nel mutato contesto delle società a responsabilità limitata (dotate di collegio sindacale o di sindaco unico), essendo ritenuta la inamovibilità un requisito indispensabile per un corretto esercizio delle funzioni di controllo e vigilanza >>; sullo stesso punto v. R.RUSSO, *Sindaco unico di S.r.l. ed irrevocabilità dei collegi sindacali in carica*, in *Giur. Comm.*, 2014, 3, 2, pp. 505-509.

³ Si dubita sull'applicabilità dell'art. 2400, co.2, c.c., alla revoca del sindaco nominato dall'amministrazione pubblica o da un ente pubblico ex art. 2449, co.2, c.c., nelle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. La revoca, come la nomina, dipenderebbe da un atto amministrativo e non da una deliberazione assembleare con la conseguenza che la "giusta causa" rimarrebbe assorbita dall'atto amministrativo stesso. cfr. AA.VV., *Diritto Commerciale*, II, a cura di M.CIAN, Torino, 2013, p. 504.



ECONOMIC, FISCAL AND BUDGETARY ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY. FROM THE INTERMEDIATION COMPANIES TO PUBLIC FINANCING

MARÍA CRESPO GARRIDO

SUMMARY: I PRELIMINARY NOTES. – II. TEORETHICAL BASIS OF THE INTERVENTION OF THE PUBLIC SECTOR IN THE MARKET OF PROPERTY RIGHTS. – 1. The intervention of the Public Sector or the negotiation between the parts: Coase vs Hayek. – 2. Possible solutions to the externality problem. – III. ASSESSMENT OF THE OWNERSHIP OF THE PROPERTY RIGHTS IN SPANISH DIRECT IMPOSITION. – 1. Assessment of property rights in the Income Tax of natural persons. – 2. Allocation of rights derived from intellectual property in Wealth Tax. – 3. Taxation of those property rights acquired in Spanish territory by individuals. – IV. TAXATION ON TRANSFER OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS – V. ENTITIES AIMED AT THE MANAGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. – VI. CONCLUSION.

ABSTRACT: The recognition of intellectual property rights in Spain is a consolidated and unquestionable reality, though, the management of these has been the subject of controversy in recent times, yet these are not left out from the treasury. Particularly controversial is the taxation of property rights that are transmitted through Management Companies, since the General Tax Act confers the status of taxable person to those in which the increase of economic capacity is generated and do not confer to those who are mere intermediary agents.

I PRELIMINARY NOTES

The debate on the need for the existence of a regulation that protects industrial and intellectual property is not exempt from controversy since past time, as Milton Friedman in his book *Capitalism and Freedom*, after pronouncing in favor of its existence, affirmed that *"on the one hand, there are many "inventions" which are not patentable. The "inventor" of the supermarket, for example, produced great benefits for its neighbors and for which he could not charge. In so far as the same kind of skill is required for both types of inventions, the existence of patents tends to divert activity to patentable inventions"*¹

The fact that the behavior or action of certain individuals influences positively or negatively on the welfare of other subjects implies a market failure, in the proportion that such interaction is not reflected in the prices of traded goods or factors, and this is the circumstance which may be caused by the absence of a regulation on intellectual property rights.

As of an economic point of view this truth has been termed externality, since these affect the welfare of an external agent and this change in welfare is not reflected in prices. Given this situation, it is necessary to define why the public sector must intervene in a market where the possible existence of faults, by the presence of externalities, which can be

¹ Cole Bowles (2002).



compensated through payment of a price to its author, if property rights are fully attributed.¹

The recognition of intellectual property rights deserves a differentiated study according to those authors whose aim is achieving the widest dissemination of his work, those whose priority is to maximize their economic benefit. In this regard, the *Conferencia de Rectores de Universidades Españolas* (CRUE - Board of Deans of Spanish Universities by its initials in Spanish) proposes and supports open electronic access, especially for those texts that have been developed through public financing, which is not incompatible with copyright earnings². Remarkable circumstance, since recognition and remuneration of intellectual copyrights with free access to cultural reality generated by authors are not incompatible, although it is necessary to count with a specific and different regulation from the one currently in force. Separate issue is the way in which both situations are guaranteed, ie, how to quantify the collection of copyrights with a free access to the work performed.

Therefore, the establishment of a tax system to assess the returns generated in the transfer of property rights does not respond exclusively to tax collection needs but the internalization of externalities generated in the trading of property rights which is one of the Cause of the existence of duties on the transfer or ownership of property rights.

II. THEORETICAL BASIS OF THE INTERVENTION OF THE PUBLIC SECTOR IN THE MARKET OF PROPERTY RIGHTS.

The law governing intellectual property is an instrument of technological policy that recognizes in individuals or persons the right to ownership on their invention. It is a way of compensatory action of the externality since, the patent regulation, internalizes the possible arising externality as a result of the discovered invention.

The generation of intangible property gives its creator or owner the exclusive right to control the production or sale of the same, coalescing under the concept of intellectual

¹ Externalities can be positive or negative. In the case of positive externalities, such as those caused by copyright, when one person generates and its effect is perceived completely by everyone else, the externality is a pure public good but if only few are benefited, one contemplates an externality and not a pure public good. Rosen (2008).

² Declaration of the CRUE "In support of the open electronic access model" adopted by the XII REBIUN General Assembly (2004) that "Urges authors, especially those who develop projects with public funding, to prioritize, when sending their work for publication, those publications that follow the model of open electronic access [...] under no circumstance, completely cede their copyright, in order to be capable of depositing copies of their work in institutional repositories for open electronic access". Similarly other international institutions are pronounced. European Cultural Heritage Online (ECHO) Statement of Purpose, December, 2002 <http://echo.mpiwg-berlin.mpg.de/home/documents/statement> Association of College & Research Libraries (ACRL) Principles and Strategies for the Reform of Scholarly Communication, August 28, 2003 <http://www.ala.org> Bethesda Statement on Open Access Publishing, June 20, 2003 <http://www.earlham.edu/~peters> Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, October 22, 2003 <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin> UN World Summit on the Information Society Declaration of Principles and Plan of Action, December 12, 2003 <http://www.itu.int> - Document 1 <http://www.itu.int> - Document 2 Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Declaration on Access to Research Data From Public Funding, January 30, 2004 <http://www.oecd.org> The International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA) released the IFLA Statement on Open Access to Scholarly Literature and Research Documentation, February 24, 2004. <http://www.ifla.org> House of Commons, Science and Technology Committee. Scientific Publications: Free for all? Tenth Report of Session 2003-04, July 7, 2004-10-04 <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmselect/cmsctech/399/39902-hm>.



property, various concepts such as; trademark, patent or intellectual property rights¹. The presence of externalities can lead to a misallocation of resources if not avoided, which does not necessarily mean that the public sector should intervene, because at times the negotiation among individual agents generates lower costs of intervention.

¹ In this regard Bowles (2002) makes a clear and accurate differentiation between brand and patent and provides an economic argument to the existence of patents as property rights. In this regard he states that "the trademark name (or" trademark ") is a sign that distinguishes products of a manufacturer from another. The brand is register at a State registry and grants its owner the exclusive use of it. This guarantees the origin of the product endorsed by the brand, which allows consumers to buy with greater certainty (since known brand owners will have incentives to protect the economic value for maintaining the same quality standards for their products), and protects the manufacturer of counterfeiters trying to sell their own products taking advantage of the good reputation of renowned brands. The difference between a brand and a patent is that the brand identifies the origin of the goods, but does not prohibit the manufacture of similar or even identical products), and therefore does not have the monopolistic nature of the patent. "



1. Property rights are legally established titles on the ownership, on the use and distribution of production factors, and on the goods and services. The establishment and delimitation of these generates efficient allocation of resources, especially those that cause externalities, which appear and produce inefficiency in absence of a clear delimitation of the rights assigned to the owners of the original idea¹.

Coase Theorem² provides a solution to the problem, without the need for public intervention, and states that, if property rights exist and there is a small number of participants in the exchange of the same, with low transaction costs, private transactions are efficient, therefore, public sector intervention is not necessary. Externalities disappear because all the parties are involved in the process and the result will be the same, regardless of the ownership of property rights.

However, in the present case on the ownership and transfer of intellectual property rights do not necessarily meet the Coasian hypothesis, for the following reason:

- First, because the number of participants in the process is not always small, therefore the negotiation between parties is not always possible. This is true especially in cases in which the author claims the widest dissemination and knowledge of his work. In addition; now days, since the dissemination thereof are especially lavished on the network, one cannot claim that the number of users is small, although some specialized texts are only of interest to the groups affected.
- Second, because property rights are not fully assigned, since accepting this hypothesis would demonstrate the absence of plagiarism. Without a pre-registration of the original idea, it would be impossible to determine who is the intellectual author of the idea or the invention³.
- And third, perhaps this is the most distorting element, transaction costs are not

¹ However, in some cultures it is inconceivable that an individual exploit his creation or invention monopolistically for a time, while other laws protecting intellectual property is something protected by law and respected by most citizens. Moreover, the widespread use of the Internet has substantially changed the perspective, reducing the chances for controlling the copy of the work on behalf of the authorities. Furthermore, in the case of intellectual property of those authors whose main aim is to become known and disseminate its work, a high level of protection can slow down his objective.

² For Hayek – accordingly to the aim of minimizing uncertainty – once the property rights are clearly defined, these must be strictly defended and considered as given when formulating policy prescriptions. This does not mean that they should remain unchanged over time: the Austrians support endogenous and progressive changes in the structure of property rights, product from the social interaction itself and the market, but they oppose to any change *from outside* of property rights (as They believe it is not possible to have the necessary information in order to make a decision of this type). Therefore, any economic analysis must arise in the context of the existent property rights in a given time. On the contrary, for Coase property rights - in a context of high transaction costs – these would always be susceptible to modification in order to reach a more efficient outcome. The other important implication of Hayek's analysis - which separates him from Coase - is the advantage of applying the principle of objective civil liability in cases of externalities. Coase, based on the reciprocal nature of externalities, severely criticized the *Pigouvian tradition* that called for the imposition of a tax on the externality generating agent. Coase pointed out that such a solution -based on objective liability- did not necessarily lead to minimizing the cost - or maximizing the social output – what it should be done was to compare alternative institutional arrangements, in order to be capable of choosing that which allows reaching a higher total output Ramos (2001).

³ Rosen quoted "in England and in Scotland, the private ownership of the river channel has successfully managed to prevent uncontrolled fishing and water pollution for 800 years. The owners are limited to just charge a certain amount to the other for fishing in the river area. Therefore, the owners have a financial incentive to maintain fish stocks and preserve the purity of the water (Conda) (1995).



always low, hence the legal and institutional framework becomes an essential element and the rules take a special role, as individuals respond to the allocation of costs and benefits, having them change the fundamentals of their initial decisions.

Therefore, it is an indisputable argument that, regardless of the criticisms about the monopolistic use of intellectual property rights from the perspective of Coase, negotiation between parties is a utopia, because the underlying assumptions for that to be a guarantee of efficiency are not met. There are transaction costs, property rights are not well defined and the number of users is not small, therefore, public intervention is imperative.

2. The different alternatives offered to solve externalities from a public perspective focused on the following aspects:

- The establishment of taxes¹ will reach a more efficient solution. The so called “Pigovian” tax ensures that the taxes levied on those that generate negative externality perceive the compensated external effect. However, with regards to the present issue, the tax should be established on the purchaser of the work that bears the property rights, as it generates positive externalities, which should compensate its author. However, the recent increase in the tax rates of the Value Added Tax² has generated enormous social rejection because this inflationary effect clearly discourages the use of this type of consumption.

- The second commonly accepted solution in the process of internalization of externalities is the establishment of subsidies aimed at the generation of positive externalities. Just as the establishment of a Pigouvian tax can internalize negative externalities, a Pigouvian subsidy can provide a solution for the insufficient amount provided by society³. This solution would therefore be admissible to the extent that the establishment of taxes shall not efficiently compensate the externality.

- The third theoretical option rests on the creation of a market on the grounds of inefficiency caused by the lack of this. In this case, public intervention shall focus on the State to promote an efficient solution by selling permits or licenses. In such a way that the price paid for the acquisition of a right of use of intellectual property measures the positive effects generated by the author of the same. The price paid for the use of intellectual property should be equivalent to the compensation for the externality.

- The fourth and final option for intervention is regulation⁴. The establishment of a policy to assign the ownership of property rights, as well as the mode to use it is another of the questionable choices

From an economic perspective, it is always preferable to count with solutions that originate and act on the market, as they cause fewer distortions than those derived from in-

¹ A Pigovian tax is a tax levied on the production of polluting agents in an amount equal to marginal social damage for the efficient level of output. The tax provides an incentive for them to be in the level of production that is efficient. Rosen (2008).

² Royal Decree-Law 20/2012, of July 13, raises the standard tax rate of 18% to 21% tax.

