



**VII Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento
professionale
Roma, Complesso monumentale di S. Spirito in Sassia
Giovedì 15 marzo 2012**

CARLO MAZZÙ

PROFESSORE ORDINARIO DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI MESSINA

LA SOGGETTIVITÀ CONTINGENTE

<<Le nostre parole sono spesso prive di significato. Ciò accade perché le abbiamo consumate, estenuate, svuotate con un uso eccessivo e soprattutto inconsapevole. Le abbiamo rese bozzoli vuoti. Per raccontare, dobbiamo rigenerare le nostre parole. Dobbiamo restituire loro senso, consistenza, colore, suono, odore. E per fare questo dobbiamo farle a pezzi e poi ricostruirle.

*Nei nostri seminari chiamiamo "**manomissione**" questa operazione di rottura e ricostruzione. La parola manomissione ha due significati, in apparenza molto diversi: nel primo significato essa è sinonimo di alterazione, violazione, danneggiamento. Nel secondo, che discende direttamente dall'antico diritto romano (manomissione era la cerimonia con cui uno schiavo veniva liberato), essa è sinonimo di liberazione, riscatto, emancipazione.*

*La manomissione delle parole include entrambi questi significati. Noi facciamo a pezzi le parole (**manomettiamo**, nel senso di alterarle, violarle) e poi le rimontiamo (le manomettiamo nel senso di liberarle dai vincoli delle convenzioni verbali e dei non significati).*



*Solo dopo la manomissione, possiamo usare le nostre parole per raccontare storie >>.*¹

La citazione che precede giova a dare un senso più generale alla scelta di tornare su un tema sul quale non ci sarebbe ormai, almeno apparentemente, molto da dire.

Invece proprio l'abuso ricorrente, quasi un'inflazione semantica, induce assuefazione teorica e contribuisce al torpore dogmatico, all'ossequio spiritualmente riposante, nel quale spesso preferiamo adagiarsi, per trovare rimedio alle continue inquietudini, che l'instabilità del sistema normativo e, prima ancora, sociale determinano dentro di noi.

Non resta che percorrere la via maestra della ricerca senza pregiudizi, illuminata dal metodo e alimentata dal dubbio.

Parafrasando un'immagine di una giovane filosofa², "*Dubitare significa disomologarsi, prendere le distanze dal centro, ovvero dal punto di vista fisso degli universi concentrazionari. Nell'offrire in una prospettiva straniata quanto è abituale, il dubbio insinua nel pensiero più rigoroso l'ipotesi della propria fallibilità. E d'altro lato, nell'abbandonare l'illusione di compimento, indica la strada per ex-sistere verso altro*".

Ed ancora: la ricerca non è tale se non ci si accosta con animo aperto alle sorprese possibili e non immaginabili *a priori*, proprio quelle che meglio colpiscono il ricercatore e gli provocano un iniziale smarrimento.

Anche qui ci soccorre il pensiero filosofico più recente³: "*Lo stupore è un senso di vertigine che coglie nell'inattesa scoperta di qualcosa di nuovo, come un'illuminazione sfuggente alla spiegazione logica. Per stupirsi è necessario non sapere tutto, riconoscersi parziali, incompleti. E' di chi non si appalesa*

¹ G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano, 2010, p. 13.

² M. L. SCHEPIS, *Colui che ride*, F. Angeli, Milano, 2011, p. 20 ss.

³ M. L. SCHEPIS, *op. lo. cit.*



definitivamente nel già-detto, nel già-stato. Lo ritroviamo nel sentimento di meraviglia del bambino, così nell'infanzia della filosofia, come riconosce Platone: «è proprio del filosofo di essere pieno di meraviglia; né altro cominciamento ha il filosofo che questo». |

Quell'insaziabile stupore dell'inizio è stato consumato tuttavia da un logos preoccupato di colmare i vuoti e livellare le sporgenze, rinunciando a confrontarsi con il pathos, che sgorga simbolicamente nell'ansia di superare lo stadio dell'incertezza. Ed è stato dimenticato dalla nostra viziata civiltà della pienezza, sazia di possedere, appagata nel compimento del senso, povera di curiosità. Ma, come si è chiesto anche Paul Ricoeur, il compito della filosofia non è quello «di riaprire, continuamente, quel discorso che, per necessità di metodo, la linguistica continuamente rinserra sull'universo chiuso dei segni e nel gioco puramente interno delle loro mutue relazioni?».

Forse mai come in questo tempo la verità provoca il nostro stupore nella sua nudità, quando il mondo, malgrado l'aspirazione alla completezza, cade in uno stato di indigenza e di instabilità, sottraendosi alle definizioni delle forme compiute. Ma la ragione, incapace di aperture, si smarrisce nei meandri dei paradossi. Quei paradossi sfuggenti all'oggettivazione, rivendicano il linguaggio dell'umorismo."

Ma la rigenerazione semantica non basta, se non è assistita dal metodo critico, che muove dal dubbio.

In altri termini, si assiste oggi al fenomeno galoppante della PRECARIETÀ DEGLI SCHEMI, DELLA RELATIVITÀ DEI CONCETTI E DELLA LIQUIDITÀ DEL CONTESTO: essi sono, nello stesso tempo, causa ed effetto dell'indebolimento semantico conseguente all'abuso del termine ed alla sua dilatazione di significato, per cui la crescente espansione lessicale nuoce alla profondità del significato.

L'uso del termine soggettività non muove e non tende più a scolpire l'essenza di un fenomeno "a tutto tondo" ma si legittima in funzione di un'esigenza pratica e parziale,



prescinde dal substrato valoriale della persona e si lega a nuclei di interessi non necessariamente personificati, assolve alla funzione cui sottomette la struttura, penetra nel sistema muovendo da ambiti settoriali e percorrendo un territorio attraverso vie periferiche, sperimenta soluzioni inedite collocandole nel panorama di strumenti di soddisfazione di esigenze in attesa di collaudo sociale.⁴

Dobbiamo prepararci a percorrere l'itinerario inverso a quello di Stefano RODOTÁ, che parla di riappropriazione della fisicità della persona.⁵

⁴ S. RODOTÁ, *La carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÁ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2001, ora in "A tutti i membri della famiglia umana" per il 60° anniversario della Dichiarazione universale, Giuffrè, Milano, 2008, p. 183 ss.: accogliere e razionalizzare i fatti, rappresenta una risposta positiva alla sfida lanciata al giurista contemporaneo, che guarda al futuro, circa la capacità di "frequentare la dimensione dell'inedito, che non è quella dell'ignoto", di "lavorare con i materiali che la realtà presenta, evitando però un vecchio vizio, quella forma d'inversione metodologica per la quale i fatti vengono subordinati al concetto, e che deriva pure da pigrizia intellettuale, dal timore di doversi allontanare dal tranquillo porto concettuale in cui erano approdati."

⁵ "Pensare il corpo, e impedire che qualcuno possa «mettere la mano» su di esso, esige una idea diversa della sua integrità, non più chiusa solo nei confini dell'antica sua fisicità, al cui rispetto sono state finora riferite le stesse garanzie costituzionali. Un altro corpo è davanti a noi — scomponibile, disseminabile, manipolabile, falsificabile — ed è questo nuovo corpo che rende possibile nuove forme di controllo, ed esige quindi nuove e più forti garanzie. Di nuovo il corpo, e la libertà personale che in esso s'incarna, si presentano alla ribalta del mondo come la premessa dell'agire libero. L'unità della persona può essere ricostituita solo estendendo al corpo elettronico il sistema di garanzie costruito per il corpo fisico. Intanto, però, di nuovo passato e futuro s'intrecciano, e ci obbligano a posare lo sguardo su un intollerabile presente, con una rivincita della fisicità alla quale non avremmo voluto assistere.

