

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), ULEN THOMAS (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CACLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Gestione in forma cooperativa di beni e servizi d'interesse pubblico. Il finanziamento dell'impresa alla prova di *blockchain* e criptovalute

SOMMARIO¹: 1. Introduzione. Diritto privato, partecipazione e controllo democratico sulle risorse d'interesse comune; 2. La cura intergenerazionale di beni serventi all'esercizio di diritti fondamentali. Irriducibilità della relativa gestione entro una logica lucrativa; 3. Oltre la dicotomia pubblico/privato, alla ricerca di una terza via: il modello della cooperativa di utenti *multi-stakeholder*; 4. Esigenze di coinvolgimento diretto dei soci-utenti nel finanziamento delle infrastrutture, al di là della tariffa; 5. Il finanziamento dell'impresa mediante prestiti da soci-utenti. Il vincolo di destinazione del finanziamento tra regole «di condotta» e disciplina del mutuo di scopo; 6. Il controllo sull'effettiva destinazione delle risorse raccolte tramite prestito sociale a finalità coerenti con l'oggetto della società; 7. Il finanziamento dell'impresa alla prova della *blockchain*. Uno sguardo comparativo sull'assimilabilità tra criptovalute e moneta; 8. Problema: se l'(attuale) estrema volatilità delle monete virtuali valga a tramutare in prodotto finanziario qualsiasi contratto le abbia ad oggetto. Scenari nell'ordinamento italiano tra antiriciclaggio e MIFID2; 9. Riflessioni conclusive sui limiti ai prestiti sociali in criptovaluta, tra regola del rapporto e regole dell'attività.

1. Introduzione. Diritto privato, partecipazione e controllo democratico sulle risorse d'interesse comune

Questo studio si giova dei contributi offerti dalla dottrina giuridica ed economica dei beni comuni per tornare a riflettere, anche in chiave comparativa, sulle potenzialità del diritto privato ad accrescere le occasioni di partecipazione civica e di controllo democratico sulle risorse d'interesse vitale per la comunità. Oggetto di approfondimento è la proposta di affidamento della gestione dei servizi pubblici (specie del servizio idrico integrato) a cooperative di utenti, in grado di rappresentare una «terza via» rispetto alla ri-pubblicizzazione e alla pura privatizzazione. Per tale via, i soci-utenti possono fornire un contributo diretto in vista del finanziamento dell'attività e dell'ammodernamento delle infrastrutture, guidati dal comune interesse

¹ Il saggio costituisce la rielaborazione della relazione svolta al Convegno “Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi”, che si è tenuto a Lecce il 17-18-19 maggio 2018. È destinato alla raccolta di studi a cura di Manolita Francesca e Carlo Mignone.

a mantenere alto il livello qualitativo del servizio e sotto la garanzia della parità di accesso alle informazioni inerenti alla gestione dell'ente. Tra le diverse forme di finanziamento, lo studio si sofferma sul prestito da soci, tipico delle società cooperative, il cui obbligo di reimpiego in attività coerenti con l'oggetto sociale induce a interrogarsi sulle concrete possibilità offerte agli utenti-prestatori di monitorare la destinazione effettivamente impressa alle somme versate. Non sempre gli amministratori, pur genericamente agendo nell'interesse dell'ente, realizzano con il ricavato dei prestiti da soci operazioni davvero coerenti con l'oggetto sociale, frustrando così lo scopo fondamentale di quei contratti. Pur avendo diritto di sapere per tempo come vengono impiegati i propri risparmi, i soci-prestatori posseggono, allo stato, limitati strumenti di controllo. Le nuove tecnologie, applicate ai pagamenti e ai bilanci, schiudono scenari interessanti in vista della corretta tracciabilità dei flussi di cassa. Alla diffidenza dei primi orientamenti giurisprudenziali (italiani) nei confronti dei propositi di finanziamento (*recte*: capitalizzazione) dell'impresa tramite criptomoneta si contrappone la fiducia ormai universalmente riposta nella *blockchain* a elevare il livello di trasparenza nelle transazioni e nella registrazione delle diverse fasi inerenti alla vita di un'organizzazione economica. Alle potenzialità di tale tecnologia nel finanziamento dell'impresa cooperativa, nonché ai limiti frapposti dal diritto bancario e finanziario, è rivolta la parte finale dell'articolo.