³ The fact that an activity is beneficial does not mean by itself that a subsidy for efficiency required. The subsidy is appropriate only if the market does not allow those who generate the externality to appropriate the full marginal return associated with it. An excellent surgeon whose activity generates a great welfare for humanity, for example, is not creating a positive externality if his salary yet reflects the marginal value of his/her services. Rosen (2008).

⁴ A paradigmatic example of regulation constitutes the Clean Air Act in force in the United States. Rosen (2008).



tervention. However, regardless of the solution adopted, one of the indispensable requirements is the subsequent evaluation of the adopted measures, as well as the control of its social effectiveness and efficiency, not only economic.

III. ASSESSMENT OF THE OWNERSHIP OF THE PROPERTY RIGHTS IN SPANISH DIRECT IMPOSITION.

1. The perception of industrial and intellectual property rights constitutes taxable Income Tax for natural persons. Particularly submitted to assessment are those incomes derived from the elaboration of literary, artistic or scientific works, which categorization differs depending on whether or not the operation right is assigned; typifying it in one case as work related income, and in contrast as an income derived from business activity, depending on whether the freelance categorization of the productive means exists, constituting incomes from capital those derived from the exploitation of intellectual property rights perceived by people other than the author.

Work Earned income

Article 17.2 of the Income Tax Regulating Law for natural persons, Law 22/2009, dated December 18 establishes on its wording as taxable event of income, the acquisition of yields from literary, artistic or scientific works derived from intellectual and industrial property. Although the categorization thereof is different depending on the activities where the freelance classification of productive means exist, that is to say, that the author himself exploits his work, through edition and marketing, in which case the attribution to the assessable base of the tax will be carried out as an income derived from business activity.

In any case, the compensation for private copying that an entity dedicated to the management of intellectual property pays the authors, is described as earned income, provided that they do not develop the work as the exercise of an economic activity (DGT 09/02/30)¹

On the other hand, if the yields are assigned to a third party, and no freelance categorization of the productive means is carried out on behalf on the taxpayer, the fiscal categorization will be earned income², as envisaged by the Article 17.2 of the Law and Article 95.2.b of Tax Regulations approved by Royal Decree 439/2007 of March 30th. Likewise, the Directorate General of Taxes (1/7/19) also pronounced to this regards³.

¹ “According to the aforementioned, in the case of intellectual property rights paid directly to the individual author of the work, they can be considered earned income from personal work when the author assigns the publisher the right to exploit that and there is not freelance categorization human resource production on behalf of the author, or income from economic activities if there is such categorization”. SG Income Tax (D.G.T. 09/30/02).

² For illustrative purposes, earned income are; the satisfied retribution of a company to an employee to an employee to participate in courses organized by its company (*DGT 19-12-00*), salaries paid to a staff member for conferences held abroad (06/04/01). The awards obtained by the development of educational materials to be distributed via the Internet (*DGT CV 22-7-05*). Prize in cash in consequence of conducting a scientific presentation at an International Congress, transferring the rights of exploitation of the work (*DGT14-05-08*).

³ The issue raised and resolved by the Sub-Directorate General for Income Tax relates to the rights collected by a retired writer who transfers the audiovisual rights of his novels written over 10 years ago, for a period of 17 years, being held by transferees and reverting the rights to the author or her heirs. The resolution classifies this income as income from an economic activity since these benefits from such qualification always involv-



Finally, the yields that media companies will pay to a university professor for articles (as unwaged collaborator) should qualify as earned income, unless the transfer of such intellectual property is made under a professional activity (DGT 12/16/08)¹.

Income from economic activity.

In those cases where the activity which bears property rights is performed in such a way to cause freelance classification of the production means and of human resources, of one or of both, in order to intervene in the production or distribution of goods or services, that is, that the author himself edits its own work, these will hold the classification of income from economic activities². The Directorate General of Taxes through the Binding Query of November 25, 2008 catalogues these incomes as income from economic activity, or as income from business or professional activity, according to the actual terminology³.

On the other hand, the Directorate General of Taxes clarifies that (DGT 30.9.02) when the industrial property right is used in an industrial or professional taxpayer procedure, yields are incomes resulting from economic⁴ (DGT 29/03/00) activity⁵.

Withholdings

Moreover, and like any other remuneration, the assignment of copyright is subject to withholding (DGT 07.19.01, 03.16.00) unless it is a free transfer, creditable circumstance by any type of evidence (DGT19.4.99).

ing the freelance classification of the production means and the human resource or one of them, in order to intervene in the production or distribution of goods or services. (...) In the case in question, transfer of audiovisual rights of her works, written over 10 years ago by a retired writer, presumably there is no such freelance classification as referred in Article 16.3 of the Tax Law, so we can conclude that these duties collected by the author, qualify as earned income. DGT 07/19/2001.

¹ Lefebvre (2012 a)

² Respect this effects, one should consider if ; the author participates or not on the yields of the activity, if the author counts with its own workplace for carrying out the activity, furthermore; if certain additional services such as transportation or meals are included (D.G.T.19.4.99).

³ The Binding Query dated November 25, 2008 of the General Directorate for Taxes states that: *"the illustrator activity developed by the freelance consultant, an pursuant to which besides its own artistic activity, participates in presentations, conferences, courses and acts as jury in awards and competitions, in so far as artistic professional activity includible – therefore – the second section about Tax Rates on Economical Activities, allows the yields obtained in the exercise to be catalogued within the Income tax of Natural Persons as income from professional activities. This follows from provisions in article 95.2 a) of the of the Income Tax Law for natural persons, approved by Royal Decree 439/2007 , 30 March (BOE of the 31 day), which provides as follows: "(...) a) in general, those derived from activities included in Sections II and III of the Tax Rates on Economic Activities, approved by Royal Decree 1175/1990, 28 September .b) in particular will be considered as work-related income those obtained by: 1. The authors or translators of works, resulting from intellectual or industrial property. When the authors or translators directly edit their works, their yields will be classified within those corresponding to business activities. (...) Therefore, in the consulted case, when the consultant yields are obtained within the exercise of its artistic professional activity as illustrator, which includes both the sale of original illustrations as well as the assignment of intellectual property rights (reproduction rights) and the participation in its capacity of illustrator in courses, lectures, conferences and in contest juries, the type of applicable taxation to all these yields will be determined – as it is apparent from the reference that paragraph 2 of Article 95 makes the paragraph 1 of that article - by the provisions of this paragraph 1. As it results from the reference that Section 2 of Article 95 makes to the section 1 of that article - by the provisions of this paragraph 1". In this regards see (D:G:T: 15-02-2000).*

⁴ For example the compensation received by an author, derived from the unauthorized use of its drawings, sketches and studies qualifies as income from professional activities. (DGT 05/05/11).

⁵ Referred to royalties received by an economist-auditor with private office, for the elaboration of an audit manual for the Instituto de Censores Jurados de Cuentas (Institute of Chartered Accountants).



In particular, and been more specific in the classification of returns, the Directorate General of Taxation, according to Binding Query dated November 25, 2008, explains the type of applicable retention according to the classification of the income received, in response to the following: To the effect of the provision in the aforementioned paragraph (applicable withholding in professional activities) will be considered within incomes from professional activities: a) Overall, from the exercise of the activities included in Sections II and III on the Tax Rates of Economic Activities, approved by Royal Legislative Decree 1175/1990, dated 28 September. b) In particular, the consideration of work-related income obtained by: 1 The authors or translators of works from intellectual or industrial property. When authors or translators directly edit their work, their yields will be realized between the corresponding business activities. (...) 1. When incomes are the consideration of a professional activity, the rate of 15 percent of withholding tax on gross income paid be applied."

Investment income

Incomes derived from intellectual property received by a person different from the author are catalogued as Capital Income. The assignment of the exploitation rights may be done to any person and through any method of the provided in the Intellectual Property Law, not necessarily should be assignments between the author and the editing, but the assignments made to other persons such as the spouses, children or heir may also be typified as income from capital income. (D.G.T. CV 9-2-00).

Finally, and according to provisions from articles 25.4 of the I.R.P.F (Income tax of Natural Persons, by its initials in Spanish) Regulatory Law and article 25.4 a and b) of the Lax Law, incomes derived from intellectual property received by other persons other than the author, always that they are not assigned to an economic activity, are capital incomes (DGTNCV 6-8-09). When non-original incomes correspond to the assignees, successors...of the artists or interpreters, these will be considered among capital incomes (D.G.T: 15.2.00 and 30-9-02)¹.

2. Direct taxation assesses both the procurement of the property rights, in the exercise of the economic activities, as well as the ownership of the same. The possession of the rights arising from the author's intellectual or industrial property are subject to Wealth Taxes, without prejudice to its exemption, according to article 4.6 of the Wealth Tax Law 19/1991 of June 6, modified by the Royal Legislative Decree 13/2011 of September 16, by which tax is reestablished, as of September 18, 2011, with exclusive effects for the exercises of 2011 and 2012. As of January 1, 2013 the discount of the 100% of the tax is reestablished, repealing, also, as of the same date, the formal obligations of the taxable persons as they are; the obligation for non-residents to appoint a representative, the self-liquidation of the tax and the obligation of submitting the declaration and, if applicable, payment on account.²

¹ On the other hand, when the copyrights are received by a third party, different from the author, such in the case of a heir, these will constitute for the percipient income from capital, as stipulated in Article 23.4. a) of Act 40/1998.

² Lefebvre (2012a) marginal 2001.



Notwithstanding the foregoing, in the tax periods in which there has not been Wealth Tax or it has not been discounted in a 100%, article 4.6 of the Law 19/1991, of June 6, provides the exemption of the rights arising from intellectual or industrial property of the author as long as they remain in his patrimony and are not used in commerce.

However, in the cases that the rights arising from the industrial property – patents, trademarks, inventions- are transferred to third parties, they must be included in his patrimony for the purchase price.

In those cases in which the ownership of the property rights remain in the patrimony of the author or inventor, but he decides to exploit the patent, and utilizes it in the context of a business activity, he will pay the tax with the criteria applicable to the assessment of the ownership of the yields of the business activity.

Notwithstanding, and as provided by article 4.eight.1) of the Wealth Tax Law, drafted in Law 62/2003, of December 30, the property and ownership rights of natural persons that are employed in business or professional activities¹ are exempted from the tax. For this, it is necessary that the activity becomes the main source of income of the taxable person, and that this be exercised in a regular, personal and direct manner.²

On the other hand, the rights arising from the intellectual or industrial property, that have been acquired by third parties, that is to say, exploited by a person different than its creator, must be included in the taxable income that constitutes the equity of the natural person that acquires it, as provided in article 22 of the Law 19/1991, of June 6, regulatory of the Wealth Tax. Though, if the property rights are exploited in the development of the business activity they will be regulated according to what is provided in article 11 of the Law, in accordance with the regulatory rules of the assessment of the taxable economic activities, in the taxable income of the tax.

If it refers to industrial property rights, when they have been acquired in the exercise of a business activity or the own inventor decides to exploit them by himself, the patent, the trademark or the invention in question will remain affected to the development of the business activity.

3. The regulatory Income Tax Law for non-Residents approved by Royal Legislative Decree 5/2004, of March 5, defines the concept of canon³ in its article 13.1.f.3° in the following terms; *“There are considered as canons or royalties the amounts of any kind paid for the use, or the concession to use of:*

- *Rights on literary, artistic or scientific works, including motion pictures.*

¹ In this sense, the delimitation that is done on business and professional activities, is circumscribed to the following circumstances:

- The ones that have business activity nature, under the rules of IRPF.

² Article 11 of the Tax Law warns about those cases in which accounting does not exist, or if it is not in accordance with the Commerce Code, the elements will be assessed according to the rules of the Wealth Tax.

³ The intellectual property is regulated in de Royal Legislative Decree 1/1996 and the Law 5/1998, of March 6, of incorporation to the Spanish Law of the Directive 96/9/CE, of the European Parliament and the Council, from March 11, 1996, about the legal protection to the database, that considers as intellectual property that constituted by personal and patrimonial rights that assign its author full property and exclusive right of exploitation of the work. Its object may be; literary, musical, theatrical, photographic, sculptural, motion pictures, as well as projects, drawings, graphics, maps, designs, software and furthermore, certain rights relative to database or data banks.



- *Patents, brands or business trademarks, graphics or models, drawings, secret formulas or procedures.*
- *Rights on software¹*
- *Information concerning to industrial, business or scientific experiences.*
- *Personal rights susceptible of being assigned, such as the image rights.*
- *Industrial, business or scientific equipment.*
- *Any rights similar to the preceding.*

In particular, this consideration is given to the amounts paid for the use or the assignment of the use of the rights protected by the Consolidated Text of the Intellectual Property Law approved by Royal Legislative Decree 1/1996, from April 12, the Patents Law 11/1986, from March 20 and the Trademark Law 17/2001, from December 7.”