I corpi hanno preso la parola, e il mondo ha dovuto specchiarsi nella visione del corpo torturato. Nel suo divenire, la democrazia ha attribuito valore crescente alla dignità della persona. Con una innovazione culturale ed istituzionale di grande significato, la costituzione tedesca del 1949 si apre con le parole «la dignità umana è intangibile». Qui si coglie immediatamente la volontà di rifiutare il passato nazista, di tracciare un confine invalicabile oltre il quale, come mostrava proprio l'esperienza storica, non solo la democrazia era perduta, ma scompariva ogni diritto della persona. Veniva così avviata quella «costituzionalizzazione della persona» che ha trovato piena espressione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000. Proprio la memoria del Novecento, che ha conosciuto altre tragedie insieme a quella nazista, ha spinto l'Europa ad adottare lo stesso schema della legge fondamentale tedesca. «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»: questo è il testo del primo articolo della Carta.

Il senso profondo della democrazia è proiettato al di là del suo essere regola del gioco politico. Incorpora pienamente la dimensione dell'umano, dalla quale ormai non può più separarsi senza negare la sua stessa



La varietà di usi della nozione di soggettività ha consentito non solo l'individuazione di forme di “soggettività contrattata”⁶, fino al punto che si è ritenuto maturo il tempo per individuare diverse categorie di soggettività, secondo la classificazione di Francesco BUSNELLI.⁷

Se si dovesse trovare un parametro definitorio della collocazione dogmatica di questi fenomeni, la più fedele rappresentazione sarebbe quella che vede l'emersione del fatto nel suo divenire ed il soggetto che è portatore storico dell'interesse presente nel fatto, che appare impegnato nella lunga marcia dal non essere all'essere, alla ricerca di un'identità che si colloca lungo il tragitto che conduce dalla rilevanza all'efficacia.

La soggettività contingente è, per sua natura, attenuata e condizionata; vive nel limbo della rilevanza in attesa dell'ascesa alla pienezza della tutela, cioè dell'efficacia nelle sue varie forme effettuali; è un'aspettativa di soggetto che va protetta ed accompagnata fino alla sua nascita e vita autonoma.

In quest'opera di costruzione del soggetto, che assume contorni progressivamente più definiti, l'individuazione di fattori esponenziali di interessi da tutelare diventa essenziale, per conferire stabilità alla figura soggettiva.

natura" (*Trasformazioni del corpo*, in C. M. MAZZONI – a cura di – *Per uno statuto del corpo umano*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 65-67).

⁶ V. il nostro, *La soggettività contrattata*, Giuffrè, Milano, 2005, con riferimento alla nuova identità del collaboratore di giustizia, del testimone protetto, del minore adottato con adozione speciale, del mutamento di nome a seguito di mutamento del sesso, dei casi – in genere – di mutamento del cognome.

⁷ *Soggetto e persona di fronte ai problemi della bioetica*, in *Convegno internazionale di studio a Messina 28-30 settembre 2005, su Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, p. 420, dove rileva che “il diritto positivo può ... introdurre dilatazioni, specificazioni, rifrazioni, prefigurazioni, del <concetto primitivo>, fermo restando che esso attribuisce, non riconosce la soggettività”; ed ivi le esemplificazioni di diverse tipologie di soggettività.



La sfida del giurista contemporaneo è quella di assecondare con strumenti adeguati l'emersione e la protezione delle specifiche qualità del soggetto, fino al punto di riproporre la funzione ad immagine di quella degli *status*, utilizzati in funzione di promozione del soggetto, che si propone e che si afferma in un contesto sociale in cui si presenta come "*soggetto debole*" da proteggere.

Il tempo presente è ricco di esempi, da valorizzare, per farli entrare stabilmente nel sistema. Da ultimo, merita attenzione la tecnica di protezione sociale della figura del *consumatore*, che - se non fosse adeguatamente ricostruita e stabilmente inserita nel sistema - s'indebolirebbe e la si farebbe apparire come un'espressione di "*soggettività contingente*".

Viceversa, la vera tutela del contraente "*consumatore*" si estrinseca attraverso la valorizzazione di attributi tendenzialmente stabili (appunto, le "*qualità del soggetto*"), che poggiano su un substrato di condizioni di vita, che denunciano il *deficit* di effettività dei valori enunciati nelle norme generali ed astratte e ne reclamano adeguato riscontro, quale attestazione dell'avvenuta emancipazione, che si invera nella concretezza della singola vicenda contrattuale.

Non sembra che l'opera fin qui compiuta sia stata assistita dalla consapevolezza dell'esigenza che la codificazione consumeristica debba avere finalità promozionale; anzi, sembra che manchi nell'ordito normativo l'afflato solidaristico, che dovrebbe costituire il principio di individuazione ("*la terza dimensione, teleologica o funzionale*") coerente con l'impianto costituzionale del nostro ordinamento.

Sembra essere stata privilegiata la dimensione economicistica nella normativa consumeristica, mentre appare trascurata la dimensione personalistica, almeno stando alle prime letture del Codice del consumo. Da qui la considerazione che "*all'inizio degli anni*



novanta si è concretizzata in termini normativi la consapevolezza, da tempo maturata, che gli ordinari strumenti di protezione del contraente fossero insufficienti, in presenza di scambi commerciali connessi all'attività di grandi potentati economici, capaci di ricorrere a tecniche sofisticate e a trattative svolte in condizioni limitative della libertà di scelta tra diverse opzioni nel regolamento del rapporto.

Si è profilata all'orizzonte del sistema la figura del "consumatore. Questi non è il generico contraente descritto nel codice civile e che sopravvive alla bufera dei rapporti, aggrappandosi ai relitti delle regole classiche della patologia del contratto (invalidità, rescissione, risoluzione); non è neppure il protagonista di operazioni "macrocontrattuali"; ma è quello specifico soggetto che accede al mercato della "microeconomia familiare", per acquisire i beni e servizi necessari per vivere secondo il proprio livello reddituale, ma senza abdicare alla propria libertà contrattuale e senza sottoporsi alla tirannia del contraente forte, individuato nel "professionista".

Si può fondatamente dire che il "consumatore" è l'elemento aggregante del diritto comunitario; anzi, che esso rappresenta il paradigma di una nuova forma universale di soggettività. Parafrasando Cartesio: "consumo, ergo sum".

Il fenomeno travalica i confini nazionali, anzi l'ampiezza e l'intensità delle sue manifestazioni avevano indotto altri ordinamenti ad apprestare forme d'intervento, dapprima autonome, poi sempre più coordinate, grazie anche alla funzione propulsiva assolta dalle norme elaborate dalle istituzioni comunitarie.

Se si leggono le norme in materia consumeristica in chiave di capacità (giuridica e di agire) del contraente, si coglie con facilità la rilevanza dell'attribuzione di "statuti" differenti e contrapposti al "consumatore" ed al "professionista"; e si comprende come da quell'attribuzione di ruolo possa discendere un complesso non effimero di effetti giuridici del contratto, in termini di poteri e doveri imputabili agli attori del rapporto.

Il dato più significativo appare quello che le norme del Codice del consumo non hanno fondato la ragione prevalente dell'illegittimità del comportamento vessatorio sul dato economico, che resta sullo sfondo, perché è



sempre risarcibile e riequilibrabile, perché collegato al denaro, che è fungibile e costituisce per antonomasia lo strumento di omologazione degli interessi contrapposti.

L'incidenza riconosciuta alle clausole vessatorie sul piano della tutela della persona del consumatore acquista, invece, valore strutturale e definisce la cifra assiologica dell'intero sistema consumeristico. Infatti, l'indagine sulla natura vessatoria delle clausole muove dalla considerazione – quale norma di chiusura – del fatto che si determina oggettivamente, anche al di là della buona fede dei contraenti, un “significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” (art. 33, I comma, cod. cons.).

Il richiamo alla salvaguardia dell'equilibrio (tra la fase precedente e quella successiva alla contrattazione) delle situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, del (consumatore) soggetto vessato rinvia all'area della capacità giuridica, intesa come titolarità potenziale di tutte le situazioni giuridiche del sistema in capo a una persona che opera in condizioni di libertà.⁸

La constatazione dello squilibrio, inteso come compressione della sfera giuridica del consumatore, denuncia una limitazione di capacità, che il sistema non può avallare, ma deve sanzionare.

