

SAGGIO FUSARO NUMERO 1

27/04/2017

Rapporto tra stranieri e italiani e lavoro dei giuristi che devono accompagnare gli stranieri in Italia, o l'italiano che va a vivere o a lavorare all'estero per capire gli intrecci delle legislazioni. I false friends si nascondono ovunque: esempio del cavallo. Nel momento in cui il giurista italiano si trova ad avere a che fare con lo straniero il primo problema da affrontare è la mediazione culturale e linguistica, prima ancora che giuridica. Oggi la libera circolazione delle persone all'interno dell'UE fa sì che si incontrino culture che fino a qualche decennio fa erano assolutamente lontane. Le maggiori difficoltà dipendono nel momento in cui ci si incontra con culture molto lontane dalle nostre, tipo l'Africa o l'Oriente, sono persone che si portano dietro un contesto sociale e culturale talvolta inimmaginabile. L'immigrazione è l'arena delle pretese, perché i soggetti che si spostano hanno le pretese che le loro tradizioni vengano rispettate. Si pensi al velo musulmano che si scontra con le nostre regole di sicurezza pubblica. Nondimeno sarebbe assurdo privare lo straniero dei propri diritti. A prescindere da questi aspetti personali l'attenzione deve spostarsi sugli aspetti civilistici, in particolare della contrattazione. Ci sono studi che evidenziano come a partire dagli anni 2000 sia cresciuto esponenzialmente il numero di stranieri che sono intervenute in compravendite immobiliari. Nel 2004 il 12% degli immobili comprati in Italia era da stranieri. Questi studi dicono che il 73% delle donne straniere ha trovato lavoro in Italia, quindi contratti di lavoro, contratti di affitto, forse mutui,. In questi casi il professionista che è chiamato a rapportarsi con cittadini stranieri è il notaio, perché è colui che ha l'esclusiva in materia immobiliare. È il primo professionista che si scontra con tutte le difficoltà che si porta dietro l'essere straniero: l'accertamento della capacità di agire dello straniero, individuazione dei rapporti patrimoniali. Sempre il notaio è chiamato a rapportarsi con lo straniero anche in materia successoria. In questi casi la prima regola è quella della reciprocità, si riconoscono allo straniero gli stessi diritti che la nazione di quello straniero riconosce al cittadino italiano. Quindi il primo problema è individuare ciò. La seconda difficoltà è quella dell'identificazione dello straniero, per esempio si pensi alla questione del cognome: ci sono ordinamenti in cui si trasmette il patronimico, altri in cui i figli adottano il cognome della madre, ordinamenti in cui i figli possiedono entrambi i cognomi, ordinamenti nei quali la donna perde il cognome da nubile nel momento in cui si sposa con il marito (es. America). L'identificazione dello straniero passa anche attraverso l'identificazione della capacità di agire: qual è la maggiore età negli ordinamenti? Ulteriori difficoltà dipendono dall'individuazione dello status del soggetto, coniugato o meno: non tutti gli ordinamenti prevedono gli stessi requisiti per accertare che ci sia stato un matrimonio, per esempio è segnalato il caso deciso poi dai giudici italiani di due pakistani che seguendo la tradizione del loro paese si erano telefonati, e

per telefono si erano sposati, si erano scambiati le frasi di rito, e poi pretendevano di essere riconosciuti come coniugi in Italia. Non riuscivano a capire loro di non essere sposati, mentre in Italia si faceva fatica ad accettare che fossero sposati. La prima difficoltà è quella di capire se il matrimonio è valido per l'ordinamento di appartenenza di quei soggetti, e in seconda battuta se possiamo noi riconoscere quel matrimonio celebrato all'estero. Il problema si pone anche nel caso di matrimoni musulmani, nel caso in cui si hanno più coniugi, in Italia dovrebbe valere solo il primo, ma si scontra con la lex loci, perché prevede che si rispetti i requisiti che rendono valido il matrimonio nell'ordinamento di appartenenza, ma ciò si scontra con il nostro principio che vieta la poligamia. Difficoltà emergono nel momento dello scioglimento del matrimonio: si pensi alla tradizione musulmana in cui il matrimonio si scioglie per il ripudio. Si pensi a quegli ordinamenti della tradizione musulmana in cui il padre ha la potestà sui figli, mentre in Italia i figli sono entrambi sottoposti alla responsabilità genitoriale di entrambi, quindi la madre deve intervenire in atto o no? Stessi problemi si fondano sul tema della filiazione, con norme relative all'adozione o all'affidamento dei figli, come fare a capire le norme che prevedono l'affidamento dei figli spettati a un solo genitore e capire se siano accettabili dall'ordinamento italiano. Si pensi a due coniugi italiani che si trasferiscono in Germania, si sposano e per la Germania sono automaticamente assoggettati alla partecipazione differita agli acquisti. Quando vengono in Italia e acquistano un bene cosa accade? Le difficoltà ci sono anche relativamente ai documenti degli stranieri, si pensi alle formalità richieste in Italia per redarre un testamento. Se già ci sono problemi per gli italiani, si pensi agli stranieri. Si racconta di un caso in cui un pakistano aveva stipulato negli anni 90 a Milano un contratto di mutuo, e al momento di sottoscrivere il contratto aveva chiesto al funzionario della banca di vendergli al penna perché secondo la sua religione non poteva pagare interessi sul denaro, e quindi se compor la penna è come se gli interessi dovuti sono stati utilizzati per comprare la penna. Tutte le difficoltà che vediamo a livello astratto sembrano astratte, ma emergono a livello concreto nel momento in cui ci sono questi incontri, e siamo in un momento culturale e sociale in cui c'è una fortissima possibilità di incontro tra varie culture.