In consequence, notwithstanding its exemption, the tax assesses, the intellectual property, understanding as such: literary, musical, theatrical, photographic, sculptural, motion pictures, projects, drawings, software, ..., the canons arising from the assignment of use of the works, retaining the assignor the ownership, but not the returns of the sales of the products.

Notwithstanding the above, in order for a return to be considered as a canon susceptible to taxation in Spain on the Income Tax of non-Residents, it is necessary to make the assignment of the use and not the transfer of the ownership, as pointed out by the Central Economic Administrative Court in Resolution from April 25, 1990. In similar terms the National Court (28-1-10) pronounces regarding the contributions to I+D, sustaining that they will have the canon's treatment if the contributor entity is not the owner of the exploitation of technology rights resulting from the investigations and works.

Furthermore, in those transfers executed in countries in which Spain has subscribed the Agreement Model OECD, the applicable criteria is that this assignments pay taxes exclusively in the State of residence of the percipient. Notwithstanding the foregoing, in the Spanish case, a series of double taxation agreements, that deviate from the general norm exist and in which the taxation occurs on a shared basis in both states. These agreements are the ones signed with: Albania, Barbados, Georgia, Hungary, Bulgaria, United Arab Emirates and Malta.

The taxable base is the total amount accrued, without the possibility of deducting any expenses, as provided in article 24 of the Regulatory Income Tax Law for non-Residents, exemption made as of 1-1-2011, in the case of percipients residing in another member State, the provided expenses related to incomes obtained in Spain, under the IRPF Law, may be deducted.

¹ The National Court clarifies, that since the entry in force of Law 46/2002, of the partial reform of the I.R.P.F., the software programs are classified as a different category from the intellectual property rights, without, therefore, being able to extend to those programs the fiscal treatment provided for the use of intellectual property rights, and in particular, literary works. In consequence, accordingly to the provisions of the Spanish-American Agreement, in the absence of a precise frame of income from assignment of use of software programs in the specific categories provided by the agreement within the concept of canon, the residual category of 10% stated therein must be applied. Lefebvre (2012b).



In general, the tax rate¹ applicable to the canons not exempt of taxation, as provided for by article 25.1 of the Regulatory Tax Law, is of 10%, without possible deductibility of donations or applied withholding, however, for the exercises 2012 and 2013 was of 24.75%, pursuant to de Additional Disposition 3^a of the Consolidated Text regulating the Income Tax of non-Residents, introduced by Royal Law-Decree 20/2011, from December 30.

In the case of canons paid among related entities or between one company and its permanent establishment, as long as the receiver resides in territory of the European Union, are exempt as of July 1, 2011, as provided for by article 14.1.m), according to the wording given by Law 39/2010, from December 22².

¹ According to the original wording of article 25 of the Royal Legislative Decree 5/2004, from March 5, the determination of the quota will be made taking into account the applicable tax rate to the canons or royalties paid by a company resident in Spanish territory, or by a permanent office of a company located in this territory resident company in another State member of the European Union, or to a permanent office of a company located in another member State will be 10 per cent when the following requirements are met:

1st That both companies are subject and not exempted from any of the taxes mentioned in article 3.a).iii) of the Council Directive 2003/49/CE, from June 3, 2003, regarding to a common tax regime applicable to the payments of interests and canons made between associated companies from different State members.

2nd That both companies cover any of the forms provided in the annex of the Directive 2003/49/CE.

3rd That both companies be taxable residents in the European Union and that, to the effects of an agreement to avoid double taxation on income, completed with a third State, not to be considered a residents in that third State.

4th That both companies be associated. To this effects, two companies are considered to be associated when one of them has a direct participation in the assets of the other company, of at least, 25 per cent, or that a third company possesses a direct participation in the capita/assets in each of those companies of, at least, 25 per cent. Said participation must have been held without interruption during the previous year to the day in which the payment of the returns was done or, failing that, shall be maintained during the time that is necessary to complete one year.

5th That, when circumstances exist, such amounts be deductible for the permanent office of a company that satisfies the returns in the States that is located.

6th That the company that receives those payments receives them in its own benefit and not as an intermediary or authorized agent of other person or company and that, in the case of a permanent office of a company, the amounts received be effectively related with its activity and that they constitute a computable income to the effects of the determination of its taxable income in the State where it is located. The provisions of this paragraph i) will not be applicable when most of the voting rights of the returns percipient company is possessed, directly or indirectly, by individuals or legal entities that do not reside in States members of the European Union, except when they show evidence that they were constituted for valid economic reasons and not to improperly enjoy the regime provided in this paragraph i).

² The requirements established by Law 39/2010 so for entities to be exempted are the following:

1. That both companies are subject and not exempted of Company Tax, or any other identical or similar tax to this one in the country of its residence, according to Directive 2003/49/CE article 3rd.a.iii.

2. That both companies are of any of the forms provided in the annex of the said Directive.

3. That both companies are taxable residents in the EU, and are not considered residents of a third State to the effects of one *CDI*.

4. That both companies are associated, this is, one possesses directly at least 25% of the assets of the other company, or a third one possesses directly at least 25% of the company's assets of both. The said participation has been held during one year without interruption or is going to be held during such period.

5. That, if appropriate, the payments be deductible for the *EP* payer from the returns in its State of residence.

6. That the perceiver of the payments receives them as beneficiary and not as intermediary, or authorized agent of another entity. In the case that the receiver is an *EP*, the income has to be related to its activity and has to be a computable income to determine de taxable income.



IV. TAXATION OF TRANSFER OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS.

The rendering of services subjected to the Value Added Tax, is defined in article 11 of the Tax Regulatory Law, according to the wording of Law 53/2002, December 30, that lists the operations considered as such, and among which are the transfer and assignment of author rights¹, licenses, patents, brands and trademarks, as well as the other intellectual and industrial property rights.

According to the provision of article 7.5th of the Law 37/1992, December 28, the activities of interpreters, artists, directors and technicians, performed in a regime of labor and administrative dependency, are not subject to taxation.

According to Article 20.one.26th, of the Law 37/1992, the exemption² of taxes remains in professional services rendered by plastic artists, writers, literary, graphic and photographic collaborators of newspapers and magazines, musical composers, authors of theater and argument works, adaptation, script and dialogues of audiovisual works, translators and adaptors, including those whose consideration consists of author rights. The exemption does not include delivery of goods, to the services that are not considered to be professional, performed by persons or entities different to natural persons. (DGT 19-4-99).

As to the place of the of the taxable event, the transfers and assignments of author's rights, patents, licenses, brands and trademarks and other intellectual and industrial property rights, are located at the headquarters of the recipient, as indicated in article 69.one and two of the Regulatory Law on Value Added Tax as enacted by Law 2/2010, March 1, by which certain Directives are transposed in the scope of indirect taxation.

Finally and with respect to rate tax as of September 1, 2012, the general Tax rate is applied, to the services provided by interpreters, artists, directors and technicians that are natural persons, to the producers of motion pictures that can be displayed in theaters and to the organizers of theater and musical plays, as provided by article 90 of the Regulatory Tax Law, as worded by Royal Decree 20/2012, July 13,. (D.G.T. 25-11-08).

V. ENTITIES AIMED AT THE MANAGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS.

This regime is no applicable when most of the voting rights of the income perceiving company is possessed directly or indirectly, by physical or legal persons that do not reside in States members of the EU, except when they show evidence that they were constituted for valid economic reasons and not to enjoy this regime.

¹ The consideration of author is given to the creators of original works and those who realize derivative or composed works from others preexisting, such as translations, adaptations, revisions, updating, annotations, compendia, summaries, ... in what involves his personal and original contribution different from the preexisting work.

Lefebvre (2012a)

Article 5 of the Consolidated Text of the Intellectual Property Law, approved by Royal Legislative Decree 1/1996, from April 12, addresses that "an author is consider to be a natural person that creates literary, artistic or scientific works". (D.G.T.C.V.25-11-08).

² This exemption is not expected to have general character in the Directive 2006/112/EC but its article 376 allows Spain to apply a series of exemptions from the general rule, in which it appears the exemption relative to the services performed by authors, artists and interpreters of works of art, in the conditions that exist on 1-1-1993.

Lefebvre (2012a).



In Spain, the amounts paid in concept of property rights, administered and collected by different societies of authors,¹ has caused some controversy regarding to their qualification as taxable persons of the Company Tax, since they are typified as partially exempted entities.

The interposition of this kind of entities for the administration and collection of the intellectual property rights poses if they are or not the owners of the author's rights, and, consequently, if this income received has to be attribute to the taxable basis of the Company Tax, as countable income, aside the consideration of its exemption.

The aforementioned entities are classified as non-profit entities and, consequently they enjoy a partial exemption of the tax, in accordance to what is provided in article 9.3 of the Law, according to the wording of the Organic Law 8/2007, from July 4, regarding to the financing to political parties. However, having in consideration the collection figures and the distribution of the corresponding amounts to the author's rights, a very wide margin is observed between the two. Thereby in 2007 the management entities distributed an 80% of the corresponding amount of collected rights. This relation was of 86.2% in 2008, of 81.5% in 2009, of 75.9% in 2010 and of 92% in 2011.² Notwithstanding the multiplicity of activities that these entities perform within its social objective, the key issue is to know if such difference in figures is due to the realization of costly activities of economic nature, which do not reach the scope of the exemption.

Certainly, the management entities, among their fundamental purposes they have other purposes, but maybe the discrepancy in figures has made necessary a Judgment of the Supreme Court of October 4, 2012, that denies them the ownership of the author rights, with effects of the Company Tax.

In the case of *CEDRO* the percentage between the amounts distributed and collected in the referenced years reach the following percentages: in 2007, the 63.1%, in 2008 the 72.8%, 51.9% in 2009 and the 59.1% in 2010.

According to article 121.2 and 3 of the *LIS* the exemption do not reach the income from economic exploitations, neither the income from patrimony, as well as other capital gains. However, the Supreme Court (TS 4-10-12) does not enter the merit, but among its arguments argues that, the management activities of the intellectual property rights, carried out by the applicant entity does not have an economic nature and that the income derived from the same are subject and exempt of the Company Tax, since *"the Societies of authors are not the owners of the author's rights, since they only manage and administrate the interest of their authentic owners, so that the full collection cannot be accounted for as "income" to the effect of the Company Tax, so the annulment of the contested decision and the performed liquidation is declared."*

According to the Judgment of the Supreme Court, the discrepancy between the figures of the collection and distribution should be minimal because, because the management entities are defined as mere entities of intermediation, something difficult to apply in view of the data above mentioned.

VI. CONCLUSION

¹ The main management entities are the following:

- Of author's rights: *SGAE, CEDRO, VEGAP y DAMA*
- Of artists, interpreters and performers: *AISGE y AIE*
- Of Production rights: *EGEDA, AGEDI*

² Source: *MECD*. General Sub directorate of Intellectual Property



The assignment of intellectual property rights constitutes a problem with difficult solution, especially if the technical impossibility of the negotiation between parties is admitted. From the theoretical point of view, education is a preventive element, always more effective than the subsequent punitive and coercive deterrence, in which the intervention of the public Sector is unpredictable. It is true, that the moral precepts predispose the individuals to a determined behavior and induce people to perform some behaviors that they end generalizing, but while in Spain we get the protective culture of the intellectual rights to expand in the society, it is necessary the implementation of deterrent mechanisms that recognize the intellectual property of their legitimate authors. In those cases where people cannot reach efficient solutions there are several solutions through alternative procedures.

If we admit that one of the solutions to the assignment of intellectual property rights may be in the Pigouvian subsidy an efficient solution may be reached, although in the actual time the instrument used is of tax origin.

The establishment of taxes on the ownership of property rights, is constituted as an “internaliser” instrument of the externality generated by themselves, because only the income received by persons different than the own author are object of taxation.



IL CAPITALE SOCIALE NELLE S.R.L.: ATTUALITÀ DELLA REGOLA ED EVOLUZIONE FUNZIONALE

CARLO ALBERTO GIUSTI

SOMMARIO: 1. Capitale sociale ed evoluzione normativa nelle s.r.l. – 2. Il capitale sociale nelle s.r.l.: profili evolutivi (cenni alla s.p.a.). – 3. Operazioni sul capitale. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La società a responsabilità limitata rappresenta, sicuramente, la società di capitali maggiormente diffusa nel nostro Paese che, come sappiamo, è costituito prevalentemente da piccole e medie imprese.

Tradizionalmente la società a responsabilità limitata necessitava, ai fini della sua costituzione, di un capitale sociale minimo, fissato, in seguito alla riforma del diritto societario del 2003, in € 10.000.¹ Negli ultimi anni, anche grazie a un acceso dibattito sulla funzione del capitale sociale, specialmente nelle società a responsabilità limitata, si è assistito all'introduzione di varianti al modello classico con l'obiettivo di incentivarne la costituzione e favorire, in parte, la crescita economica.