Ultimo, ma primariamente significativo, è il nesso del contratto con la persona del consumatore, data la legittimazione riferita alla sola persona fisica nella sua concretezza storica, posta al riparo dall'anonimato di modelli soggettivi collettivi e spersonalizzanti, talvolta opachi⁹.

La stessa critica merita forse la disattenzione verso taluni aspetti di questo fenomeno, che si può cogliere anche in territori apparentemente lontani.

⁸ Il binomio libertà-capacità sembra scandire il ritmo del sistema, se ad esso si dà lo spessore che nella configurazione in chiave assiologica ha avuto la definizione della capacità giuridica (nella sua tendenziale coincidenza con la soggettività giuridica), quale “posizione, in parte attuale e nella maggior parte potenziale, di destinatario degli effetti giuridici di un ordinamento, senza distinzioni o esclusioni di campi” (A. FALZEA, voce *Capacità*, cit., p. 247).

⁹ Nei termini che precedono, le nostre considerazioni in *Riflessioni sullo status*, ora nel nostro *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, I, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 54-56.



Ad esempio, il sistema moderno della pubblicità deve consentire di ricomporre ad unità il mondo variegato di interessi, che si aggregano attorno a soggettività vecchie e nuove, che si rifrangono nella dinamica della vita reale, per ricomporsi nell'armonia delle regole.

La soggettività diventa sempre più un prisma che presenta un numero crescente di facce, tante quanti sono gli interessi, vecchi e nuovi, che si propongono sulla scena del sistema giuridico: ma il giurista non può rinunciare ad indagare negli anfratti più reconditi della realtà, per non perdere i contatti con i valori emergenti; né può sottrarsi al fascino (che presenta tanti rischi) di "*frequentare l'inedito e l'incognito*" per timore di mettere in crisi le certezze acquisite.

Nel divenire dei fenomeni e nella consapevolezza che sotto i nostri occhi si svolge la vicenda della transizione verso nuovi e più avanzati equilibri del sistema, forse è opportuno parlare di "*soggettività contingente*" in tutti i casi in cui il processo di soggettivazione è incerto o incompiuto; e, tuttavia, c'è un'esigenza pratica interinale da soddisfare e, quindi, si ricorre a forme strumentali o graduate di soggettività.

Se poi si riflette sulle vicende più recenti, sulla legislazione speciale e sui dibattiti che essa suscita, specie per il livello ancora dubbio di certezza e stabilità delle nuove regole, l'osservatore scopre che - accanto a vecchie figure dibattute - altre se ne sono evidenziate e sono ancora alla ricerca di una soddisfacente collocazione dogmatica.

Talune, addirittura, presentano tratti tanto pronunziati di ambiguità, da suggerire l'immagine sdoppiata e contraddittoria in cui coesistono i tratti della **persona e della chimera**: nell'attesa della definizione della natura effettiva, la figura della soggettività contingente assolve proprio alla funzione interinale di salvaguardia della realtà *in fieri*.



L'argomento è di grande rilievo e merita adeguato approfondimento, ma le ipotesi sono tante e rilevanti, sicché basta qui fare un accenno fugace, quasi un preannuncio di un impegno tematico per il futuro.

L'idea-guida di un percorso di ricerca, che assuma come orientamento metodologico la relatività degli schemi, non può svilupparsi adeguatamente, se trascura l'esame di ipotesi nelle quali si profila una "soggettività contingente" costruita in funzione di un'esigenza transitoria o parziale, senza implicare un necessario riconoscimento pieno. Si pensi:

alla soggettività del nascituro non concepito e del feto nel tempo della gestazione;

alla soggettività fiscale di entità oggettive (fondo comune d'investimento¹⁰, comunione ereditaria di azienda,¹¹ eredità giacente,¹² al condominio [istituto di prossima riforma, che

¹⁰ Nei termini che seguono è riassunto (Articolo. *La natura giuridica del fondo comune d'investimento alla luce della pronuncia 16605/2010 della Corte di Cassazione*, in *dirittodelmercato.com*, del 03 giugno 201) lo stato dell'arte: "il dibattito, in dottrina come in giurisprudenza, sull'identificazione della natura giuridica del fondo comune di investimento, è andato, con il tempo, ad affievolirsi, essendosi via via delineata con maggiore certezza la qualificazione giuridica dei fondi stessi. Questo aspetto è stato chiarificato ulteriormente con l'intervento di riforma della materia finanziaria attuato dal legislatore attraverso il d.lgs. 58 del 1998 (TUF), il quale ha abrogato la l. 77 del 1983, che per prima aveva delineato i fondi comuni di investimento. Infatti, lo stesso testo unico fornisce un punto di partenza per l'analisi sulla qualificazione giuridica del fondo comune d'investimento all'art. 1 comma 1 lettera j), definendo lo stesso come il patrimonio autonomo raccolto, mediante l'emissione di quote, tra una pluralità d'investitori, al fine di investirlo sulla base di una predeterminata politica d'investimento. Autorizzate (dalla Banca d'Italia, sentita la Consob) alla gestione del fondo sono le società di gestione del risparmio (SGR), ovvero società per azioni le quali devono essere in possesso dei particolari requisiti previsti dall'art. 34 del TUF.

La definizione fornita dal citato art. 1 del TUF, è confermata e ripresa poco oltre nel medesimo testo unico, all'art. 36 comma 6, ove viene ulteriormente ribadito che il fondo costituisce patrimonio autonomo, e perciò distinto dal patrimonio della SGR, distinto altresì dal patrimonio dei singoli partecipanti del fondo, e pur anche distinto dal ogni altro patrimonio gestito dalla società. Su tale patrimonio, non sono ammesse, quindi, azioni di creditori della SGR o nell'interesse della stessa, e i creditori dei partecipanti al fondo possono rivalersi solo limitatamente all'ammontare delle quote di partecipazione versate dei loro debitori nel fondo stesso. A ulteriore specificazione della autonomia e separazione del patrimonio del fondo è intervenuto recentemente il legislatore, il quale, con il d.l. 78 del 2010, incidendo sull'articolo in esame, ha introdotto il principio in base al quale "delle obbligazioni contratte per suo conto, il fondo comune di investimento risponde esclusivamente con il proprio patrimonio". In base ai principi enunciati dal TUF, come sopra brevemente riassunti, ed esaminata anche la più recente giurisprudenza di legittimità (cfr Cass., sez. I, n. 16605 del 15 luglio 2010), nel prosieguo verrà



delineata la natura giuridica del fondo d'investimento mobiliare, partendo dalla autonomia dello stesso e dalla sua preminente destinazione allo scopo di investimento finanziario. Non si è ritenuto il fondo comune d'investimento riconducibile alla figura della comunione in quanto sono sostanzialmente differenti i rapporti instaurati tra i partecipanti alla comunione e i beni ricadenti nella stessa, dai rapporti tra i partecipanti al fondo ed il fondo stesso. Già da una prima lettura degli artt. 1100 e ss. c.c. si evince come, nella comunione, siano diversi i poteri che i comunisti possono esercitare sui beni ricadenti in comunione, e le utilità ricavabili dall'istituto, rispetto alle peculiarità del fondo previsto dal TUF.

Era stata avanzata l'ipotesi di individuare la qualificazione giuridica del fondo d'investimento come figura dotata di un'autonomia soggettiva propria, distinta sia da quella dei partecipanti che hanno effettuato i conferimenti, sia distinta anche dalla società di gestione che l'ha istituito. La Cassazione, nella recente sentenza sopra richiamata, sul punto si è espressa molto chiaramente, affermando che è ben possibile nel nostro ordinamento il riconoscimento di autonomi rapporti giuridici in capo ad un soggetto privo di personalità giuridica, purché vi siano, nei testi normativi di riferimento, dei richiami quanto meno significativi in tal senso. Per la Suprema Corte questi richiami non sono ravvisabili, e il concetto di "autonomia", così insistentemente e volutamente sottolineato dal legislatore, da solo unicamente non può essere indizio della sussistenza di una soggettività giuridica del fondo d'investimento, e al concetto di autonomia espresso nel TUF in riferimento all'autonomia del fondo non può essere attribuito il significato di "potere di un soggetto di autodeterminare - almeno parzialmente ma in modo significativo - le proprie scelte e le linee guida del proprio agire", poiché, in questo caso, il fondo comune d'investimento ne è privo, come del resto è privo di qualsiasi struttura organizzativa minima propria, con rilevanza esterna, essendo interamente gestito dalla società "a monte", alla quale fanno anche capo i rapporti con i terzi che il fondo autonomamente non può instaurare. Le reali intenzioni del legislatore nel sottolineare il concetto di autonomia del fondo, viceversa, altre non potevano essere se non quelle di voler "separare" il patrimonio del fondo dagli altri patrimoni, tanto dei partecipanti quanto della società, da eventuali pretese creditorie di terzi.