2. La cura intergenerazionale di beni serventi all'esercizio di diritti fondamentali. Irriducibilità della relativa gestione entro una logica lucrativa

Quando a livello anche soltanto teorico si ammette che la capillare ed efficiente distribuzione di un bene comune insostituibile (come l'acqua), da fine, possa divenire mezzo per la realizzazione di un fine diverso (*i.e.* profitto), si accetta che il corrispettivo esigibile dal gestore per la regolare fornitura possa crescere non già per innalzare la qualità del servizio o per incrementare il livello degli investimenti, ma semplicemente per rendere profittevole l'iniziativa economica per il

capitalista². In quest'ottica, ai produttori di regole è generalmente richiesto di assicurare che le tariffe, da porsi a carico degli utenti/clienti³, siano modulabili in guisa da garantire un adeguato ritorno sul capitale investito⁴. Un tal esito è difeso da chi ritiene che la prospettiva di un profitto in un contesto concorrenziale sia, di per sé, idonea a incentivare una gestione efficiente delle risorse⁵, salvo poi trascurare che le più recenti espressioni del capitalismo c.d. avanzato hanno mostrato una chiara predilezione verso la massimizzazione dei profitti nel breve termine allo scopo di destinarne una quota sempre crescente ai proprietari/azionisti, sottraendole agli investimenti⁶.

Il voto referendario del giugno 2011 – riferito esplicitamente al solo servizio idrico integrato⁷, ma riguardante, nella *ratio* e sostanza, «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica»⁸ – ha sancito l'espunzione della logica del profitto dal meccanismo di

² U. MATTEI e A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, Roma, 2014; U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015, p. 39 s.; F.M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua. Una prospettiva internazionalistica*, Milano, 2017.

³ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 147, ove è illustrato il significativo passaggio dal concetto di cittadino/elettore a quello di utente/cliente.

⁴ La garanzia di un'adeguata remunerazione del capitale investito («copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi») era alla base del processo di determinazione delle tariffe del servizio idrico integrato, stabilito dall'art. 154, comma 1, d.lg. 3 aprile 2006, n. 152. Tale norma è stata abrogata dal d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116, in recepimento dell'esito del referendum del 2011.

⁵ V., *ex multis*, P. RANCI, *Beni comuni e cooperazione vanno bene insieme?*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, p. 237 ss.

⁶ «Sempre più capitani d'industria hanno risposto con azioni miranti a procurare un guadagno immediato agli azionisti, [...] sottraendo investimenti all'innovazione, all'impiego di personale qualificato o a spese di capitale che sono essenziali per una crescita sostenibile a lungo termine». Così, nel 2015, parlò Laurence Fink, amministratore delegato del fondo d'investimento BlackRock, nella lettera annuale alle imprese (blackrock.com/corporate/investor-relations/2015-larry-fink-ceo-letter). V., più in generale, il *Briefing Paper* Oxfam del gennaio 2017, *Un'economia per il 99%*, in cui è richiamato l'esempio del Regno Unito, dove la quota di profitti percepita dagli azionisti è passata negli ultimi cinquant'anni dal 10% al 70%.

⁷ Di cui fanno parte i sistemi di acquedotto, fognatura, depurazione, riuso delle acque reflue e dighe.

⁸ Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24. Lo stesso assunto è stato ribadito da Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, con cui il Governo aveva tentato di ripristinare la normativa – di cui all'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 – abrogata appena due mesi prima con referendum.

determinazione delle tariffe, eliminando così uno tra i più persuasivi incentivi all'intervento di investitori privati⁹. Alla base di ciò è la convinzione che per superare le inefficienze talvolta riscontrabili nella gestione pubblica¹⁰ non occorra a tutti i costi privatizzare¹¹, ma provvedere a una sensata riallocazione dei fattori di produzione¹², lavorando piuttosto a un rinnovato modello di impresa che, nell'attrarre, responsabilizzare e gratificare figure manageriali desiderose di mettere le proprie competenze al servizio del bene collettivo, al contempo «sappia coinvolgere in modo diretto le comunità di utenti che beneficiano del servizio»¹³. Sulla scia di quel referendum, si è ripreso a discutere di gestione integralmente pubblica, sia pure con diverse sfumature, nei due progetti di riforma depositati presso la Camera dei deputati¹⁴.