Tale obiettivo è stato realizzato, in un primo momento, attraverso l'introduzione di due varianti al modello originario: la società a responsabilità limitata semplificata (s.r.l.s.)² e la società a responsabilità limitata a capitale ridotto (s.r.l.c.r.)³.

In particolare, la seconda ha avuto breve durata poiché è stata eliminata poco dopo la sua introduzione con il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99. Questo modello era stato introdotto con l'obiettivo di correggere la disparità di trattamento che si era venuta a creare in seguito all'introduzione della s.r.l.s., la quale poteva essere costituita, unicamente, da soggetti *under 35*, e che, sebbene non godesse di tutte le agevolazioni burocratiche e fiscali previste per l'altro modello, consentiva il conferimento quale capitale sociale di 1 € o in una misura superiore ma sempre entro il limite massimo di 9.999 €, a fronte del più oneroso requisito richiesto dalla s.r.l. ordinaria.

Con il medesimo decreto legge è stata, inoltre, profondamente modificata la disciplina della società a responsabilità limitata semplificata (s.r.l.s.) prevista all'art. 2463 bis c.c. La disciplina previgente si fondava, principalmente, sul requisito anagrafico dei soggetti che la intendevano costituire e sulla misura del capitale sociale. Era, infatti, richiesto che l'età del socio o dei soci non fosse superiore a 35 anni e quale conferimento iniziale il versamento di almeno 1 €, ma comunque in una misura non superiore a 9.999 €, il quale doveva farsi in denaro ed essere versato all'organo amministrativo.

¹V. G.F.CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale – Diritto delle Società*, a cura di M.CAMPOBASSO, 7ª edizione, Utet Giuridica, 2010, Torino, p. 556.

² La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) è stata introdotta con il d.l. 24 gennaio 2012, n.1 – cosiddetto “D.L. Sviluppo” –, convertito in l. 24 marzo 2012, n.27, in G.U. del 24 marzo 2012, n. 71.

³ La s.r.l. a capitale ridotto (s.r.l.c.r.) è stata introdotta con il d.l. 22 giugno 2012, n.83 – cosiddetto “D.L. Crescita” –, convertito in l. 7 agosto 2012, n.134, in G.U. dell'11 agosto 2012, n. 187.



La disciplina attuale, introdotta con il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99 ha mantenuto in vigore alcune delle regole previste dalla disciplina previgente mentre altre sono state o modificate o abrogate.

In particolare, è rimasto in vigore quanto previsto a proposito di capitale sociale, il quale è stato mantenuto invariato nella misura minima di 1 € ma allo stesso tempo sono state modificate le norme concernenti l'accesso a tale forma societaria e quelle relative alla nomina degli amministratori.

Da un lato l'art. 9, co. 13, lett. a) d.l. 76/2013, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99, ha eliminato, quale requisito di accesso alla forma della società a responsabilità limitata semplificata (s.r.l.s.), l'età anagrafica consentendo la costituzione di questo modello non più, solamente, come previsto dalla disciplina previgente da parte di soggetti *under 35*. Dall'altro è stato eliminato il divieto di nominare amministratori non soci nonché quello relativo al trasferimento delle quote a soggetti *over 35* (art. 9, co. 13, lett. b) e c).¹

Le modificazioni alla società a responsabilità limitata semplificata (s.r.l.s.), volte a consentirne l'accesso a chiunque voglia esercitare attività economica in forma d'impresa e la contestuale eliminazione, dal nostro ordinamento, della società a responsabilità limitata a capitale ridotto (s.r.l.c.r.) non esauriscono le novità apportate dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99, il quale ha, anche, introdotto la possibilità di costituire una s.r.l. ordinaria con capitale inferiore a 10.000 €.²

Sebbene entrambi i modelli, la s.r.l. ordinaria e la s.r.l. semplificata, siano oggi accessibili a tutti e prevedano entrambi la possibilità di essere costituiti con un capitale sociale inferiore a 10.000 € ma uguale o superiore a 1 €, sono ancora differenziati da un elemento: la necessità per la s.r.l.s. di adottare un "modello standard"³ di atto costitutivo così come delineato, con apposito decreto, dal Ministero della Giustizia. Questo vincolo viene, in parte, compensato dalle agevolazioni di cui gode e che sono costituite dall'esenzione dagli oneri notarili, da imposta di bollo e da diritti camerali ex art. 3, co. 3, d.l. n. 1/2012⁴.

Mediante queste ultime modificazioni alla disciplina delle società a responsabilità limitata si è tentato di avvicinare, almeno con riferimento alle disposizioni relative al capitale sociale e, in parte, alla semplicità e onerosità della procedura di costituzione, questa forma di società a quelle disciplinate in altre ordinamenti europei⁵ come la Gran Bretagna o la

¹ V. G.MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie, a start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Soc.*, 2013, 10, p. 1089.

² V. A.BUSANI, *La nuova società a responsabilità semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10mila euro*, in *Soc.*, 2013, 10, p. 1068.

³ V. F.ATTANASIO, *S.r.l. semplificata: verso il superamento della nozione di capitale sociale?*, in *Soc.*, 2012, 8-9, p. 898-899, «L'atto pubblico della società a responsabilità limitata semplificata dovrà essere conforme al modello standard tipizzato che dovrà essere approvato con apposito decreto ministeriale emanato dal Ministero della Giustizia di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero dello Sviluppo Economico, entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto».

Il "modello standard" di atto costitutivo della s.r.l.s. è stato disciplinato dal D.M. 138/2012, in *G.U.* n. 189 del 14 agosto 2012, in vigore dal 29 agosto 2012.

⁴ Ivi, p. 896; l'esonero dagli oneri notarili per la costituzione delle società a responsabilità limitata semplificate ha provocato una decisa critica da parte dei Notai. In particolare tale critica è dovuta al fatto che in fase di costituzione di una s.r.l.s. il professionista incaricato non può chiedere alcun corrispettivo per la costituzione della società.

⁵ V. A.BARTOLACELLI, *Nuove esperienze europee in tema di costituzione "semplificata" e "a basso costo di società con responsabilità limitata"*, in *Giur. Comm.*, 2015, 2, p. 382 ss. In particolare, risultano molto interessanti le novità introdotte in Danimarca, Belgio e Spagna sia in tema di capitale sociale sia sulla semplificazione delle procedure



Francia dove, sulla scia della concorrenza tra ordinamenti, anche in ambito societario, sono state introdotte, già da qualche tempo, società a responsabilità limitata con capitale sociale minimo pari a 1 €.¹

di costituzione per le società a responsabilità limitata; Idem, *Società chiusa e capitale sociale minimo: tendenze europee*, in *Giur. Comm.*, 2014, 3, pp. 519-551.

¹ V. CINCOTTI, *La disciplina della S.A.R.L. di diritto francese nell'ambito del dibattito europeo sul capitale sociale*, in *Giur. Comm.*, 2007, p. 600 ss.



2. La concorrenza fra ordinamenti in ambito societario¹ ha contribuito sia alla creazione di regole più *market friendly*, capaci di attrarre nuovi investimenti sia ad un'evoluzione di alcuni istituti come quello del capitale sociale², il quale è stato oggetto di accese discussioni in merito alla sua funzione, sulla quale ancora oggi non si è trovata una soluzione definitiva e, soprattutto, condivisa da tutti.

Tradizionalmente, era assegnata al capitale sociale³ una funzione di garanzia nei confronti dei creditori⁴ i quali non potendo aggredire, in caso di insolvenza della società, il patrimonio dei soci per via dell'autonomia patrimoniale perfetta intercorrente tra soci e patrimonio della società, dovevano confidare sull'esistenza e sulla misura del capitale sociale.

Tale tesi, mai del tutto abbandonata, è stata, successivamente, sostituita dalla tesi che assegnava al capitale sociale una funzione produttiva.⁵ Il medesimo considerava il capitale sociale come elemento in grado di garantire la continuità aziendale o la solidità dell'impresa e quindi idoneo a fornire, alla società, una forza propulsiva. Tale funzione, peraltro, era attribuita al capitale sociale nelle s.p.a. che necessitavano e necessitano, solitamente, di investimenti maggiori rispetto a una s.r.l. La stessa funzione può, comunque, essere attribuita, in via ipotetica, anche al capitale sociale delle s.r.l. in quanto, molte volte, anche queste sono assimilabili, per ricavi e complessità dell'organizzazione, a delle s.p.a.

Il capitale sociale svolge, peraltro, un'importante funzione informativa in quanto, al verificarsi di alcune situazioni, funge da campanello d'allarme per i creditori.⁶ Non si tratta di una funzione di garanzia diretta, così come ipotizzato in prima battuta ma indiretta poiché permette ai creditori di prendere coscienza, in determinati casi, di una possibile situazione di crisi dell'impresa.

Quanto detto finora ha, però, subito un forte ridimensionamento con riferimento alle s.r.l. soprattutto in seguito all'introduzione, anche nel nostro ordinamento, di società a re-

¹ Per una attenta analisi dell'evoluzione della disciplina della s.r.l. in vari ordinamenti europei V. G.B.PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Soc.*, 2010, p. 1238 ss.

² Per un'analisi comparatistica delle regole che disciplinano il capitale sociale e, più in particolare, delle strategie per la tutela dei creditori delle società V. AA.VV., *Diritto societario comparato*, a cura di L.ENRIQUES, Il Mulino, 2006, Bologna, p. 88 ss.

³ La disciplina del capitale ha una triplice funzione in quanto regola sia la distribuzione degli utili ai soci sia l'investimento minimo di capitale iniziale sia il livello di capitale che deve essere mantenuto durante la vita societaria. Su questi punti *cfr.* Ivi, p. 104

⁴ La tesi della funzione di garanzia del capitale sociale era stata formulata da Ernesto Simonetto. Per un'analisi completa V. E.SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959; Idem, *L'apporto nel contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 1 ss.

⁵ La c.d. funzione "produttiva" del capitale sociale è stata sostenuta, almeno inizialmente, dal Prof. Franco Di Sabato e dal Prof. Giuseppe B. Portale. Per un approfondimento V. F.DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967; G.B.PORTALE, *Rileggendo la ristampa di un libro sul capitale sociale e la responsabilità interna nelle società di persone: il capitale sociale oggi*, intervento durante "La tavola rotonda: il capitale sociale", Università degli studi di Napoli Federico II, 25 novembre 2009, in *Riv. Dir. Impr.*, 2010, 2, pp. 201-211; E.GINEVRA, *Il senso del mantenimento delle regole sul capitale sociale (con cenni alla s.r.l. senza capitale)*, in *Banca Borsa e Tit. credito*, 2013, 2, pp. 169-180.

⁶ V. E.GINEVRA, *op. cit.*, p. 172; per un più approfondito esame della funzione preventiva del capitale sociale V. G.FERRI JR, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzione del capitale sociale*, in *Riv. Notariato*, 2008, 4, pp. 747-748.



sponsabilità limitata con capitale sociale minimo pari a 1 €. ¹ Ben si comprende come la previsione di un limite così basso non sia in grado di favorire un'adeguata protezione dei creditori né con riguardo alla sua funzione di garanzia di ultima istanza né quale strumento idoneo a garantire solidità e continuità all'impresa.

L'operatività delle s.r.l. piuttosto che essere garantita dall'attribuzione, da parte dei soci, del capitale sociale quale capitale di rischio dovrà essere garantita dai finanziamenti degli stessi, che godono, relativamente al loro rimborso, di una specifica disciplina prevista all'art. 2467 c.c. e che devono essere considerati come capitale di credito. In particolare, la restituzione dello stesso ai soci potrà essere validamente eseguita, senza che operi il regime della postergazione, a condizione che esso non sia annoverabile tra i cc.dd. finanziamenti sostitutivi del capitale. ² In quest'ultimo caso, infatti, al fine di porre rimedio al fenomeno delle società sottocapitalizzate è stato previsto che la restituzione del finanziamento concesso dal socio o dai soci debba essere postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori. Appare evidente, quindi, come in quest'ultimo caso il finanziamento concesso alla società venga ad essere considerato come vero e proprio capitale di rischio che, come noto, è restituibile al o ai soci solo al termine della procedura di liquidazione, qualora risulti un attivo.

Alcuni operatori si sono soffermati nel descrivere le disfunzioni della disciplina del capitale sociale sostenendo che esso, essendo un'immobilizzazione, non produrrebbe nessun vantaggio per l'impresa ma, anzi, specialmente nelle piccole e medie imprese, comporterebbe un danno poiché non consentirebbe un'efficiente allocazione delle risorse. ³

Infatti, la disciplina del capitale sociale è stata criticata poiché inidonea ad assicurare un'efficace protezione dei creditori, il pagamento dei debiti sociali e, ancora, poiché era vista come un sistema non flessibile e costoso. Nel 2002 l'*High Level Group of Company Law Experts* ha pubblicato un *report* ⁴ nel quale proponeva, al fine di promuovere la crescita economica e la costituzione di un maggior numero di società, l'adozione di una regolamentazione, in tema di capitale sociale, più snella e flessibile, sul modello del Business Corporation Act americano. ⁵

In conformità a questo lavoro c'è chi ha sostenuto che il sistema europeo del capitale sociale non fosse efficiente e ha proposto l'adozione del modello americano ritenuto, appunto, più dinamico. ⁶ Tale sistema, infatti, oltre che gravare, molto spesso, di inutili costi la società e l'imprenditore, non apparirebbe idoneo a svolgere quella funzione di protezione nei confronti dei creditori che gli si vorrebbe attribuire.