La giurisprudenza è pervenuta alla conclusione di assimilare la natura giuridica del fondo comune d'investimento a quella dei patrimoni destinati, previsti dall'art. 2447 bis e ss. c.c., i quali sono separati dal patrimonio della società che li ha costituiti, destinati al perseguimento di uno specifico affare, non utilizzabili per scopi diversi da quelli previsti dalla deliberazione costitutiva del patrimonio destinato, non aggredibili da terzi creditori della società (se non per la parte di spettante alle società) e la loro titolarità è riconducibile alla persona che li ha costituiti.

Detta impostazione non è dissimile dalle caratteristiche dei fondi comuni d'investimento, con la specificazione che i partecipanti al fondo sono i titolari sostanziali delle quote versate nel fondo, mentre la titolarità formale dei beni è posta in capo alla SGR, la quale, dopo aver istituito il fondo, ne cura la gestione".

¹¹ "Ai fini della prova dell'esistenza di una società di fatto tra una pluralità di persone, pur essendo elementi essenziali del contratto di società, nei rapporti interni, ai sensi dell'art. 2247 c.c., la costituzione di un fondo comune e la cosiddetta "affectio societatis", cioè la volontà di esercitare in comune una determinata attività economica e la conseguente costituzione di un fondo comune vincolato all'esercizio collettivo di tale attività, nei rapporti esterni, l'esistenza del vincolo sociale può desumersi dalla sua mera esteriorizzazione, tratta anche da manifestazioni comportamentali rivelatrici di una struttura sovraindividuale indiscutibilmente consociativa, assunti non per la loro autonomia valenza, ma quali elementi apparenti e rilevatori, sulla base di una prova logica, dei fattori essenziali di un rapporto di società nella gestione dell'azienda. Deriva, da quanto precede, pertanto, che ove l'esistenza di una tale società sia dedotta dall'amministrazione delle finanze ai fini fiscali l'ufficio finanziario non ha alcun obbligo di provare i rapporti interni tra i soci e, in particolare, la trasformazione dei beni in comunione a



comporterà modifiche profonde], che è titolare di partita IVA ed ha, perciò, soggettività fiscale);

alla transizione da comunione di azienda a società, nella trasformazione eterogenea progressiva – *ex art. 2500 octies c.c.*; ed al fenomeno reciproco della degradazione del soggetto ad oggetto, nella trasformazione eterogenea regressiva da società a comunione di azienda;¹³

alla qualificazione unitaria dei c.d. contratti di rete;¹⁴

patrimonio sociale autonomo, la divisione degli utili, la percezione di somme da parte dei soci.” (Cass. civ., sez. trib., 20/01/2006, n. 1131, in *Guida al diritto*, 2006, 15, p. 58 con nota di GALDIERI).

¹² “*In tema di imposte di successione, il curatore dell'eredità giacente, in quanto soggetto obbligato, ai sensi dell'art. 28, comma 2, del d.lgs. n. 346 del 1990, alla presentazione della dichiarazione di successione, è tenuto, ai sensi dell'art. 36, commi 3 e 4 del d.lgs. n. 346 del 1990, al pagamento del relativo tributo, nei limiti del valore dei beni ereditari in suo possesso.*” (Cass. civ., sez. trib., 15/07/2009, n. 16428 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, p. 1093; Non si rinvencono precedenti in termini); “*In tema di successione "mortis causa", il r.d. 30 dicembre 1923 n. 3270, applicabile "ratione temporis", perché vigente all'epoca dell'apertura della successione "de qua", pur non contenendo una disposizione di tenore identico a quella di cui agli art. 36, ultimo comma, d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 637, e 28, comma 4, d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 346, riguardante la distribuzione dell'obbligo della dichiarazione di successione fra una pluralità di soggetti, consente - sulla base dell'art. 55 - di ritenere - al pari di quelle successive previsioni legislative - che, in caso di eredità giacente, la dichiarazione di successione da parte dell'erede non può considerarsi omessa quando un altro dei soggetti elencati in tale disposizione come disgiuntamente obbligato, con quello, alla presentazione (nella specie, il curatore dell'eredità giacente), l'abbia presentata; ciò, tanto più tenuto conto che la dichiarazione di successione a fini fiscali, presentata nel periodo di giacenza dell'eredità, ha natura conservativa ed è, pertanto, ai sensi dell'art. 460, comma 3, c.c., inibita al chiamato. Ne consegue che, cessata la giacenza dell'eredità, l'erede non ha un nuovo obbligo di presentazione della denuncia di successione e - di conseguenza - il potere dell'Amministrazione finanziaria ad esercitare la propria pretesa fiscale non è quello ventennale, di cui all'art. 86, n. 3, del r.d. n. 3270 del 1923, applicabile in caso di omessa presentazione della denuncia, ma quello triennale, di cui all'art. 86 n. 3, dello stesso r.d. n. 3270, decorrente dalla data di presentazione della dichiarazione (nella specie, effettuata dal curatore).*” (Cass. civ., sez. trib., 12/05/2003, n. 7252, in *Giust. civ. Mass.* 2003, p. 5).

¹³ Per un commento su questo istituto, v. M. MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, in *Riv. notariato*, 2003, 6, p. 1381 ss.

¹⁴ D. L. 31 maggio 2010, n. 78, conv., con mod., in l. 30 luglio 2010, n. 122 - Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica TITOLO III - SVILUPPO ED INFRASTRUTTURE - Art. 42 (*Reti di imprese*)

“*1. Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabilite le condizioni per il riscontro della sussistenza dei requisiti idonei a far riconoscere le imprese come appartenenti ad una delle reti di imprese di cui all'articolo 3, comma 4-ter e seguenti, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito,*



con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33. Forme, modalità e termini di presentazione delle richieste per il riconoscimento dell'appartenenza ad una rete di imprese sono stabilite con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

2. Alle imprese appartenenti ad una delle reti di imprese riconosciute ai sensi dei commi successivi competono vantaggi fiscali, amministrativi e finanziari, nonché la possibilità di stipulare convenzioni con l'A.B.I. nei termini definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988 entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

2-bis. Il comma 4-ter dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, è sostituito dal seguente:

"4-ter. Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve indicare:

a) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva;

b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi;

c) la definizione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile. Al fondo patrimoniale comune costituito ai sensi della presente lettera si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615 del codice civile;

d) la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo;

e) se il contratto ne prevede l'istituzione, il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto, l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di



innovazione previsti dall'ordinamento nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza;

f) le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo".

2-ter. Il comma 4-quater dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, è sostituito dal seguente:

"4-quater. Il contratto di rete è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari".

2-quater. Fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2012, una quota degli utili dell'esercizio destinati dalle imprese che sottoscrivono o aderiscono a un contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, commi 4-ter e seguenti, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, e successive modificazioni, al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare per realizzare entro l'esercizio successivo gli investimenti previsti dal programma comune di rete, preventivamente asseverato da organismi espressione dell'associazionismo imprenditoriale muniti dei requisiti previsti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, ovvero, in via sussidiaria, da organismi pubblici individuati con il medesimo decreto, se accantonati ad apposita riserva, concorrono alla formazione del reddito nell'esercizio in cui la riserva è utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite di esercizio ovvero in cui viene meno l'adesione al contratto di rete. L'asseverazione è rilasciata previo riscontro della sussistenza nel caso specifico degli elementi propri del contratto di rete e dei relativi requisiti di partecipazione in capo alle imprese che lo hanno sottoscritto.