⁹ Per una ricostruzione delle vicissitudini che hanno riguardato, anche dopo il referendum, i due quesiti sull'acqua bene comune (l'altro, non nominato nel testo, riguardava la cancellazione dell'obbligo di affidare, tramite gara, i servizi pubblici locali a imprese operanti nel mercato, ex art. 23-bis l. n. 133 del 2008), v. A. QUARTA, *La trasformazione eterogenea di una S.p.A. in azienda speciale: nuovi orizzonti per la gestione del Servizio Idrico tra diritto commerciale e diritto amministrativo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2016, f. 17, p. 125 ss.

¹⁰ «Il vero detonatore della crisi che ha investito il modello pubblico non è stata l'inefficienza delle gestioni – che è pur presente – ma l'incapacità del settore pubblico di far fronte adeguatamente al fabbisogno di investimenti». Così, P.A. MORI, *Le ragioni economiche della cooperazione di utenza nella gestione dei servizi pubblici*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, cit., p. 225, suggerisce di «uscire dallo schema fossilizzato che ha imprigionato i riformatori degli ultimi decenni nell'idea che tutte le riforme dovessero promuovere obiettivi di privatizzazione e liberalizzazione, estensione del mercato e (al massimo) regolamentazione del mercato».

¹¹ L. SACCONI, *Introduzione. Visione nuova, ragionevoli proposte*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, cit., p. 9, suggerisce di «uscire dallo schema fossilizzato che ha imprigionato i riformatori degli ultimi decenni nell'idea che tutte le riforme dovessero promuovere obiettivi di privatizzazione e liberalizzazione, estensione del mercato e (al massimo) regolamentazione del mercato».

¹² G. CITRONI e M. DI GIULIO, *Dismissioni! E poi? Che fare delle ex-municipalizzate*, Milano, 2016, p. 101.

¹³ U. MATTEI e A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, cit., p. 116.

¹⁴ Nel senso della completa pubblicizzazione della gestione del ciclo integrale dell'acqua è rivolto il disegno di legge presentato alla Camera dal M5S, prima firmataria la deputata Daga (A.C. n. 52 del 23 marzo 2018). Nel disegno di legge del PD, prima firmataria la deputata Braga (A.C. n. 773 del 22 giugno 2018), l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società interamente pubbliche è presentato come la soluzione «prioritaria», ma non esclusiva.

Sono noti i limiti dello statalismo. In particolare, fino a quando i beni comuni saranno ritenuti di «appartenenza del sovrano» e le nomine (e le conferme) degli amministratori delle aziende pubbliche o partecipate dipenderanno sostanzialmente da un atto d'imperio, in mancanza di regole ferree su trasparenza e *accountability* che assicurino occasioni di controllo da parte dei cittadini possibilmente più frequenti rispetto a quelle offerte dalle scadenze elettorali (o dagli avvisi di garanzia), clientelismo e corruzione continueranno a minare l'efficiente gestione delle risorse¹⁵.

Ugualmente noti sono, d'altro canto, i conflitti d'interesse riscontrabili nel modello che fa perno sul privato-concessionario. In un'impresa capitalistica, chi vanta un'aspettativa sui guadagni residuali d'esercizio (c.dd. *residual earnings*) ha anche il potere di controllare fino in fondo l'andamento dell'attività; ed è connaturale al modello, specialmente nelle imprese operanti su larga scala, che le asimmetrie informative (esistenti non soltanto nel confronto con gli utenti-consumatori, ma anche rispetto allo stesso regolatore-concedente)¹⁶ possano essere sfruttate per l'accaparramento di una rendita a discapito della qualità¹⁷. Si potrebbe a questo punto ribattere che l'annichilimento delle aspettative di profitto finisce per erodere gli incentivi all'innovazione tecnologica. Si potrebbe, certo, ma si tratterebbe di una petizione di principio. In primo luogo, ingiustamente oscurato sarebbe il ruolo della ricerca universitaria, operante per definizione senza scopo di lucro e pur tuttavia essenziale per il progresso tecnologico. Inoltre, non va dimenticato che il voto referendario è valso a escludere soltanto che il lucro del concessionario sia computato in tariffa, mentre è rimasto inalterato il diritto di sfruttamento delle opere dell'ingegno; e se si pensa all'universalità del servizio idrico integrato, d'importanza vitale in ogni angolo del pianeta, è facile intuire l'ampiezza delle opportunità di mercato per un'innovazione autenticamente migliorativa, motivo in

¹⁵ J. BUDDS e G. MCGRANAHAN, *Are the debates on water privatization missing the point? Experiences from Africa, Asia and Latin America*, in *Env. & Urb.*, vol. 15, n. 2, 2003, p. 87.