SAGGIO FUSARO NUMERO 2^[1]_[SEP] Autonomia organizzativa degli associati in Italia e in Francia

Autonomia organizzativa degli associati = quali sono gli spazi di libertà riconosciuti ai membri di un'associazione. Se costituiamo un'associazione noi membri che l'abbiamo costituita cosa possiamo fare? La domanda può sembrare astratta ma nasce da un'esigenza molto concreta. Quando più soggetti si mettono insieme per svolgere qualcosa si interrogano sulla forma societaria; però la normativa in materia di società è spesso stringente, e quindi può risultare utile ripiegare su un ente come l'associazione per il quale in nostro codice civile spende pochissime parole. Se per le società il codice civile dedica moltissimi articoli, disciplinando in maniera dettagliata tutte le situazioni, in materia di associazioni e fondazioni

il nostro codice ha una normativa davvero scarsa. Si può dire che questo dipende dal fatto che il modello lo ha costituito il code francese che nel momento in cui ha stabilito che era contraria a tutte le organizzazioni intermedie perché sfuggivano al controllo statale, e quindi il nostro ordinamento ha in origine dedicato poche norme alle associazioni. Ciò significa che gli associati hanno molta autonomia? La Francia ha costituito il modello per l'ordinamento italiano, guardiamo che tipo di autonomia è riconosciuta in Francia e che autonomia in Italia. Quando si parla di associazione si possono intendere tre cose:

1. associazione come rapporto tra associati; ^[1]_[SEP]
2. associazione come specie del genere più ampio degli enti a base associativa, tipo società, consorzi, cooperative; ^[1]_[SEP]
3. associazione considerata come genere essa stessa di altre specie. ^[1]_[SEP]

Se si vuole studiare il margine di autonomia degli associati, bisogna guardare al primo aspetto: se guardiamo all'associazione ponendola in raffronto con gli altri enti associativi, emergono alcune peculiarità che devono essere prese in considerazione, per esempio il divieto di distribuire utili che si può fare nelle società ma non nelle associazioni. Ma l'associazione si distingue anche dalla comunione, perché mentre nella comunione i soggetti sono ciascuno titolare di una quota, nel caso di associazione la titolarità dei beni non è dei singoli beni ma dell'ente. Ci sono certe associazioni nelle quali le cariche sociali devono essere rivestite gratuitamente, altre in cui possono essere remunerate: le associazioni di volontariato non forniscono compensi ai soci che prestano la loro attività. L'associazione non appartiene né all'ambito societario né all'ambito della comunione. Matrice storica □ abbiamo mutuato anzitutto la disciplina da quella francese che storicamente era contraria alle formazioni intermedie, quindi nel code non si trovano assolutamente tracce di associazioni e fondazioni, quindi il code civil rinnega gli enti, le persone giuridiche; nondimeno il code prevedeva accordi tra soggetti. Il code civil rinnega le associazioni non prevedendo una normativa a proposito di quelle, rinnega gli enti ma ammette gli accordi tra più soggetti e per questi accordi fa rinvio alle materie di obbligazioni e contratti, formalmente non troviamo la disciplina però i contratti stipulati dai soggetti per il perseguimento di un'attività comune vengono comunque riconosciuti validi come contratti atipici regolati secondo la disciplina dei contratti e delle obbligazioni, esiste infatti il contratto di associazione, che è pienamente vincolante. Al difetto di entificazione, quindi di un riconoscimento di una personalità a quel contratto di associazione, si cercava di ovviare con la creazione di statuti molto attenti, nel quale si regolavano tutti gli aspetti. Formalmente non c'è un riconoscimento ma a livello sostanziale si riconosceva la possibilità di avere uno statuto preposto alla regolazione di quelle attività. Questa organizzazione è durata dal 1804 al 1901, poi il legislatore francese introduce una legge sulle associazioni nel 1901, viene riconosciuta la validità di queste