L'Agenzia delle entrate, avvalendosi dei poteri di cui al titolo IV del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, vigila sui contratti di rete e sulla realizzazione degli investimenti che hanno dato accesso all'agevolazione, revocando i benefici indebitamente fruiti. L'importo che non concorre alla formazione del reddito d'impresa non può, comunque, superare il limite di euro 1.000.000. Gli utili destinati al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare trovano espressione in bilancio in una corrispondente riserva, di cui viene data informazione in nota integrativa, e sono vincolati alla realizzazione degli investimenti previsti dal programma comune di rete.

2-quinquies. L'agevolazione di cui al comma 2-quater può essere fruita, nel limite complessivo di 20 milioni di euro per l'anno 2011 e di 14 milioni di euro per ciascuno degli anni 2012 e 2013, esclusivamente in sede di versamento del saldo delle imposte sui redditi dovute per il periodo di imposta relativo all'esercizio cui si riferiscono gli utili destinati al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare; per il periodo di imposta successivo l'acconto delle imposte dirette è calcolato assumendo come imposta del periodo precedente quella che si sarebbe applicata in assenza delle disposizioni di cui al comma 2-quater. All'onere derivante dal presente comma si provvede quanto a 2 milioni di euro per l'anno 2011 mediante utilizzo di quota delle maggiori entrate derivanti dall'articolo 32, quanto a 18 milioni di euro per l'anno 2011 e a 14 milioni di euro per l'anno 2013 mediante utilizzo di quota delle maggiori entrate derivanti dall'articolo 38, commi 13-bis e seguenti, e quanto a 14 milioni di euro per l'anno 2012 mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 10, comma 5, del decreto-legge 29 novembre 2004, n. 282, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 dicembre 2004, n. 307.

2-sexies. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabiliti criteri e



modalità di attuazione dell'agevolazione di cui al comma 2-quater, anche al fine di assicurare il rispetto del limite complessivo previsto dal comma 2-quinquies.

2-septies. L'agevolazione di cui al comma 2-quater è subordinata all'autorizzazione della Commissione europea, con le procedure previste dall'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.”

“Con D.M. 25 febbraio 2011 (in G.U. n. 74 del 31.3.2011), sono stati individuati i requisiti degli organismi espressione dell'associazionismo imprenditoriale che asseverano il programma comune di rete, ai sensi del comma 2-quater, dell'art. 42 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

L'asseverazione rilasciata a norma del suddetto decreto costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti richiesti per la fruizione dell'incentivo fiscale di cui al comma 2-quater suindicato. L'asseverazione del Programma comporta la verifica preventiva della sussistenza degli elementi propri del contratto di rete e dei relativi requisiti di partecipazione in capo alle imprese che lo hanno sottoscritto.

Con Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate in data 14 aprile 2011, n. 31319 (Pubblicato sul sito internet dell'Agenzia delle entrate il 14 aprile 2011, ai sensi dell'art. 1, comma 361, della legge 24 dicembre 2007, n. 244), è stato approvato il modello di comunicazione contenente i dati per la fruizione dei vantaggi fiscali per le imprese appartenenti ad una delle reti d'impresa.

Con Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate in data 14 aprile 2011, n. 54949 (Pubblicato sul sito internet dell'Agenzia delle entrate il 14 aprile 2011, ai sensi dell'art. 1, comma 361, della legge 24 dicembre 2007, n. 244), è stata regolamentata la trasmissione dei dati relativi all'asseverazione del programma comune di rete.

Con Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate in data 14 aprile 2011, n. 34839 (Pubblicato sul sito internet dell'Agenzia delle entrate il 14 aprile 2011, ai sensi dell'art. 1, comma 361, della legge 24 dicembre 2007, n. 244), è stata disciplinata la comunicazione del possesso dei requisiti per il rilascio dell'asseverazione del programma di rete da parte degli organismi espressi dalle Confederazioni di rappresentanza datoriale rappresentative a livello nazionale presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro.

Con Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate in data 13 giugno 2011 (pubblicato nel sito internet dell'Agenzia delle entrate il 14 giugno 2011, ai sensi dell'art. 1, comma 361, della legge 24 dicembre 2007, n. 244), è stata definita la misura percentuale massima del risparmio d'imposta spettante con riferimento al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2010, ai sensi del punto 4 del Provvedimento in data 14 aprile 2011, prot. n. 31139.

Cfr. anche, sul punto, la Circ. Agenzia Entrate 14 aprile 2011, n. 15/E.”

Così in <http://www.gaetanopetrelli.it>.

L'argomento è di enorme attualità ed è oggetto di studi recenti, tra i quali si segnalano quelli presentati nel corso del convegno promosso dalla Fondazione italiana per il Notariato, *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa*, Roma, 25 novembre 2011, con relazioni in corso di pubblicazione di U. Tombari, *Il contratto di rete: accordo tra imprese o nuova forma associativa?*; M. Bianca, *Il regime patrimoniale delle reti*; F. Guerrera, *La governance nei contratti di rete*; M.N. Iannaccone, *La partecipazione al contratto di rete*; M. Maltoni, *Le prime esperienze contrattuali: la prassi applicativa*; A. Giannone - T. Tassani, *Il punto sulla soggettività tributaria*; G.A.M. Trimarchi, *Le c.d. riserve di rete: collocazione civilistica e agevolazioni fiscali*.

Si segnala, inoltre, lo studio n. 1/2011 del Consiglio Nazionale del notariato del 20 aprile 2011, redatto da M. Maltoni - P. Spada.



alla tecnica di imputazione dei rapporti nelle c.d. associazioni temporanee di imprese, malamente risolti col ricorso alla figura del mandato, cui si è ovviato col ricorso alla costituzione del consorzio.¹⁵

Ma un altro fenomeno sembra fare ingresso nel sistema e reclamare un ruolo di rilievo, passando attraverso un uso "dilatato" della soggettività, quasi "una proiezione di sé nell'altro": intendo alludere alle figure variegate dei negozi di affidamento fiduciario, anche a

¹⁵ "In tema di appalto di lavori pubblici, l'art. 23 bis l. 8 agosto 1977 n. 584, introdotto dalla legge n. 687 del 1984 (art. 26 d.lgs. n. 406 del 1991), ha la esclusiva portata di legittimare la società consortile nei confronti dell'ente appaltante nella esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto a carico dell'Associazione temporanea d'impresa, ma non ne comporta la sostituzione, sia perché la norma fa riferimento ad un "subentro" nella esecuzione totale o parziale del contratto e non ad una successione nel rapporto giuridico sorto con la convenzione con l'ente appaltante; sia perché la norma esclude in modo assoluto -"ad alcun effetto"- che ciò determini subappalto o cessione di contratto, tant'è che espressamente prevede che non siano necessarie autorizzazioni o approvazioni; sia, infine, perché permane la responsabilità delle imprese riunite, come regolata dall'art. 21 della legge n. 584 del 1977. Il regime dell'Associazione temporanea d'impresa è diverso da quello della società consortile, che sia stata successivamente costituita, facendo capo l'uno alla riunione d'impresa regolata dagli art. 17, 18 e ss. della legge n. 584 del 1977, nella quale si instaura tra la capogruppo e le altre un rapporto di mandato, gratuito ed irrevocabile (art. 20, comma 1, e 22 legge n. 584 del 1977, il cui tenore è stato trasfuso nell'art. 23, comma 8, d.lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, che ha attuato la direttiva comunitaria 89/440 in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e dalla cui entrata in vigore ha cessato di operare la legge n. 584) e l'altro (avuto riguardo al rinvio dell'art. 2615 ter c.c.) alle norme codicistiche consortili e societarie, per le quali la società consortile opera in forma fortemente aggregata, delibera con il criterio e le regole propri degli organismi associativi (e cioè con le maggioranze stabilite in relazione all'oggetto) ed è gestita attraverso organi che hanno poteri rappresentativi ed amministrativi ed assumono responsabilità nei confronti dei consorziati, secondo la generale disciplina dell'art. 2392 c.c. D'altra parte l'adozione, all'interno del fenomeno consortile, del modello organizzativo societario comporta necessariamente una scelta sul piano strutturale tra gli istituti di riferimento. Conseguentemente se anche al consorzio - nella sua forma più semplice - è possibile applicare il modello giuridico del mandato, nel momento in cui contrae con i terzi, considerato l'esplicito riferimento ad esso dell'art. 2609 cpv. c.c., sia pure con gli adattamenti in tema di responsabilità previsti dall'art. 2615 c.c., quel modello si appalesa impraticabile allorché si sia di fronte alla scelta della formula societaria, che con il mandato non ha alcuna affinità." (Cass. civ., sez. I, 04 gennaio 2001, n. 77, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1237 con nota di G. VIDIRI, *Associazioni temporanee di imprese, consorzi e società consortili nell'appalto di opere pubbliche*).



prescindere da quella del *trust*, che sembra avere assunto *leadership* teorica almeno pari alle sue difficoltà applicative nel nostro sistema.