¹⁶ Quando il contratto di servizio è incompleto, inevitabilmente chi gestisce l'impresa è chiamato ad assumere decisioni non preventivate dall'ente concedente.

¹⁷ L. SACCONI, *Beni comuni, contratto sociale e governance cooperativa dei servizi pubblici locali*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, cit., p. 196, il quale si rifà all'insegnamento di H. HANSMANN, *Ownership of the Firm*, in *J. L. Econ. & Org.*, 1988, vol. 4, p. 267 ss., spec. p. 274.

piú per non arrestare gli investimenti in ricerca e sviluppo. Resta poi la speranza che in settori dove è in gioco la sopravvivenza umana, la leva individuale a contribuire al progresso non abbia nel lucro il suo meccanismo unico di attivazione.

3. Oltre la dicotomia pubblico/privato, alla ricerca di una terza via: il modello della cooperativa di utenti multi-stakeholder

Se si segue il filo del ricco e poliedrico dibattito sui beni comuni¹⁸, si coglie come al centro dell'agenda non sia la (ri)affermazione del primato della proprietà pubblica in sé e per sé¹⁹, ma la garanzia che alcuni beni o servizi ritenuti essenziali all'esercizio dei diritti fondamentali restino accessibili e siano conservati anche a beneficio delle generazioni future²⁰. In primo piano è posto il tema della

¹⁸ I principali riferimenti, ma senza pretese di esaustività, sono: P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 311 ss.; F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 459 ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, cont. da Schlesinger, 2^a ed., Milano, 2013 (sul tema specifico degli usi civici, v. la recente Cass., 22 gennaio 2018, n. 1534, in *Pluris*), P. MADDALENA, *Ambiente bene comune*, in T. MONTANARI (a cura di), *Costituzione incompiuta. Arte, paesaggio, ambiente*, Torino, 2013, p. 95 ss.; ID., *Il territorio, bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014; A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016; G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017; L. COCCOLI (a cura di), *Omnia sunt communia. Il dibattito internazionale su commons e beni comuni*, 2^a ed., Firenze, 2019.

¹⁹ Come osservato da F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore del diritto*, Bologna, 2010, p. 114: «[n]on è bello pensare che tutto ciò che di buono esiste nell'*habitat* naturale dell'uomo non gli appartenga, essendo proprietà dello Stato».

²⁰ La nozione di beni comuni è contenuta all'art. 1, comma 3, lett. c), dello schema di disegno di legge delega formulato dalla Commissione Rodotà il 14 giugno 2007: «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future». Il concetto ha trovato approdo in Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 524, con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, e in *Foro it.*, 2012, I, c. 564, con nota di E. PELLECCCHIA: «il solo aspetto della "demanialità" non appare esaustivo per individuare

gestione²¹; cioè, per dirla con gli economisti, «l'organizzazione interna di quei micro-ordini istituzionali che sono le imprese e [la] loro *governance*»²².

Il dibattito su statalizzazione/privatizzazione dei servizi pubblici si è arricchito di una «terza via»²³, consolidatasi sul finire del millennio specialmente nel Regno Unito, dove il tema della trasformazione di società di gestione di risorse idriche in cooperative è stato lungamente mantenuto al centro di progetti di riforma²⁴. In attuazione del principio di sussidiarietà, anche in Italia vi è chi considera auspicabile che la partecipazione diretta dei cittadini sia realizzata attraverso lo schema della società cooperativa²⁵, in particolare di utenza (un sottotipo della

beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo, risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità». Cfr. E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Bari, 2013, p. 99 s., il quale, nel sostenere il ruolo insostituibile dello Stato, controffre la distinzione tra beni pubblici fondamentali, che devono essere garantiti a tutti *pro indiviso*, e beni sociali (es., l'acqua pubblica), da garantirsi soltanto nel rispetto di livelli minimi essenziali.