formazioni intermedie, e la disciplina è imperniata sull'esclusione del perseguimento del lucro, quindi le associazioni non possono perseguire uno scopo di lucro, riservato solo alle società, e il rinvio alla loro disciplina alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti. La legge del 1901 non prevede nulla in materia di ordinamento interno, l'unica regola che inserisce è quella relativa al recesso, quindi la possibilità dell'associato di staccarsi da quel rapporto che viene disciplinata nella sola ipotesi in cui il contratto di associazione sia stipulato in maniera illimitata.

In quegli stessi anni vede la luce il BGB che è caratterizzato da un'analiticità superiore rispetto a quella del code, anche in materia di enti intermedi, tant'è che il BGB prevede una disciplina di associazioni e fondazione che è molto più specifica, perché ci sono norme sulla sede, sulla rappresentanza, ai diritti elettorali, alla responsabilità dei soggetti che rivestono cariche all'interno dell'ente, il diritto di recesso e le modalità di scioglimento, quindi una disciplina chiara e completa. Il nostro codice del 42 ha preso spunto dall'ordinamento francese ma anche dal BGB perché noi abbiamo norme scarse che però prevedono tutti questi aspetti: per le associazioni non riconosciute abbiamo mutuato il modello francese mentre per le associazioni riconosciute abbiamo preso spunto dal BGB che è più analitico. Il fatto che l'ordinamento francese nulla preveda a riguardo dell'ordinamento interno di una associazione può farci pensare che gli associati siano liberi di fare tutto ciò che vogliono? No, quindi l'autonomia privata non è del tutto sovrana in Francia, perché nel momento in cui è prescritto il rinvio ai principi generali in materia di contratto e obbligazione si ritiene che questo rinvio involga le regole che la disciplina del contratto e dell'obbligazione prevede ad esempio in materia di consenso, capacità e forma. Ciò ha comportato che dal 1901 in poi, gli associati che si sono messi insieme hanno preso a redigere statuti che indicassero in maniera analitica quali fossero i requisiti necessari per l'ordinamento interno dell'associazione. A poco a poco è invalsa l'abitudine di inserire negli statuti norme e regole per regolamentare la burocrazia interna, tipo quali sono le forme per convocare l'assemblea, quali sono i requisiti perché l'assemblea degli associati voti validamente, quali sono i tempi per manifestare il proprio assenso o dissenso su una decisione. Questo comporta degli scontri e quindi il ricorso ai giudici che hanno di volta in volta creato il precedente, quindi sulla base delle decisioni emesse dal giudice su una vicenda, gli associati hanno cominciato a modificare i propri statuti, quindi a poco a poco la libertà associativa ha cominciato ad avere valore costituzionale. Il fatto che ci sia libertà di associazione non implica che ci sia una autonomia assoluta nell'associazione. Sono state create associazioni che perseguivano scopi di pubblica utilità che chiedevano sovvenzioni statali, a poco a poco si è instaurata la necessità che queste associazioni richiamassero nei loro statuti degli standard, che siano costituite sulla base di standard, con un'ingerenza dello stato sempre maggiore, riducendo l'autonomia degli associati, questi statuti devono poi passare al vaglio del consiglio di stato, quindi le associazioni di pubblica utilità ricevono sovvenzioni, e poi sono assoggettate al vaglio del consiglio di stato, negli anni 70 in Francia si è proposta una riforma sul diritto delle

associazioni che modificasse la legge del 1901, ma questa proposta non è andata a buon fine, quindi il cardine è sempre la legge del 1901. Ciò per il fatto che comunque la legge del 1901 lascia comunque un grande margine di autonomia per scrivere il contratto come preferivano, quindi si pensava che ciò potesse eliminare la libertà degli associati.