Anzi, l'osservazione delle vicende più recenti sembra consigliare di trovare un fondamento reale e valoriale alle varie forme di affidamenti fiduciari ipotizzabili, che non può prescindere dalla ridefinizione dei confini della soggettività, all'interno dei quali vanno collocate le istanze, materiali e morali, in cui risiede il nucleo forte della soggettività.

Sembra profilarsi il bisogno della "TRANSUSTANZIAZIONE DELLA FIDUCIA", quale effetto riflesso del ricorso agli affidamenti fiduciari.

Lo schema dell'affidamento fiduciario contiene in sé un substrato di interessi, che coesistono dialetticamente [quello dell'affidante, dell'affidatario e dei terzi variamente (contro)interessati], trovando assetti diversi nella dinamica della relazione non predeterminabile in termini rigidi.

Il modello di negozio programmatico, aperto a coprire tutte le possibili varianti, risponde all'esigenza di consentire un equilibrio dinamico, progressivo e non definitivo, in relazione alle esigenze concrete.

Proprio per questo motivo, con l'introduzione nella prassi del tipo dell'affidamento fiduciario, entrano in crisi le categorie tradizionali (rappresentanza, proprietà, potere dispositivo), che ruotano attorno al baricentro teorico della soggettività stabile come centro di imputazione di interessi consolidati del sistema.

Si devono fare i conti con figure già note (*proprietà-funzione* e *proprietà funzionale*), ma si deve trovare una collocazione adeguata all'interno di "un nuovo modo di possedere", in cui la dicotomia tra proprietà e controllo si affianca a quella tra titolarità e legittimazione, specificandosi nelle varie modalità di appartenenza, rappresentate plasticamente nel



diagramma delle situazioni soggettive, digradanti da quelle a maggior contenuto “*reale*” a quelle a contenuto meramente “*obbligatorio*”.

Anzi, in un’architettura concettuale fedele alla realtà, le coppie dialettiche possibili sono quelle tra *titolarità* e *controllo*; tra *appartenenza* e *gestione*; tra *legittimazione a disporre* e *legittimazione a surrogare*.

Un ruolo nuovo di queste figure si delinea per un soggetto nuovo, che emerge connotandole e caratterizzandole in funzione della concretezza che va sempre più assumendo.

L’eclissi del contratto “*a soggetto indifferente*” schiude il panorama al ruolo preponderante dell’*intuitus personae*, quale *ratio* sottostante del rapporto, che si manifesta tanto nella fase genetica, quale giustificazione della scelta del soggetto affidatario e dello strumento regolatorio; quanto nella fase finale, quale causa di risoluzione del rapporto.

La forza dell’*intuitus personae* si manifesta nella giustificazione dell’apparenza sorretta dalla fiducia.

Si struttura, in tal modo, uno schema operativo modellato in funzione del grado di inerenza dei poteri conferiti, rispetto ai quali la verificabilità (circa l’*an* e il *quomodo*) del loro esercizio necessita di strumenti modulati in funzione del rischio di inadempimento: si spiegano così le figure di garante del contratto e le forme di pubblicità immobiliare cui esso è sottoposto.

In definitiva, attraverso il contratto di affidamento fiduciario si realizza una soggettività *dilatata* o *estesa* o *traslata*, che consente la transizione del modello dominicale verso un fenomeno “*paraproprietario*” nel quale diventano compatibili figure finora discusse, quali la proprietà temporanea e quella risolubile.



Proprio grazie al sapiente dosaggio del momento della titolarità con quello della legittimazione, visti nella loro correlazione, la fiducia diventa funzionale allo scopo di realizzare un interesse del disponente, che altrimenti resterebbe insoddisfatto, se si restasse nella sfera delle regole “*dominical?*” classiche, figlie di una concezione tradizionale della soggettività, forgiata in un contesto rigidamente individualistico.

Appare, invece, più coerente con l'intento divisato la costruzione di una figura di “*soggetto in fieri*” cui faccia capo una forma di “*proprietà progrediente e controllata?*” (Santoro Passarelli), che diventa piena alla fine del percorso attuativo del rapporto:

con riferimento ai beneficiari, al momento del trasferimento a loro favore;

con riferimento al fiduciario, la originaria legittimazione diventa titolarità, cioè proprietà piena, anche se talvolta limitata nel suo oggetto (perché riguarda solo il residuo dopo l'espletamento del compito assegnato); ovvero modificata nella sua oggettività materiale, se all'oggetto originario si è sostituito quello derivante dalla vendita o permuta, giustificata dall'esigenza oggettiva di perseguire il fine individuato nel contratto.

Tutto ciò avviene all'interno di un modello fiduciario “*strutturato?*”, in cui si va oltre la dimensione dell'astrattezza del potere gestorio, ma si delimita il campo alla sfera della “*discrezionalità razionale?*”, comunque scrutinabile alla luce del principio di buona fede.

Il fenomeno negoziale dell'affidamento fiduciario sembra muoversi lungo lo spartiacque tra la soggettività e l'oggettività giuridica, poiché gravita attorno ad un nucleo di situazioni giuridiche soggettive, che si giustificano in funzione dello scopo prevalente perseguito, che determina il soggetto che ne è titolare; anzi, esse assumono un grado di autonomia, che le colloca in posizione di indipendenza dalle vicende specifiche di chi ne è titolare occasionale.



La funzione sembra prevalere sulla identità del titolare, fino al punto da evocare l'immagine del “*diritto senza soggetto*”.¹⁶

Anzi, l'idea stessa di soggettività, come tradizionalmente intesa, viene revocata in dubbio e appare superflua o una superfetazione antropomorfa; viceversa, si accredita anche in questo caso la figura della “*soggettività contingente o funzionale*”, che fa da *pendant* rispetto alla “*oggettività negoziale*” come risulta scolpita nelle clausole del negozio.

Sotto entrambi i profili, soggettivo e oggettivo, si assiste alla progressiva emancipazione dal criterio strutturale a tutto vantaggio della dimensione teleologico-funzionale, della quale la scelta destinataria è il fulcro essenziale.

La natura programmatica del comportamento oggettivamente orientato, nel quale si sostanzia l'atto di destinazione, modifica i parametri della soggettività e dell'oggettività giuridica, che assumono significato solo con riguardo allo scopo cui tendono.

In questo senso, si può dire che il negozio di affidamento fiduciario acquista latitudine potenziale di impiego e supera i limiti costrittivi della figura del *trust*, dovuti alla profonda eterogeneità dei diversi modelli ordinamentali e culturali; così come si emancipa dai requisiti necessari per la configurazione dell'atto di destinazione *ex art. 2645 ter*.

La flessibilità del modello negoziale e la sua capacità di adeguamento alle regole del sistema, sfruttando le possibilità offerte dalla tecnica redazionale nei limiti dell'art. 1322 c.c., consentono di andare oltre i *fines conclusi* di figure contrattuali tipiche, ma restando all'interno delle regole generali del sistema.