¹ V. A.BUSANI, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10 mila euro*, cit., p. 1068 ss.; A.BUSANI – C.A. BUSI, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e a capitale ridotto (s.r.l.c.r.)*, in *Soc.*, 2012, 12, p. 1305 ss.

² Per una dettagliata analisi della postergazione dei finanziamenti in relazione ai diversi tipi di società V. N.BACCETTI, *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in *Giur. Comm.*, 2012, 5, p. 804 ss.; sul problema della sottocapitalizzazione delle società V. G.B.PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. Soc.*, 1991, 3-122.

³ V. E.GINEVRA, *op. cit.*, p. 176.

⁴ Le proposte avanzate dal High Level Group of Company Law Experts, nominato dalla Commissione Europea, sono disponibili su http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf.

⁵ V. D.DRUTA, *Il diritto delle società di capitali nella dimensione europea: la libertà di stabilimento, concorrenza tra ordinamenti e protezione dei creditori*, p. 172.

⁶ In particolare le regole europee sul capitale sociale sono state criticate da L.ENRIQUES – J.R.MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 78 ss.; in senso contrario V. F.DENOZZA, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L'Enriques – J.R. Macey, Creditors versus capital formation: the case against the European legal capital rules)*, in *Giur. Comm.*, 2002, 5, p. 597 ss.



Le critiche mosse alla funzione di protezione del capitale sociale¹ nei confronti dei creditori non sono state però pienamente condivise anche se, come abbiamo visto, negli ultimi anni si è assistito, soprattutto nelle s.r.l., a delle profonde modificazioni, con l'obiettivo di creare un sistema più snello e flessibile. In particolare, è stato sostenuto come un corollario alla disciplina del capitale sociale sia costituito dalla «regola ricapitalizza o liquida».² Il capitale sociale svolgerebbe, infatti, una funzione di tutela dei creditori da un lato individuando il momento in cui la società, a causa della sua perdita, deve sospendere la propria operatività e dall'altro, come già detto, svolgerebbe una funzione informativa nei confronti dei creditori fungendo da indicatore dello stato di salute della società.

La riduzione del capitale sociale minimo non ha riguardato solo le s.r.l. bensì anche le società per azioni. In particolare, il capitale minimo nelle s.p.a., dopo l'entrata in vigore del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito in legge n. 116 del 2014, è stato fissato nella misura di 50.000 €. Questo dimostra e rafforza quanto già detto in merito alla profonda modificazione della concezione del capitale sociale sia in virtù di un'accresciuta concorrenza tra ordinamenti anche in campo societario sia delle influenze che giungono dall'esperienza statunitense.

¹ In merito all'attualità o meno del concetto di capitale legale V. J.ARMOUR, *Legal Capital: An Outdated Concept*, in *EBOR*, 2006, 7, pp. 5-27

² La regola "ricapitalizza o liquida" prevede che in caso di perdite che portino il patrimonio sotto una certa soglia, la società debba o ricapitalizzarsi o trasformarsi in un altro modello che preveda un capitale sociale minimo non inferiore rispetto al patrimonio netto residuo. Cfr. L.ENRIQUES – J.R.MACEY, *op cit.*, p. 92; V. anche F.DENOZZA, *Le funzioni distributive del capitale*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, 489.



3. Nel nostro ordinamento la disciplina del capitale sociale ha subito un deciso mutamento soprattutto nelle società a responsabilità limitata nelle quali si è assistito, non solo, alla creazione di varianti al modello tradizionale (società a responsabilità limitata a capitale ridotto, oggi non più prevista nel nostro ordinamento, e società a responsabilità limitata semplificata) bensì anche all'introduzione della s.r.l. ordinaria con capitale sociale inferiore a 10.000 €. Si è, quindi, preso atto che nelle s.r.l. la disciplina del capitale sociale, intesa quale meccanismo di protezione dei creditori, debba godere di maggiore flessibilità. In sostanza, introducendo la possibilità di costituire s.r.l. ordinarie con capitale inferiore a 10.000 € si è attribuita un'ampia discrezionalità ai soci nel decidere quanto corrispondere a capitale di rischio nella società, seppur con un limite. L'art. 2463, co.5, c.c., prevede che se una s.r.l. viene costituita con un capitale sociale inferiore a 10.000 € questa deve corrispondere, a riserva legale e fino al raggiungimento di tale somma unitamente al capitale sociale, precedentemente versato, un quinto degli utili risultanti dal bilancio di esercizio.

Quanto premesso è utile nella comprensione delle operazioni sul capitale, in particolare in caso di riduzione volontaria o per perdite, che possono riguardare una s.r.l. ordinaria.

L'introduzione della s.r.l. ordinaria con capitale sociale inferiore a 10.000 € consentirebbe la riduzione volontaria del capitale, al di sotto del limite legale previsto dall'art. 2463, co.2, n.4), c.c., attraverso una deliberazione dei soci.¹ Si può notare come agendo sul capitale attraverso un'operazione di riduzione volontaria dello stesso, sia possibile, per una società, già costituita secondo il modello tradizionale, liberare delle risorse e utilizzare le nuove regole in tema di capitale sociale.

Tale possibilità va incontro a due osservazioni.

La prima consiste nella derogabilità, al verificarsi della situazione sopra descritta, dell'art. 2484, co.1, n. 4), c.c., ossia della riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale quale causa di scioglimento di una società di capitali. L'espressa previsione legislativa di s.r.l. ordinaria con capitale sociale inferiore a quello stabilito dall'art. 2463, co.2, n.4), c.c., consentirebbe tale operazione solo laddove sia espressamente specificato, nella deliberazione di riduzione volontaria del capitale, che questa è stata effettuata non al fine di procedere alla liquidazione e conseguentemente alla cancellazione della società, bensì per la continuazione dell'attività imprenditoriale. Occorre inoltre precisare che il passaggio da s.r.l. ordinaria a s.r.l. ordinaria con capitale ridotto avrebbe ulteriori conseguenze derivanti dalla necessità di adeguarsi a quanto previsto per la costituzione di quest'altro modello. In particolare, al verificarsi di questo mutamento la società sarebbe soggetta alla disciplina in tema di versamento integrale del capitale sociale, e non più solamente nella misura del 25% come previsto per la s.r.l. ordinaria, e la destinazione, a riserva legale, di un quinto degli utili risultanti dal bilancio di esercizio fino al raggiungimento, congiuntamente al capitale sociale versato, di 10.000 €.

Il medesimo ragionamento può essere riproposto relativamente alla riduzione del capitale sociale per perdite. In particolare, tale possibilità va coordinata con l'art. 2482 ter c.c., che prevede, in caso di perdite oltre un terzo del capitale, la necessità di ricostituzione dello stesso nella misura del minimo legale e il cui venir meno fa scattare, in primo luogo, la pos-

¹ V. A.BUSANI, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10 mila euro*, cit., pp. 1074-1075.



sibilità di procedere ad una trasformazione della società e, in secondo luogo, la necessità dello scioglimento della stessa.

Ad ogni modo, la stessa facoltà concessa teoricamente a una s.r.l. ordinaria con capitale ridotto di ridurre per perdite il proprio capitale e di posizzarlo, nuovamente, nella misura tra 1 € e 9.999 € dovrebbe essere consentita anche a una s.r.l. ordinaria che, al verificarsi di una situazione di perdita, non decida di reintegrare il proprio capitale nella misura dettata dall'art. 2464, co.2, lett 4), c.c., bensì attraverso un'operazione di riduzione per perdite e successivo aumento di capitale, ricostituisca lo stesso in una misura inferiore a 10.000 €. Naturalmente, al verificarsi di una simile situazione, la società dovrà uniformarsi alla disciplina dettata dal legislatore in tema di s.r.l. ordinarie con capitale ridotto e necessariamente provvedere all'attuazione di quanto già detto relativamente alla riduzione volontaria del capitale sociale.

4. Il capitale sociale, e in particolare la sua misura, sono stati oggetto negli ultimi anni di profonde modifiche. Esse hanno riguardato sia la società a responsabilità limitata nella quale sono state introdotte novità in tema di capitale sociale e di semplificazione nella fase di costituzione sia la società per azioni.

In Italia, come in altri ordinamenti europei si è assistito a tali modifiche, soprattutto, nelle società a responsabilità limitata. In particolare, esse hanno riguardato sia l'introduzione di nuovi modelli (s.r.l.s.) con agevolazioni ed esenzioni in fase di costituzione sia il capitale sociale con l'introduzione di varianti con capitale minimo pari a 1 € (s.r.l.s. e s.r.l. ordinaria).

L'introduzione di modelli con un livello di patrimonializzazione, almeno iniziale, così basso potrebbe far pensare a un declino della disciplina del capitale sociale.

In realtà, seppur con riferimento al nostro ordinamento, il capitale sociale conserva una certa importanza. Questo è dimostrato dalla necessità, in caso di costituzione di una s.r.l. ordinaria con capitale sociale inferiore a 10.000 € dell'apposizione a riserva legale di un quinto degli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato fino a che tale riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale, in precedenza versato, l'ammontare di 10.000 €.¹

Anche il capitale minimo necessario per la costituzione di una s.p.a. è stato mantenuto più elevato di quello previsto dalla normativa comunitaria (direttiva 77/91/CE e direttiva 2012/30/UE).

Quanto detto sottolinea come da un lato si voglia agevolare l'imprenditorialità tramite l'accesso a forme societarie a basso costo ma dall'altro come non si consenta a tali società di rimanere sottocapitalizzate troppo a lungo. Le soluzioni adottate nell'Unione Europea sono simili e variano da ordinamento a ordinamento. In alcuni di essi, come in Belgio², era previsto che l'adozione del modello *entry-level* fosse limitata nel tempo decorso il quale era necessario il passaggio al modello base. Tale limitazione temporale è stata, ad ogni modo, abrogata. In altri, come in Italia, è previsto un tetto massimo oltre il quale è necessaria la trasformazione della società nella forma classica di s.r.l. e, ad ogni modo, la patrimonializ-

¹ Per un'analisi dettagliata V. L. TRONCI, *La riserva legale a formazione accelerata: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. Soc.*, 2014, 1, p. 191 ss.

² Per un esame della disciplina previgente della SPRL-S belga v. E.J. NAVEZ – M. COIPEL, *La société privée à responsabilité limitée starter; initiative salutaire ou miroir aux alouettes?*, in *Revue de droit commercial belge*, 2010, p. 299 ss.



zazione della società mediante la formazione “accelerata” della riserva legale che, congiuntamente al capitale di rischio già versato, deve ammontare ad almeno 10.000 €.



NOTE E RECENSIONI

PARODIA E DIRITTO D'AUTORE: LA PAROLA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

(CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, SENTENZA 3 SETTEMBRE 2014, CAUSA C-201/13)

GIOVANNI MARIA RICCIO

E' una sentenza equilibrata quella con cui la Corte di Giustizia ha confermato che la parodia costituisce un'eccezione al diritto d'autore e che, quindi, il titolare dell'opera "parodiata" non possa vantare alcun diritto sull'opera satirica derivata.

Il caso è semplice. Un esponente politico belga, durante una festa di capodanno, distribuisce ai suoi invitati un calendario, nel quale è contenuto un disegno che riprende la copertina dell'album "La tomba indù" del fumetto Bob&Bobette (personaggi molto noti in Belgio – dove i fumetti sono una delle poche specialità nazionali – che, a differenza dei Puffi o di Tin Tin, hanno avuto meno fortuna all'estero). Ad ogni modo, gli eredi di Willy Vandersteen, disegnatore "papà" di Bob&Bobette, decidono di rivolgersi al Tribunale di Bruxelles, per impedire la diffusione del calendario. In primo grado, le loro domande sono accolte: viene così dichiarata la violazione del diritto d'autore e ordinato il ritiro del calendario. I giudici dell'Appello, invece, rinviando il caso alla Corte di Giustizia, sottoponendo due quesiti: a) se la nozione di parodia sia autonoma e, quindi, debba essere interpretata alla luce del solo diritto comunitario; b) se la parodia debba presentare un grado di originalità tale da consentire al lettore di individuare l'opera originale, senza che il lettore sia indotto ad attribuire la paternità della parodia stessa all'autore dell'opera originale.