²¹ P. PERLINGIERI, *La gestione del patrimonio pubblico: dalla logica dominicale alla destinazione funzionale*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO e S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, p. 90 ss.

²² L. SACCONI, *Introduzione*, cit., p. 11, largamente tributario dell'opera di E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990 (*Governare i beni collettivi. Istituzioni pubbliche e iniziative delle comunità*, ed. it. a cura di G. Vetrutto e F. Velo, Venezia, 2006).

²³ J. ROWE, *Parallel Economy of the Commons*, in WORLDWATCH INSTITUTE, *State of the World Report 2008: Innovations for a Sustainable Economy*, Washington, DC, 2008, p. 138 ss.

²⁴ L.B. MORSE, *A case for water utilities as cooperatives and the UK experience*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2000, p. 467 ss., J. BIRCHALL, *Mutual, non-profit or public interest company? An evaluation of options for the ownership and control of water utilities*, ivi, 2002, p. 181 ss. In quest'ultimo saggio, sono studiate le diverse esperienze registrate in Scozia e Galles, per le quali si vedano, rispettivamente, SCOTTISH PARLIAMENT, *Water Industry (Scotland) Bill, Policy Memorandum*, The Stationery Office, Edinburgo, 2001, e OFWAT, *The Proposed Acquisition of Dwr Cymru Cyfyngedig by Glas Cymru Cyfyngedig*, cons. paper, novembre 2000. Cfr. K. BAKKER, *An Uncooperative Commodity. Privatizing Water in England and Wales*, Oxford, 2004, spec. cap. 6.

²⁵ Sul modello delle cooperative di comunità si vedano, in particolare, A. SANTUARI, *Le cooperative sociali e lo svolgimento di attività di interesse generale tra riforma del Terzo settore e normativa regionale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019,

cooperativa di consumo), entro un processo di «mutualizzazione dei servizi pubblici»²⁶ mirante, tra le altre cose, a favorire nuove forme di governo democratico della società²⁷ e a «garantire la (ri-)produzione e la distribuzione di ciascun bene comune in modo economicamente razionale»²⁸.

La società cooperativa, democratica per definizione²⁹, è ritenuta l'istituzione privatistica maggiormente idonea a neutralizzare i possibili effetti collaterali scaturenti sia da una gestione pubblica dei beni d'interesse comunitario sia da una loro gestione imprenditoriale in forma tipicamente capitalistica³⁰.

In primo luogo, la nomina (e la conferma) degli amministratori cessa di essere un «affare privato» del sovrano³¹.

Per di più, nel raffronto con le società a fini di lucro, il diritto delle società cooperative impone che una parte degli utili sia destinata a riserva indivisibile, ed è proprio ciò che rende non premiante l'adozione

p. 193 ss.; E. FARINA, G. TENEGGI, P. VENTURI e F. ZANDONAI, *Tesi battagliere sul fare imprese di comunità*, in *Animazione Sociale*, 2017, p. 23 ss.; EURICSE, Libro Bianco, *La cooperazione di comunità. Azioni e politiche per consolidare le pratiche e sbloccare il potenziale di imprenditoria comunitaria*, Trento, 2016; L. BARTOCCI e F. PICCIAIA, *Le “non profit utilities” tra Stato e mercato: l’esperienza della cooperativa di comunità di Melpignano*, in *Azienda Pubblica*, 2013, p. 381 ss.

²⁶ Così E. MAYO e H. MOORE, *The Mutual State. How local communities can run public services*, Londra, 2001, p. 21, ove la partecipazione comunitaria è però riguardata in un’ottica efficientistica e come stimolo all’innovazione, «an example of the entrepreneurial culture shift envisaged by advocates of privatization» (p. 16).

²⁷ P.A. MORI, *La cooperazione di utenza: una nuova prospettiva per i servizi pubblici e di interesse generale*, in A.M. ALTIERI, P.A. MORI, P. PERUZZI e F. SPINICCI, *Cooperazione e gestione del sistema idrico integrato: la gestione del servizio tramite cooperativa di utenti-cittadini*, Firenze, 2013, p. 10. Dello stesso a., v. *Le ragioni economiche della cooperazione di utenza nella gestione dei servizi pubblici*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, cit., p. 216 ss.