¹⁶ E' la fortunata espressione utilizzata da R. Orestano (*Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, Jus, II, 1960, p. 149 ss.), per indicare non solo un'ipotesi concreta, ma anche un criterio ricostruttivo nell'indagine sulla soggettivazione delle situazioni giuridiche.



Infatti, uno dei motivi di difficoltà di penetrazione del modello del *trust* nel nostro orizzonte operativo è stato il timore che esso collidesse con i principi in tema di responsabilità patrimoniale generale (art. 2740 c.c. e altre norme correlate) e di successione necessaria *mortis causa*.

Questa prospettiva positiva del negozio di affidamento fiduciario non deve, però, eludere o ignorare i problemi possibili:

esso, talvolta, è un contratto di trasferimento “*ad oggetto variabile*” e “*corrispettivo variabile*”;
assume natura aleatoria, e forse anche per questo motivo sfugge all’azione di riduzione da parte dei legittimari;

pone il problema della garanzia ipotecaria (legale o volontaria) pari al valore del bene trasferito, a tutela dell’effettività del perseguimento del fine;

espone al sospetto che il diritto di ritenzione dell’esubero possa celare un patto commissorio;

sconta il problema della coerenza e rilevanza del regime patrimoniale dell’affidatario, qualora esso sia in regime di comunione legale;

e, in quest’ultimo caso, impone di esplicitare nell’atto che la natura del trasferimento *intuitu personae* esclude il bene della comunione, ma onera le parti alla stipula in presenza del coniuge del fiduciario, che renda la dichiarazione *ad excludendum*;

consente di ipotizzare un acquisto (eventualmente, in comunione legale) solo su ciò che residua, dopo che il fiduciario abbia integralmente adempiuto il programma e sia previsto espressamente il diritto a ritenere l’esubero.

Ma la vicenda si presta a considerazioni con riguardo ad un ambito di rapporti operanti su territori apparentemente distanti.



La lunga marcia *dalla collaborazione alla immedesimazione* ha progressivamente interessato modelli diversi da quelli facenti capo a forme strutturate di soggettività: senza pervenire alla forma organica societaria, si è, infatti, parallelamente utilizzato il mandato *mea et tua gratia*.

Il meccanismo è stato introdotto con la l. n. 584 dell'8 agosto 1977 e s.m.i., che – agli art. 20-23 – ha previsto il modello dell'associazione temporanea di imprese, realizzato mediante lo strumento del mandato, divenuto alternativo rispetto all'atto costitutivo di società o di associazione. Ciò ha comportato più vantaggi:

il primo, quello di aderire alle esigenze pratiche connesse alle peculiarità di ciascun soggetto partecipante, senza integrale coinvolgimento nelle reciproche vicende imprenditoriali e senza la necessità di creare un nuovo soggetto;

il secondo, quello di evidenziare un centro di imputazione di interessi nuovo e diverso da quello delle parti del rapporto di mandato, capace anche di sopravvivere alle eventuali vicende estintive di una di esse (v. art. 23, morte dell'imprenditore o fallimento dell'impresa mandante o mandataria);

il terzo, quello di consentire la scelta, eventuale e successiva, sia di formalizzare il mandato alla capogruppo dell'ATI (art. 22, 3° comma), sia di procedere alla successiva costituzione di una società *ad hoc*, ma solo dopo aver avuto la certezza della aggiudicazione dell'appalto.

Questa flessibilità del modello ha arricchito le potenzialità del mandato, la cui rilevanza sotto il profilo dell'*intuitus personae* non si coglie solo all'interno, ma anche all'esterno: nel caso di fallimento dell'impresa mandataria o di morte dell'imprenditore, a norma dell'art. 23, I comma, è rimessa al gradimento della stazione appaltante la possibilità di proseguire il rapporto di appalto.



Come si vede, anche nell'area pubblicistica si è scelto un modello privatistico di collaborazione negoziale, lasciando ai singoli privati la scelta circa la loro articolazione interna (entità della partecipazione all'ATI, riparto dei lavori), con l'unico limite del possesso dei requisiti minimi per contrarre con la P.A. per quel tipo di lavori e per quegli importi. Comunque, a prescindere dall'entità della partecipazione all'ATI, i singoli componenti hanno piena autonomia e parità contrattuale.

Il fenomeno della collaborazione ed integrazione operativa tra imprese si è arricchito di un modello nuovo, quello delle *reti di imprese*, introdotto con il comma 4-ter dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, come modificato dall'art. 42, comma 2-bis del d.l. n. 78 del 31 maggio 2010, conv. con mod. in l. 30 luglio 2010, n. 122.

Come è possibile desumere dalla lettura delle regole essenziali contenute nella disciplina citata, la soggettività della "*rete di impresa*", pur se contestata, si coglie agevolmente nelle sue manifestazioni essenziali (comunione di scopo, organizzazione interna, patrimonio comune, disciplina fiscale), senza però sfociare nella esplicita formulazione di un nuovo modello societario, che assorba l'individualità della singola impresa partecipante, bensì mantenendo il doppio profilo della soggettività del singolo imprenditore e della "*rete*".

Rispetto alla consueta articolazione in senso verticistico, il fenomeno della soggettivazione della "*rete di imprese*" si sviluppa in senso orizzontale e ne valorizza le diversità e la capacità di integrazione imprenditoriale, anche con riferimento alla dimensione territoriale in cui esse operano.

Come si vede, è stato coniato un modello a struttura variabile, collocabile ad un livello intermedio tra lo schema associativo e quello societario, esaltando le ragioni della stabilità



dell'assetto ed oggettivando il rapporto, non connotato da elementi fiduciari, ma da fattori oggettivi, afferenti alla natura e modalità dell'attività imprenditoriale svolta.

Nel caso dell'affidamento fiduciario, invece, quando l'atto è strutturato con la figura del garante, esso assume una forma più articolata, perché all'interno della sfera di attività giuridica del fiduciario si colloca un soggetto fornito di poteri di verifica e/o scelta, variamente articolati. Sembra profilarsi il modello dell'atto complesso asimmetrico, come sono tutti quelli la cui efficacia è subordinata all'esito positivo del controllo svolto da un soggetto terzo: ciò vale nel diritto civile per l'inabilitato o l'emancipato, ad es.; ovvero, nel diritto amministrativo per tutti gli atti soggetti a controllo preventivo di legittimità e/o di merito.

Nella figura del garante si coglie la prevalenza della funzione, cioè dell'ufficio di diritto privato, poiché il potere di controllo è conferito nell'interesse altrui (fiduciante e beneficiari) ed è esercitato in nome proprio.

L'elemento che crea un collegamento sotterraneo, ma importante, tra le ipotesi qui considerate è dato dal fatto che in tutte si costituisce un centro nuovo ed autonomo di imputazione di interessi e di effetti, sia economici che giuridici.

Non a caso è stata proprio la legislazione fiscale a fornire gli spunti positivi per la configurazione della soggettività giuridica, quale presupposto logico della capacità impositiva passiva.

La transizione della ricchezza da un punto all'altro del sistema avviene o direttamente o mediamente, utilizzando un veicolo giuridico (un mandatario, ovvero un ente-mezzo): in ogni caso, è da verificare se la traslazione mediata sia fiscalmente neutra o qualificata. In questo secondo caso, l'imponibilità presuppone la soggettivazione del rapporto e la



soggettività fiscale diventa la prima linea di attenzione del sistema giuridico verso profili di rilevanza, che assumono autonoma consistenza: le vie di accesso alla soggettività sono varie e variamente tracciate sotto la pressione degli interessi sottostanti.

Ancora una volta le ragioni del realismo oggettivo, quale criterio metodologico, si affermano sul formalismo, che sembra affidare la genesi e le regole della soggettività a criteri normativi astratti, che sopraggiungono quando il fenomeno reale è conclamato e ineludibile: non lo creano, caso mai, lo regolano.

Come si vede, si tratta di alcuni profili emergenti (e qui solo accennati) di problematiche relative alla coniugazione di schemi nuovi e regole antiche e stabilizzate: esercizio affascinante e vitale, per dare un senso alla ricerca di soluzioni nuove a problemi presenti nel nostro sistema.