La base giuridica di partenza è costituita dalla direttiva 2001/29 sul diritto d'autore e i diritti connessi che, al Considerando 31, stabilisce la necessità di assicurare "un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti" e, all'art. 5, inserisce la parodia e le caricature tra le eccezioni al diritto d'autore (e, quindi, tra i casi in cui è ammesso lo sfruttamento di un'opera protetta, senza dover versare nulla al creatore dell'opera originaria).

In merito alla prima questione, la Corte ritiene che la nozione di "parodia", in assenza di una definizione legislativa, debba essere intesa sulla base del significato abituale del termine nel linguaggio corrente. L'opera parodistica, quindi, dovrebbe, da un lato "evocare un'opera esistente, pur presentando percettibili differenze rispetto a quest'ultima", e, dall'altro, "costituire un atto umoristico o canzonatorio".

Sul secondo profilo, invece, la sentenza si ricollega alla nozione di "giusto equilibrio": l'uso di un'immagine altrui, modificata e parodiata, determina creazione di una nuova opera.

In definitiva, la parodia deve limitarsi a contenere differenze facilmente riconoscibili rispetto all'opera originale e non deve creare confusione sulla paternità delle opere. Non è



necessario, invece, che sia citata l'opera primaria, né che sia dovuto un compenso al suo autore.

Più complessa – ma la Corte di Giustizia non si pronuncia sul punto, essendo di competenza del giudice nazionale – è invece la questione relativa al diritto dell'autore di impedire l'utilizzo della propria opera laddove la parodia, come nel caso di specie, contenga messaggi violenti o razzisti. Sul punto, l'opinione dell'Avvocato Generale aveva proposto una lettura salomonica, affermando che l'uso dell'immagine originaria non possa essere interdetto “solo perché il messaggio non è condiviso dall'autore dell'opera originale o può sembrare deplorabile a gran parte dell'opinione pubblica”, ma, al contempo, che non siano ammissibili “le alterazioni dell'opera originale che, nella forma o nella sostanza, trasmettano un messaggio radicalmente contrario alle convinzioni più profonde della società”. In altri termini, occorre rispettare non le idee e le convinzioni dell'autore dell'opera parodiata, ma quelle – dai contorni sicuramente sfumati – dell'intera società sulle quali, riprendendo ancora le parole dell'Avvocato Generale, si fonderebbe “lo spazio pubblico europeo”.



LA CORTE DI GIUSTIZIA DEMOLISCE IL SAFE HARBOR E RIDISEGNA I CONFINI DEL DIRITTO ALLA PRIVACY IN AMBITO TRASNAZIONALE

GIOVANNI MARIA RICCIO

La sentenza consegnata nella giornata di ieri dalla Corte di giustizia nella causa C-362/14 segna un ulteriore punto di non ritorno nel percorso di rivisitazione dei confini del diritto alla privacy che i giudici del Lussemburgo paiono aver intrapreso da poco più di un anno a questa parte, supportati dal conforto interpretativo degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Dopo le storiche sentenze *Digital Rights Ireland* e *Google Spain*, rispettivamente dell'aprile e del maggio del 2014, un altro tassello va ad aggiungersi al mosaico con cui la Corte di giustizia sta progressivamente rielaborando il contenuto della tutela dei dati personali in Europa, stavolta con conseguenze di grandissimo momento nel rapporto con gli Stati Uniti.

La sentenza colpisce, con effetti difficilmente preventivabili, una delle pietre miliari su cui si fonda il trasferimento di dati personali al di fuori dell'Unione europea, e segnatamente verso gli Stati Uniti: ossia, la decisione con cui nel 2000 la Commissione europea aveva accertato, in conformità a quanto previsto dall'art. 25 della direttiva 95/46 ("direttiva *Data Protection*"), che l'ordinamento statunitense garantisce un livello adeguato di protezione dei dati personali, condizione per il loro trasferimento verso paesi terzi.

L'art. 25 della direttiva, infatti, per un verso, subordina la possibilità di effettuare un trasferimento di dati all'esterno dell'Unione europea alla condizione che lo stato terzi assicuri, per l'appunto, un grado di tutela adeguato; per altro verso, affida alla Commissione il compito di valutare l'adeguatezza di tale tutela, sulla base delle disposizioni di diritto interno e degli accordi internazionali cui lo stato terzo è parte.

Sotto altro profilo, l'art. 28 della direttiva attribuisce alle autorità di vigilanza (*i.e.* le autorità di protezione dei dati personali locali) ampi poteri sul rispetto delle disposizioni previste dalla direttiva, tramite poteri investigativi e di intervento o, addirittura, il coinvolgimento in procedimenti scaturiti dalla violazione delle suddette norme da parte dei rispettivi Stati membri.

La pronuncia della Corte del Lussemburgo interviene a piedi uniti da entrambi i lati. Per un verso, infatti, stabilisce che l'esistenza di una decisione come quella adottata dalla Commissione nel 2000 non priva le autorità nazionali di regolazione del potere di conoscere eventuali ricorsi da parte degli interessati che lamentino che lo stato terzo verso cui i rispettivi dati personali sono trasferiti non garantisca un adeguato livello di protezione. Per altro verso, la Corte di giustizia invalida la decisione 2000/520, con la quale la Commissione aveva accertato che il *safe harbor*, ossia l'insieme di tutela predisposte nell'ordinamento statunitense a presidio dei dati personali, definisse un livello di protezione adeguato. La vicenda che ha dato origine al rinvio pregiudiziale e al successivo pronunciamento da parte della Corte di giustizia risale a un ricorso presentato da un cittadino austriaco presso il Data Protection Commissioner, l'autorità di protezione dei dati personali irlandese. In tale



sede, egli lamentava che i dati personali da lui forniti alla consociata irlandese di Facebook, operante la raccolta degli stessi in Europa, una volta trasferiti da questa alla società madre sita negli Stati Uniti, fossero ivi esposti a pericolo a causa delle attività di spionaggio di massa condotte dal governo statunitense. Veniva così contestato il presupposto per cui, in forza della decisione della Commissione del 2000, gli Stati Uniti assicurassero un adeguato livello di protezione dei dati personali. Una volta respinto il ricorso, l'interessato adiva l'autorità giudiziaria per chiedere, da un lato, se l'esistenza di una decisione siffatta precludesse alle autorità di controllo nazionali l'esame dei ricorsi individuali volti a segnalare un livello inadeguato di tutela; dall'altro, se le condizioni previste dalla legislazione statunitense e richiamate dalla decisione permettessero di soddisfare effettivamente gli standard richiesti dalla direttiva.

La pronuncia della Corte segue un andamento lineare e consequenziale, articolandosi in un ragionamento che appare informato alla massima valorizzazione possibile delle disposizioni a tutela della privacy e dei dati personali.

I poteri delle autorità di controllo

Il primo versante interessato dalla sentenza della Corte è tutt'altro che marginale rispetto all'economia della decisione e investe il margine di intervento di cui le autorità di controllo dispongono a fronte di una decisione della Commissione che, come nella fattispecie, abbia accertato l'adeguatezza del livello di protezione garantito nello stato terzo. La ricostruzione operata dai giudici appare ineccepibile. Dopo un inquadramento del ruolo delle autorità di controllo, la Corte precisa che tali soggetti rivestono senz'altro un ruolo anche nell'ambito del trasferimento di dati verso paesi terzi.

Infatti, se è vero che i poteri delle autorità si estendono ai trattamenti effettuati nel territorio degli Stati membri (e, per l'effetto, non comprendano i trattamenti svolti in paesi terzi), il trasferimento di dati personali al di fuori dall'Unione europea non sfugge al loro controllo, integrando – lo stesso trasferimento – un trattamento di dati che è effettuato nel territorio di uno Stato membro.

Ne deriva che tali autorità di controllo hanno il potere di vigilare sul rispetto delle disposizioni adottate dagli Stati membri ai sensi della direttiva nell'ambito del trasferimento di dati verso paesi terzi.

Un siffatto potere di controllo, secondo la Corte, spetta tanto agli Stati membri quanto alla Commissione, e infatti a tal fine l'art. 25 della direttiva istituisce un procedimento che consente a quest'ultimo organo di adottare una decisione al fine di dichiarare l'adeguatezza del livello di protezione assicurato dallo stato di destinazione interessato.

Due ordini di considerazioni scaturiscono in proposito.

Da un lato, senz'altro finché una simile decisione non sia invalidata dalla Corte di giustizia, gli Stati membri e le rispettive autorità non possono adottare atti in senso contrario, che presuppongano l'inidoneità delle tutele offerte da un preciso stato terzo.

Dall'altro lato, però, osserva la Corte, una decisione della Commissione non può privare gli interessati i cui dati personali siano trasferiti verso uno stato terzo di rivolgersi all'autorità di controllo di uno Stato membro per tutelare i propri diritti. Nessuna preclusione si evince in tal senso né dalla Carta né dalla direttiva: anzi, ove prevista, essa risulterebbe contraria allo spirito della disciplina europea in tema di dati personali e di ostacolo all'effettivo esercizio dei diritti fondamentali in gioco. Il tutto mantenendo fermo il princi-



pio per cui il potere di annullare una decisione o di revocarla resta nelle mani delle competenti istituzioni dell'Unione europea.

Da ciò consegue che, nel caso in cui un interessato prospetti all'autorità di controllo di uno Stato membro un dubbio sull'adeguatezza delle disposizioni di uno stato terzo come gli Stati Uniti, laddove tale autorità condivida tale valutazione non potrà che adire, mediante un rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia, unico soggetto competente a sindacare l'atto (nella fattispecie la decisione 2000/520) che ha accertato l'adeguatezza del livello di tutela nel paese terzo.

L'invalidità della decisione 2000/520

A questo punto la Corte di giustizia giunge al cuore del problema: la verifica circa l'effettiva adeguatezza della protezione garantita negli Stati Uniti.

L'importanza del tema nasce ancora una volta dalla diversità di approccio nel bilanciamento tra interessi contrapposti che coinvolge la privacy e la tutela dei dati personali. A fondare le preoccupazioni del ricorrente nel procedimento principale, infatti, era principalmente l'atteggiamento statunitense rispetto all'utilizzo di dati per finalità di tutela dell'ordine pubblico e prevenzione del terrorismo. Una linea di confine difficile da tracciare, ma che segue senz'altro confini molto diversi in Europa e in America.

La Corte di giustizia muove, in quest'indagine, dal rilievo per cui la direttiva non richiede agli stati terzi un livello identico a quello previsto dalla direttiva, ma almeno adeguato, di tutela dei dati personali. Deve trattarsi, quindi, di una tutela equivalente, di modo che le garanzie previste dalla direttiva non possano essere eluse tramite l'espediente del ricorso al trasferimento di dati fuori dall'Unione europea.

Compito della Commissione, pertanto, è quello di analizzare se le disposizioni di diritto interno e gli impegni assunti sul piano internazionale dallo stato terzo interessato consentano di configurare un grado di protezione adeguato: in ciò, osserva la Corte, la Commissione dispone di un margine di discrezione valutativa ridotto, venendo in questione il diritto alla vita privata di un numero molto ampio di interessati. Si tratta di un'indicazione importante che segnala la direzione in cui il ragionamento della Corte sembra volersi spingere.

Alla luce di queste osservazioni, la Corte considera le disposizioni centrali nella decisione 2000/520, portando a compimento una vera e propria opera demolitoria dei pilastri per il trasferimento di dati dall'Europa verso gli Stati Uniti.

In primo luogo, la Corte si concentra sull'art. 1, focalizzandosi sul meccanismo che ritiene soddisfatti i Safe Harbor Privacy Principles, e così assicurato un adeguato livello di protezione, nel caso di imprese che autocertifichino la propria adesione ai suddetti principi. Tale previsione non opera, invece, per le autorità pubbliche, che dunque ne restano escluse.

Secondo la Corte, se è vero che sistema non è di per sé contrario al requisito dell'adeguatezza della protezione, il suo funzionamento si basa comunque su idonei meccanismi che consentano di rilevare la violazione di norme a tutela dei diritti alla riservatezza alla tutela dei dati personali.

Inoltre, la decisione si limita a evocare la necessità che sia assicurata una tutela adeguata ed equivalente in base al meccanismo del safe harbor, senza però analizzare nel dettaglio le misure adottate a tale scopo per il tramite di disposizioni di diritto interno o impegni sul piano internazionale.



In aggiunta, precisa la Corte, la decisione specifica che l'applicazione del safe harbor può comunque conoscere dei limiti, per esempio, laddove sia necessario a tutelare la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, ovvero sulla base di leggi, regolamenti o decisioni giurisprudenziali che muniscano di tutela interessi contrapposti. Questo significa, concretamente, affermare la prevalenza della sicurezza nazionale o dell'interesse pubblico sui principi del safe harbor: prevalenza in nome della quale, osservano i giudici del Lussemburgo, le imprese che ricevono dati personali da Stati membri sono tenute a disapplicare i principi del safe harbor nella misura in cui confliggano o siano incompatibili con tali interessi. In questo scenario, si viene a determinare un chiaro sacrificio dei diritti fondamentali tutelati dagli artt. 7 e 8 della Carta. Il tutto senza che la Commissione, nella propria decisione, abbia indicato sull'esistenza di limiti a tali interferenze o di strumenti di tutela contro le stesse.