Italia □ le norme in materia di associazione sono contenute nel libro primo, nella prima decina di articoli. È una disciplina scarsa, più complessa per le associazioni riconosciute ma comunque scarsa, un grandissimo ruolo lo hanno avuto la dottrina e la giurisprudenza che hanno di volta in volta colorato gli ambiti di autonomia degli associati. Attenzione preservata su associazioni che potevano anche essere pericolose nei confronti dell'associato, tipo partiti o sindacati. La nostra costituzione riconosce il diritto di associarsi come diritto fondamentale, anche nel nostro caso l'associazione opera forti richiami ad altre discipline, in particolare a quella della società, e ci sono anche elementi in comune con la proprietà, quindi possiamo dire che da noi vince l'analogia. Gli interpreti sono costretti ad operare interpretazioni analogiche. Il principio fondamentale che vige in Italia è la libertà quindi diritto di aderire e di non aderire. La corte costituzionale si è pronunciata dichiarando nulle le clausole che escludono per intero la possibilità dell'associato di recedere o che rendano oneroso in maniera abnorme questo diritto di recesso, l'onerosità non deve essere eccessivamente onerosa. Il nostro legislatore è intervenuto in maniera importante:

1. introduzione della liceità delle fondazioni bancarie; ^[1]_[SEP]
2. introduzione delle no-profit; ^[1]_[SEP]
3. introduzione delle ONLUS: organizzazioni non lucrative di utilità sociale. ^[1]_[SEP]

Conclusione □ la possibilità di più soggetti di mettersi insieme è cresciuta nel tempo perché inizialmente l'autonomia degli associati era pari a zero, poi la realtà ha portato l'esigenza di disciplinare questo diritto. C'è stata un'evoluzione manifestatasi con una lenta e graduale tipizzazione di segmenti, per lasciare spazio all'autonomia privata si è deciso di non inserire una molteplicità di norme, dando la possibilità di riferirsi per analogia a materie simili. È una materia in cui i principi generali sono padroni, e questa è una tendenza con radici molto lontane. Alla domanda di coloro che chiedono l'ammodernamento del primo codice civile con riguardo agli enti, un'ipotesi di risposta è sì di intervenire pure, ma in questo caso la maggiore autonomia è accordata dove ci sono poche norme. Pochi interventi specifici che garantiscano comunque l'autonomia degli associati.

SAGGIO FUSARO N 3^[1]_[SEP]Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni

Le organizzazioni intermedie erano malviste nella Francia dell'800 mentre in BGB nel 1900 aveva soffermato l'attenzione su questi enti. Proprio la Germania nella seconda metà degli anni 90 pone l'attenzione sulle fondazioni, parallelamente ad uno studio degli stati uniti dedicato allo stesso tema. Se la Francia e l'Italia rimangono indietro sotto questo punto di vista, Germania e Usa vanno parallelamente anche in questo campo. L'ordinamento italiano alle fondazioni dedica pochi articoli e se ne deduce che per l'Italia la fondazione è un ente con personalità giuridica che viene dotato dal fondatore di un complesso di beni, quindi di un patrimonio, per il perseguimento di uno specifico scopo. Il nostro codice non specifica cosa si intende per specifico scopo, però fondamentalmente si tratta di un ente titolare di un patrimonio, costituito da un soggetto attraverso testamento o da un atto costitutivo e ha la caratteristica di perseguire uno scopo senza che il soggetto fondatore sia implicato in questa attività. Il fondatore può dare direttive specifiche anche per l'adempimento dello scopo, però egli può benissimo non far parte degli organi che poi prenderanno parte all'attività della fondazione. Da un lato non è titolare del patrimonio trasmesso a questo ente, dall'altro tiene un forte potere perché può di volta in volta nominare gli amministratori secondo le linee guida che ritiene più opportune. I beni messi a disposizione della fondazione non appartengono più al fondatore, quindi non sono attaccabili dai creditori, ma mantiene dei poteri ingenti nei confronti della stessa fondazione. L'interesse da parte della Germania e degli Usa e nei confronti della duttilità di questa fondazione, si sono resi conto che l'istituto della fondazione esisteva in tutti gli ordinamenti però con caratteristiche ben specifiche diverse da un ordinamento all'altro, le fondazioni tendono ad essere di pubblica utilità quindi scavalcano il confine nazionale, e quindi si cerca di trovare una regolamentazione a livello internazionale. La Germania, un gruppo di studiosi tedeschi hanno ideato una sorta di modello, di statuto per la fondazione europea: occorre in certa misura armonizzare le