Su un terreno diverso si è aperto un dibattito dagli esiti non ancora prevedibili, nel caso di cancellazione delle società dal Registro delle imprese.¹⁷

Nella successione di sentenze tra loro contraddittorie, nell'ultimo triennio si coglie la ragione della controversia sulla diversa rilevanza (interpretativa o innovativa) da attribuire all'art. 2495 c.c., come risultante dopo la riforma, introdotta a norma dell'art.4 del D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, entrata in vigore il 1° gennaio 2004.

¹⁷ Ne è indizio eloquente l'altalenata di decisioni, nonostante il fatto che le S. U. della Corte di Cassazione, con le tre sentenze coeve del 22 febbraio 2010 n. 4060, 4061 e 4062 avessero prescelto un indirizzo univoco sul punto della efficacia della cancellazione delle società successiva al 1° gennaio 2004 (su quelle sentenze, v. Clem. MAZZÙ, *Variazioni sul tema della soggettività giuridica: la cancellazione delle società*, in *Notariato*, 2010, n. 4, p. 379). Infatti, si sono succedute decisioni di tenore diverso, originate dalla peculiarità di fattispecie {ad es., la cancellazione della cancellazione, [sulla quale v. Cass. S.U., 9 aprile 2010, n. 8426, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 735 ss., con nota di P. CRISCUOLI e G. GRIMALDI, *La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive)*, p. 739 ss.], ovvero dalla netta presa di distanza dal precedente orientamento, come in Cass. civ., sez. II, ord. 4 maggio 2011, pres. Trifone, rel. Scarano, con parere difforme del p. m. Velardi, in *Guida al diritto*, 2011, n. 31, con nota contraria di M. FINOCCHIARO}. La questione sembra tutt'altro che archiviata e sarà interessante seguirne gli sviluppi futuri.



Il nodo centrale da sciogliere è quello della determinazione del *dies a quo* per il calcolo del termine per l'esperibilità della domanda di fallimento della società cancellata, ferma restando la responsabilità dei soci, nella misura prevista dal secondo comma dell'art. 2495 c.c.

La fattispecie così delineata nella fase interinale appare significativa sotto due profili:

quello soggettivo, perché individua un modello di efficacia estintivo-affievolitiva della cancellazione, con una variante riconducibile alla graduazione della soggettività delle società di persone;

quello oggettivo, perché delinea i tratti di un patrimonio destinato (le sole somme riscosse dai singoli soci in base al bilancio di liquidazione), funzionale allo scopo di gestire la transizione dopo la cancellazione della società, che ne comporta l'estinzione, ma senza pervenire all'esito esiziale del suo fallimento infrannuale. In quest'ultimo caso, infatti, il patrimonio fallimentare è per legge devoluto allo scopo primario di soddisfare i creditori, secondo le regole della *par condicio* e nel rispetto dei criteri prelazionari.

Proprio questa precarietà e contraddittorietà delle decisioni è indizio di una subordinazione delle costruzioni dogmatiche ad esigenze pratiche, sicché anche concetti come la soggettività giuridica, che avrebbero dovuto resistere alla forza di attrazione della ragion pratica, ne subiscono l'effetto distorsivo.

Si profila così un'altra ipotesi di soggettività contingente, funzionale al limitato fine di consentire la transizione della società verso la definitiva cessazione dei suoi rapporti pregressi e nel senso della chiusura fisiologica (con pagamento delle passività e riparto tra i soci dell'attivo eventuale) o patologica (col fallimento infrannuale o con la domanda di pagamento ai soci nei limiti di quanto abbiano riscosso).



In entrambe le prospettive si staglia il profilo di una soggettività qualitativamente diversa rispetto a quella precedente, perché non autonomamente espressiva di valori esistenziali propri, ma strumentalmente concepita, quasi un'immagine sbiadita e degradata, in funzione di interessi altrui (i creditori eventualmente insoddisfatti). Quest'uso della soggettività individuata dal legislatore "*quoad effectum*", subisce le deviazioni degli schemi, che assumono una rappresentazione "*a geometria variabile*", se visti con riferimento alla dimensione spaziale; e "*contingente*", se visti in funzione del tempo.¹⁸

Ambedue le prospettive, spaziale e temporale, denunciano la matrice convenzionale e la relatività del fenomeno e si giustificano solo individuando nel territorio (presunto compatto e uniforme) degli interessi fratture ed interstizi, in cui si insinuano bisogni non conclamati e non ancora assurti al rango di valori definitivi.

In tutti questi casi, ognuno dei quali merita un approfondimento tematico, sembra profilarsi una dialettica di schemi (ma, ancor prima) di valori, rispetto ai quali il ruolo dinamico (costitutivo o estintivo) della "*soggettività contingente*" è possibile grazie allo strumento negoziale.

¹⁸ Attingendo ad esperienze culturali e problematiche di schietto stampo politico, sembra di poter parafrasare P. INGRAO (*Volevo la luna*, Torino, 2006, p. 315): "***Il soggetto contemporaneo è un farsi del molteplice: l'incontro fluttuante di una pluralità compressa che costruisce e verifica il suo volto nella lotta. Il frazionismo è paradossalmente necessario per la crescita di un'unità reale di classe e di popolo, per superare la repressione del volto dell'esistere***". (p. 337): "*tale fu l'intreccio e l'ambiguità delle cose. E – punto cruciale – nell'assemblea di fabbrica intervenivano tutti: anche i non iscritti al sindacato. E con potere di voto. E quell'intreccio mi sembrava illuminante sul processo in cui si formava e si articolava nella molteplicità del suo divenire, il complesso soggetto sociale eversore e innovatore. La rivoluzione non era nell'insorgenza – eroica e geniale – di una avanguardia illuminata, ma la costruzione multipla ed articolata di una soggettività polimorfa*".



Come si vede, la materia di indagine è enorme ed i quesiti posti appaiono di ardua soluzione: averne individuato l'esistenza è già un dato importante.

L'opportunità del collegamento con un'indagine sul fenomeno multiforme della separazione patrimoniale agevola la ricostruzione sistematica, poiché rafforza i nessi tra fattispecie apparentemente lontane.

La considerazione contestuale dimostra:

che le distanze effettive tra istituti operanti in aree diverse sono molto inferiori a quelle immaginate e misurate con il metro tradizionale;

che la contiguità e continuità dei fenomeni concreti induce a superare i confini formali ed a verificare le realtà sostanziali;

che la dinamica dei concetti indebolisce presunti dogmi e prepara modelli nuovi.

Lo sforzo teorico da compiere, individuando nuovi modelli di soggettività, è quello di non disperdere e di valorizzare, affermandone le conseguenze applicative, i valori del pluralismo, per renderli idonei a costituire una chiave di lettura moderna del nuovo sistema.

Osservando il fenomeno da più angolazioni, resta il dato costante che il sistema italiano si dibatte nella crisi delle categorie giuridiche tradizionali: soggetto, oggetto, contratto, proprietà.

Tornando alle osservazioni iniziali, diventa prioritaria l'esigenza dell'aggiornamento linguistico, ancor prima di quello normativo, sicché si può concludere che *“l'immagine del linguaggio che i risultati di queste ricerche ci consegnano è molto diversa da quella, ancora dominante, di un sistema linguistico modulare chiuso, indipendente e disincarnato, che manipola rappresentazioni simboliche amodali.”*¹⁹

¹⁹ V. GALLESE, *Rivista di Psicoanalisi*, 2007, LIII, 1, pp. 197-208.



Il punto di partenza dell'analisi, condotta seguendo un filo conduttore auspicabilmente coerente, è sempre stato e resta la dimensione umana del fenomeno giuridico, col suo vissuto di valori ed esperienze, rispetto ai quali gli istituti giuridici, in mano al giurista accorto, capace di operare in sintonia con i tempi, sono solo uno strumento: variabile, multiforme, multiuso, duttile.

Questo sembra il compito del legislatore interno e l'oggetto della ricerca del futuro prossimo venturo, cioè il compito storico di una generazione di giuristi moderni e consapevoli.