La Corte di giustizia, nel valutare l'equivalenza della tutela prevista nel paese terzo coinvolto rispetto allo scenario europeo, ravvisa l'assenza di uno strumentario legislativo necessario a evitare che sia compromesso il contenuto essenziale dei diritti in gioco. Queste carenze non riguardano soltanto la previsione di criteri di bilanciamento che riducano al minimo il sacrificio della tutela dei dati personali, ma anche di meccanismi che consentano una tutela giurisdizionale.

Ecco perché la decisione 2000/520, agli occhi della Corte di giustizia, deve essere annullata.

Considerazioni conclusive

La pronuncia della Corte di giustizia è destinata a sollevare, proprio nei mesi in cui la decisione sulla valutazione di idoneità della tutela prevista nell'ordinamento statunitense era avviata a una fase di discussione, un ampio dibattito sulle conseguenze cui essa apre e che si prospettano di qui alle prossime settimane.

Si tratta di una presa di posizione che non può essere immune da riflessi politici. È difficile apprezzare quanto una pronuncia così importante possa essere stata influenzata, per esempio, dallo scandalo NSA, che si innesta proprio alle origini delle preoccupazioni del ricorrente nel procedimento principale. Così, rimane difficilmente misurabile il grado in cui la sentenza costituisce una reazione a un atteggiamento di comprovato sfavore rispetto alla tutela dei dati personali emerso Oltreoceano, nei tempi più recenti.

Sarebbe probabilmente sbagliato immaginare a una presa di posizione eminentemente politica; sarebbe del pari non corretto trascurare la valenza di tali profili.

Rimane in ogni caso una pronuncia di grande impatto che consegna sì all'attualità una problematica tutt'altro che agevole, in un'epoca in cui il trasferimento di dati verso i confini extra-UE ha assunto mole e rapidità inedite; ma che al contempo sembra confermare un trend di forte riaffermazione della privacy, di cui già si erano intraviste le prime tappe lo scorso anno, accompagnato da un recupero della dimensione europea dei valori in gioco che passa attraverso il ruolo delle autorità di controllo. Sulle cui spalle pesa però, ora, il compito di dare risposte che sappiano conciliare la legittima tutela dei dati personali (valore meritoriamente riaffermato dalla Corte) con gli altri interessi che quotidianamente, pur senza direttamente scontrarsi, con essa si fronteggiano, prima fra tutte la libertà di condurre impresa.





GIURISPRUDENZA

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 16 settembre 2015, n. 18134

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -

Dott. CICALA Mario - Presidente di Sez. -

Dott. RORDORF Renato - Presidente di Sez. -

Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -

Dott. CURZIO Pietro - Consigliere -

Dott. DI IASI Camilla - Consigliere -

Dott. DI BLASI Antonino - Consigliere -

Dott. FRASCA Raffaele - rel. Consigliere -

Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ordinanza

sul ricorso 11288-2014 per regolamento di giurisdizione proposto d'ufficio dal TRIBUNA-

LE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA -

POTENZA, con ordinanza n. 279/2014 depositata il 2015 24/04/2014 nella causa tra:

ENTE ECCLESIASTICO "ISTITUTO DIOCESANO PER IL SOSTENTAMENTO

DEL CLERO DELLA DIOCESI DI POTENZA-MURO LUCANO-

MARSICONUOVO";

- ricorrente non costituitosi in questa fase -

contro

COMUNE di POTENZA;

- resistente non costituitosi in questa fase -

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/05/2015 dal Consigliere

re Dott. RAFFAELE FRASCA;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale dott. Giovanni GIACALONE, il quale chiede che codesta Suprema Corte, a Sezioni Unite, in camera di consiglio, dichiari la giurisdizione del giudice amministrativo ed emetta i provvedimenti conseguenti per legge.

Svolgimento del processo

quanto segue:

1. Con ordinanza ai sensi dell'art. 11, comma 3, del codice del processo amministrativo il



Tribunale Amministrativo regionale per la Basilicata, investito in riassunzione - a seguito di declinatoria della giurisdizione da parte del Tribunale Ordinario di Potenza - dall'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero della Diocesi di Potenza-Muro Lucano-Marsiconuovo, della controversia introdotta dallo stesso contro il Comune di Potenza per ottenere la retrocessione di un lotto di terreno già assoggettato a procedura espropriativa a fronte del pagamento dell'indennità quantificata in Euro 141.957,27, ha elevato conflitto negativo di giurisdizione assumendo che, al contrario di quanto ritenuto dal Tribunale ordinario la giurisdizione sulla controversia spetterebbe al giudice ordinario.

2. Nessuna delle parti ha svolto attività difensiva.

3. Richieste le conclusioni ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c. al Procuratore Generale presso la Corte, all'esito del loro deposito è stata fissata l'adunanza della Corte.

Motivi della decisione

quanto segue:

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata ha fondato la prospettazione posta a fondamento dell'elevazione del conflitto sulla base delle seguenti considerazioni:

a) ha premesso il rilievo che la questione di giurisdizione è disciplinata *ratione temporis* dalla L. n. 2359 del 1865, giusta il disposto del D.P.R. n. 327 del 2001, art. 57, comma 1, essendo intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità in relazione alla quale si è posto il problema della retrocessione, prima dell'entrata in vigore del detto D.P.R.; b) ha, poi, evocato Cass. sez. un. n. 1231 del 2000, assumendo che essa avrebbe avuto modo di affermare che ove non vi sia stata dichiarazione formale di inservibilità del bene espropriato ai fini dell'esecuzione dell'opera pubblica, tuttavia un valore equipollente potrebbe riconoscersi ad atti dell'amministrazione espropriante idonei ad assumere quel valore;

c) ha, poi, ravvisato l'equipollenza alla dichiarazione formale anzitutto in una nota prot. n. 60 del 24 febbraio 2006, in cui il Dirigente dell'Unità di direzione Trasporti e Viabilità del Comune di Potenza del seguente tenore, dopo aver dato atto che nell'anno 1998 l'Istituto espropriato aveva richiesto il reintegro nella proprietà del terreno espropriato per la realizzazione della stazione delle autolinee e che l'Amministrazione aveva fino a quella data reputato di non procedere alla restituzione del bene perché non era stato ancora definito il progetto di completamento della stazione e le aree necessarie al contorno, aveva, poi, osservato che l'approvazione del progetto di completamento che si limita ad impegnare le aree prospicienti l'ingresso della stazione, essendo venuta meno l'esigenza di impegnare il detto terreno, a parere di questa U. di D. si può procedere al reintegro secondo la richiesta avanzata; d) ha, quindi evocato il principio di diritto di cui a Cass. sez. un. n. 23823 del 2009 circa la differenza di situazione che si crea fra la retrocessione parziale e quella totale sotto il profilo che nella prima l'amministrazione può ancora esercitare una valutazione discrezionale circa la convenienza di utilizzare la parte o beni espropriati non impiegati nell'esecuzione dell'opera ed ha sostenuto che dalla detta nota emergeva che la stessa Amministrazione aveva testualmente affermato che il fondo non era utilizzabile per il completamento dell'opera, onde tale attestazione assumeva valore equipollente alla dichiarazione di inservibilità;

e) ha soggiunto che si traeva ulteriore conferma dell'avvenuta valutazione di inservibilità del lotto di terreno di cui trattasi da una successiva nota a firma del Dirigente dell'Unità di Direzione "Gestione del Patrimonio, Protezione Civile, Manutenzione e Servizi tecnici del Comune di Potenza prot. N. 1084/GP del 22 luglio 2011, nella quale veniva stabilito l'importo dell'indennità di retrocessione, pari ad _ 141.957,27 e ne veniva chiesta l'accettazione da



parte dell'Istituto, che era poi intervenuta con nota del suo legale rappresentante, acquisita al protocollo comunale il 20 settembre 2011;

f) ha rilevato che, quindi, proprio l'individuazione del prezzo di retrocessione e la richiesta della sua accettazione non potevano che scaturire da una valutazione, a monte, della non necessità del bene alla realizzazione dell'opera per la quale esso è stato oggetto di cessione volontaria nell'ambito della procedura espropriativa, onde risultava sintomatica della definitiva volontà di non utilizzazione del bene;

g) ha, quindi, ravvisato nella situazione fatta valere dall'Istituto la natura di diritto soggettivo ed ha affermato che, al contrario di quanto aveva reputato il Tribunale ordinario di Potenza alla fattispecie non si attagliasse il precedente di cui a Cass. sez. un. n. 14826 del 2008 sulla base del quale esso aveva declinato la giurisdizione, assumendo che l'iter amministrativo nel quale si iscriveva il comportamento dell'amministrazione non si era concluso con una formale manifestazione di volontà.

2. Il Pubblico Ministero ha concluso per il rigetto dell'istanza di conflitto e quindi per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, rilevando che nella specie si tratta di retrocessione parziale e che inesattamente il giudice configgente avrebbe invocato Cass. sez. un. n. 1231 del 2000, senza considerare che il senso dell'equipollenza di comportamenti della p.a. alla dichiarazione espressa di inservibilità era stato da essa evocato era stato precisato proprio da Cass. sez. un. n. 14826 del 2008, i cui principi escluderebbero che le due note degli organi comunale e la stessa determinazione ed accettazione dell'importo dell'indennità di retrocessione possano considerarsi evidenziarci di n comportamento equipollente alla pubblicazione dell'avviso cui allude della L. n. 2359 del 1865, art. 61.

3. Le conclusioni del Pubblico Ministero sono condivisibili.

Erroneamente il t.a.r. configgente, invocando Cass. sez. un. n. 1231 del 2000, ha ritenuto di ravvisare un equipollente della dichiarazione di inutilizzabilità cui alludeva la L. n. 2359 del 1865, art. 61 ora abrogato nel contenuto delle due note degli organi comunali.

Un'attenta lettura proprio di Cass. sez. un. n. 14826 del 2008 avrebbe dovuto decisamente indurre - come ha sostenuto il Pubblico Ministero - ad escludere l'equipollenza.

3.1. Conviene ricordare allora le motivazioni di Cass. sez. un. n. 1231 del 2000 e di Cass. sez. un. n. 24826 del 2008.

3.1.1. Cass. sez. un. n. 1231 del 2000 osservò, per quanto in questa sede interessa, quanto segue:

Per quanto attiene la manifestazione di volontà dell'ente espropriante, con la quale esso aveva offerto in vendita al libero mercato (e quindi fuori dai criteri stabiliti per il prezzo di assegnazione dei terreni compresi nell'area industriale), è assolutamente evidente che, con tale offerta, il Consorzio aveva dismesso ogni volontà di utilizzazione per gli scopi ai quali l'espropriazione era finalizzata. Pertanto, la domanda introduttiva dei precedenti proprietari non può in alcun modo considerarsi tendente ad ottenere una pronuncia giurisdizionale costitutiva che sostituisca la prescritta dichiarazione di non utilizzazione. D'altra parte non può sostenersi che i giudici di merito non abbiano applicato la regola, secondo la quale la dichiarazione d'inservibilità non ammette equipollenti. Tale principio, enunciato in alcune sentenze delle Sezioni Unite (si veda, oltre a quella richiamata dal ricorrente, la sentenza 4 novembre 1994, n. 9131), ha soltanto lo scopo di evitare che la mancata utilizzazione dell'area possa essere oggetto di diretto accertamento giudiziale sulla base di *facta concludentia*. Lo scopo di tale regola è quello di evitare che il giudice ordinario si sostituisca alla p.a. in una valutazione discrezionale (che ad essa esclusivamente compete, e nei cui confronti la



posizione dell'originario proprietario si configura come interesse legittimo) di non utilizzare più il bene per lo scopo in vista del quale era stata disposta l'espropriazione. Tale esigenza, però, non comporta che la (formale manifestazione di volontà dell'amministrazione debba contenere un'espressa qualificazione di inservibilità, o, comunque, un riferimento alla L. n. 2359 del 1865, art. 61. Nella specie tale atto era costituito dalle Delib. del consiglio direttivo del Consorzio ... con le quali veniva stabilito di destinare a vendita o a permuta i terreni in questione per scopi diversi da iniziative di tipo industriale e relative infrastrutture.

Non può contestarsi, quindi, che l'amministrazione avesse formalmente manifestato la volontà di non utilizzare più i terreni per interventi industriali. In conclusione, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario".

Come si vede la decisione di cui si è riportata la motivazione si mosse sì nella logica di un equipollente della dichiarazione formale evocativa dell'art. 61 citato, ma, pur sempre, ravvisò questa equipollenza in una diversa manifestazione sempre formale, dato che la ravvisò in una Delib., e lo fece con un apprezzamento per cui quest'ultima rendeva inutile quella ai sensi dell'art. 61 perchè avente un oggetto incompatibile con l'utilizzazione del bene per l'opera per cui era stata espropriata.

3.1.2. A sua volta Cass. sez. un. n. 14826 del 2008 si trovò a scrutinare due motivi di ricorso che ebbe così a riferire: "Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione della L. 25 giugno 1865, n. 2359, artt. 60 e 61, del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 47, e dell'art. 37 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5. Premesso che il principio secondo cui la dichiarazione d'inservibilità non ammette equipollenti ha il solo scopo di evitare che sull'accertamento della mancata utilizzazione dei beni espropriati si verifichi la sostituzione del giudice ordinario alla Pubblica Amministrazione nell'apprezzamento dell'interesse pubblico, sostiene che tale atto può ben assumere altra forma, purchè l'Amministrazione abbia seriamente manifestato la volontà di non utilizzare i beni per lo scopo cui era preordinata l'espropriazione; ai fini dell'insorgenza del diritto alla retrocessione, può quindi ritenersi sufficiente, nella specie, l'espressa rinuncia all'espropriazione dei beni non utilizzati, risultante dal certificato rilasciato dal legale rappresentante dell'ente espropriante e prodotto in giudizio, non potendo l'espropriato essere costretto a sopportare le conseguenze dell'inerzia dell'Amministrazione nell'emissione del decreto prefettizio. ... Con il secondo motivo, la ricorrente censura la sentenza impugnata per vizio di motivazione, nonchè per violazione e falsa applicazione di norme di diritto, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5. Sostiene infatti che la Corte d'appello ha affermato apoditticamente l'inidoneità della rinuncia dell'Amministrazione Provinciale ad integrare la dichiarazione di inservibilità dei beni non utilizzati, senza spiegare le ragioni per cui tale rinuncia non costituisce una manifestazione di volontà sufficiente a far assurgere la situazione soggettiva dell'espropriato al rango di diritto soggettivo. In realtà, secondo la ricorrente, la retrocessione rappresenta un'ipotesi di giurisdizione piena del giudice ordinario, il quale, con un provvedimento avente efficacia costitutiva, determina il trasferimento del diritto di proprietà, che avrebbe dovuto realizzarsi con il consenso dell'Amministrazione, sostituendo la volontà e l'attività di quest'ultima, indipendentemente dal procedimento amministrativo che deve precedere la formazione della predetta volontà, ed anche in contrasto con la stessa.

Ora, scrutinando tali motivi le Sezioni Unite così motivarono: Il ricorso è infondato, e va rigettato. Va premessa la distinzione tra la retrocessione totale, prevista dalla L. n. 2359 del 1865, art. 63, che si ha quando l'opera pubblica non sia stata eseguita, e siano decorsi i termini a tale uopo concessi o prorogati, e la retrocessione parziale, prevista dagli artt. 60 e 61



della medesima legge, che si ha quando dopo l'esecuzione totale o parziale dell'opera alcuni dei fondi espropriati non abbiano ricevuto la prevista destinazione: mentre nel primo caso il diritto soggettivo alla retrocessione, azionabile davanti al giudice ordinario, sorge automaticamente per effetto della mancata realizzazione dell'opera, e quindi a prescindere da qualsiasi valutazione discrezionale dell'Amministrazione, nel secondo caso esso nasce solo se ed in quanto l'Amministrazione, nel compimento di una valutazione discrezionale, in ordine alla quale il privato è titolare di un mero interesse legittimo, abbia dichiarato che quei fondi più non servono all'opera pubblica (Cass. 8.3.2006, n. 4894; 17.1.1997, n. 458). In particolare, nella retrocessione parziale, rispetto ai beni non ancora utilizzati e che l'espropriato avrebbe interesse riacquistare, tuttora può esercitarsi una valutazione discrezionale circa la convenienza di utilizzarli in funzione dell'opera realizzata, sicchè tali beni possono essere restituiti solo se la P.A. abbia dichiarato che essi non servono più alla realizzazione dell'opera nel suo complesso (Cass. 7.8.2001, n. 10894). In ordine all'insorgenza del diritto alla retrocessione, in caso di parziale utilizzazione dei beni espropriati, mentre in caso di retrocessione totale gli espropriati sono titolari di uno ius ad rem di carattere potestativo a contenuto patrimoniale, che consente loro di agire dinanzi al giudice ordinario per chiedere la pronuncia di decadenza della dichiarazione di pubblica utilità e la restituzione dei beni espropriati, nel caso di retrocessione parziale il diritto alla restituzione è subordinato alla dichiarazione del Prefetto che il fondo non serve più all'opera pubblica, ed alla manifestazione da parte degli espropriati della volontà di riacquistarne la proprietà (Cass. 1.7.1994, n. 6253). I primi due motivi vanno esaminati congiuntamente, essendo il primo - relativo alla ricostruzione dell'istituto della retrocessione parziale - il presupposto per la vera censura, contenuta nel secondo, che mira ad infirmare la sentenza di merito laddove non ha accertato la dichiarazione di retrocedibilità dei beni in un documento con cui l'amministrazione espropriante avrebbe dato atto che gli stessi erano superflui al fine dell'esecuzione dell'opera pubblica. La sentenza impugnata postula la necessità di una formale manifestazione di volontà, da cui desumere l'intenzione di non avvalersi più di una parte degli immobili espropriati, ma tale requisito ha ritenuto di non poter ravvisare in un certificato, nel quale, in data 14.2.1967, il Presidente dell'Amministrazione provinciale dava atto che "l'effettiva espropriazione degli immobili di proprietà della Parrocchia S. Arcangelo all'Arena ... è limitata a mq. 5.600 della particella 41/a", e che "l'Amministrazione provinciale, come da decreto prefettizio di rettifica in corso di emissione, va a rinunciare all'espropriazione della maggiore estensione della particella 41/a, nonchè alla espropriazione della particella 41/c e della particella 42". La doglianza della ricorrente attiene all'efficacia, al fine della retrocedibilità dei beni inservibili, di quel documento, quale inequivoca manifestazione di volontà di non utilizzare i beni espropriati. Circa le modalità in cui la dichiarazione d'inservibilità deve essere resa - la pubblicazione da parte dell'espropriante dell'avviso indicante che i beni che non servono più all'esecuzione dell'opera pubblica, ha carattere alternativo rispetto al decreto del Prefetto (Cass. 9.10.1963, n. 2697) - va affermato che l'inservibilità non può essere sostituita da un accertamento dell'Autorità giudiziaria, involgendo un giudizio discrezionale dell'autorità amministrativa in ordine all'esistenza o meno di un rapporto di utilità tra il relitto e l'opera compiuta, anche in ragione di una semplice accessorialità o dipendenza (Cass. 5.8.1964, n. 2236). La manifestazione di volontà dell'amministrazione in ordine all'inservibilità dei beni ai fini della retrocessione, assume la forma di atto conclusivo di un procedimento che, secondo la sequenza indicata dalla L. n. 2359 del 1865, art. 61, - il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, è non correttamente invocato, essendo entrato in vigore ben dopo l'esproprio e l'introduzione



della presente causa -, vede la pubblicazione di un elenco con cui i beni residui alla realizzazione dell'opera vengono identificati e per l'effetto rimessi in vendita, al fine che i precedenti proprietari possano esercitare, nel termine di mesi 3, il diritto di prelazione che la legge loro riconosce. In mancanza della pubblicazione dell'avviso, ove gli interessati abbiano sentore della mancata utilizzazione di parte dei beni espropriati, possono attivare la procedura, sollecitando al Prefetto l'emissione della declaratoria d'inservibilità. Ove non vi sia stata dichiarazione formale d'inservibilità, valore equipollente può essere ricercato solo in un comportamento dell'Amministrazione dalla quale possa desumersi la messa in vendita dei beni, in quanto non più necessari alla realizzazione dell'opera per la quale essi furono espropriati. E' evidente che la reimmersione dei cespiti sul mercato è sintomatica della definitiva decisione di non utilizzare quella parte di beni per l'opera pubblica: ragione per cui queste Sezioni unite ritennero si identificare la dichiarazione di inservibilità nella Delib. con cui l'ente espropriante destinava a vendita o permuta i fondi per scopi - uffici pubblici, studi professionali, bar, ristoranti - diversi dalle programmate iniziative di tipo industriale e relative infrastrutture (Cass. 29.11.2000, n. 1231). L'esaurimento del potere discrezionale nel senso della dismissione del bene, non è ravvisabile nella specie, come correttamente ritenuto dalla Corte d'appello. Il "certificato" risalente al 1967 contiene, in coerenza alla forma da esso rivestita, l'attestazione di una procedura valutativa in corso, il cui compimento viene rimesso al Prefetto ai fini dell'eventuale "rettifica" del decreto di espropriazione, di sicuro non approdata ad una volontà di cessione dei beni sul mercato. Manca qualsiasi contenuto negoziale impegnativo in tale dichiarazione, che la renda equiparabile alla pubblicazione dell'avviso, di cui all'art. 61, comma 1 con l'elenco dei beni inservibili che possono essere rivenduti. L'interpretazione dell'atto è peraltro confermata dal contegno successivo delle parti, dello stesso soggetto espropriato, che non si attivò, nei tre mesi successivi, mediante formale dichiarazione di riacquisto dei beni, ai fini dell'esercizio del diritto alla retrocessione, che evidentemente lo stesso non riteneva ancora perfezionato, e dell'espropriante, che malgrado sollecitazione, non ritenne di emettere rettifica del decreto di esproprio o dichiarazione d'inservibilità. Il comportamento negativo dell'amministrazione, contrastante con l'"intenzione" che traspare dal documento esibito dalla parte, è riconducibile all'ampiezza del potere discrezionale esercitato nel provvedere sull'istanza dell'espropriato ai fini della dichiarazione d'inservibilità, mediante il quale deve accertarsi di volta in volta se i beni espropriati i quali non abbiano avuto in tutto la prevista destinazione, possano ancora essere utili o meno alla realizzata opera di pubblica utilità, senza peraltro fare esclusivo riferimento alla specifica opera pubblica per la quale l'immobile era stato espropriato prescindendo da tutte quelle esigenze di pubblico interesse eventualmente sopravvenute medio tempore, ma, al contrario, compiendo le proprie valutazioni discrezionali con riferimento anche al periodo successivo in modo da avere ben presenti tutti gli elementi necessari per poter perseguire, in maniera ottimale, il fine di pubblico interesse attribuitole dalla legge ...".

3.2. Come si vede nella motivazione ora riportata non soltanto si è rimarcato che l'equipollenza essere ricercata solo in un comportamento dell'Amministrazione dalla quale possa desumersi la messa in vendita dei beni, in quanto non più necessari alla realizzazione dell'opera per la quale essi furono espropriati, ma si è anche rilevato che proprio in tale ottica si era mossa Cass. sez. un. n. 1231 del 2000.

Nell'esaminare l'atto dell'Amministrazione che era stato erroneamente invocato come comportamento equipollente le Sezioni Unite sottolinearono che esso non poteva avere valore equipollente perchè espressione di un procedimento valutativo ancora in corso da parte



della p.a. circa la sorte del bene e perchè non esprimeva l'approdo ad una decisione di cessione del bene.

4. Ebbene, con riferimento al caso che si giudica, sia la prima che la seconda nota, in disparte da ogni valutazione - che pure sarebbe decisiva - circa l'idoneità del loro contenuto, sia sul piano oggettivo, sia su quello soggettivo riferito agli organi di provenienza e ad una loro legittimazione ad esprimere in modo diverso da quello previsto dell'art. 61 della L. del 1865 la volontà equipollente della p.a., si palesa:

al) che la prima nota per il suo stesso tenore esprime, come ha esattamente rilevato il Pubblico Ministero, una valutazione espressa da un organo dell'Amministrazione di carattere meramente interna e, dunque, del tutto priva del carattere di manifestazione che impegna la p.a.;

a2) che la seconda nota, sebbene indicasse l'indennità di retrocessione e chiedesse all'Istituto se la accettava, parimenti apparteneva al ed era pienamente compatibile con un procedimento valutativo della p.a. ancora in corso, apparendo diretta ad acquisire conoscenza dell'eventuale assenso sull'ammontare della indennità di retrocessione: ne consegue che la "accettazione" dell'ammontare dell'importo divenne solo un ulteriore elemento acquisito dall'amministrazione nel quadro del procedimento valutativo in corso.

In presenza del valore da annettersi ai contenuti delle note l'applicazione dei principi delle ricordate decisioni di queste Sezioni Unite non poteva giustificare e non giustifica in alcun modo il ravvisare un comportamento equipollente a quello indicato dall'art. 61 citato.

5. Ne segue il rigetto per infondatezza dell'istanza di conflitto negativo di giurisdizione e la declaratoria della giurisdizione del giudice amministrativo.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 12 maggio 2015.
Depositato in Cancelleria il 16 settembre 2015.