²⁸ L. SACCONI, *Introduzione*, cit., p. 9.

²⁹ Per il noto principio «una testa un voto». Ma v. E. CUSA, *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 843 ss.

³⁰ L. SACCONI, *Beni comuni, contratto sociale e governance*, cit., p. 198.

³¹ P.A. MORI, *Le ragioni economiche della cooperazione di utenza nella gestione dei servizi pubblici*, cit., p. 230: «Se, per esempio, gli utenti-cittadini vogliono licenziare il manager di un’impresa pubblica, non hanno altro mezzo che votare contro i loro padrini politici, e dunque hanno un tipo di controllo molto indiretto e diluito, mentre cittadini-soci di una cooperativa possono votare direttamente contro di essi e eventualmente promuovere azioni legali di responsabilità nei loro confronti».

di pratiche opportunistiche di breve periodo da parte tanto dei soci quanto degli amministratori.

Ma è soprattutto nel corretto dosaggio degli equilibri di governo endosocietario che s'intravedono le reali potenzialità di una cooperativa di utenti. Per evitare che le decisioni vitali per l'impresa siano rimesse a un gruppo di comando autoreferenziale o che l'inesperienza di un gran numero di utenti faccia da apripista a condotte infedeli da parte degli amministratori, è suggerita una forma di *governance multi-stakeholder*, capace di contemplare la partecipazione agli organi di governo non soltanto dei rappresentanti dei soci-utenti, ma anche di quelli dei diversi lavoratori dell'impresa, con funzioni essenzialmente di controllo³². Questo perché a differenza degli utenti – le cui possibilità di controllo si concentrano essenzialmente sulla qualità finale degli *output* – i lavoratori hanno diretta contezza di quel che accade ai diversi livelli del processo produttivo e sono in grado di testimoniare (ed eventualmente denunciare) l'insorgenza di anomalie per tempo, cioè quando si è ancora in condizione di evitare che degenerino³³.

In definitiva, una cooperativa di utenza è ritenuta preferibile nella prospettiva del controllo democratico delle risorse³⁴, poiché ciascun socio conserva il diritto di accedere direttamente alle informazioni inerenti alla vita dell'ente, presupposto essenziale per poi promuovere azioni a tutela dell'interesse proprio e della comunità.

4. *Esigenze di coinvolgimento diretto dei soci-utenti nel finanziamento delle infrastrutture, al di là della tariffa*

L'astratta idoneità dei soci-utenti ad avere una qualche voce nel governo dell'impresa, sia pure con la preziosa mediazione di altri *stakeholder*³⁵, ha indotto gli studiosi ad approfondire le potenzialità

³² In particolare, un consiglio di sorveglianza, partecipato oltre che dai soci-utenti anche dai rappresentanti degli altri *stakeholder*, che controlli il comitato di gestione (L. SACCONI, *o.u.c.*, p. 199 s.).

³³ V. ancora L. SACCONI, *o.u.c.*, p. 200 s., il quale sostiene che i soci-utenti «possono avere percezione circa la qualità dei servizi e alcuni eventi che influiscono localmente sulla prestazione [...], ma non hanno conoscenza dei costi di produzione, dei mezzi a disposizione dell'impresa e dello sforzo dei lavoratori e del management».

³⁴ P.A. MORI, *o.u.c.*, cit., p. 229.

³⁵ *Retro*, § 3.

della società cooperativa a sollecitare un contributo diretto dei cittadini anche nell'opera di finanziamento delle infrastrutture, d'importanza vitale per qualsiasi servizio pubblico, non di meno per il servizio idrico integrato³⁶. A tal proposito, i dati **riguardanti l'Italia** esprimono un'anomalia: mentre, dal 2006 al 2018, **gli investimenti pubblici in infrastrutture di qualsiasi genere sono calati di oltre il 27%**³⁷, le crescenti risorse stanziare per l'ammodernamento del sistema idrico integrato, ritenuto versante in condizioni «da terzo mondo»³⁸, sono rimaste in larga parte sottoutilizzate³⁹. In ragione dell'eterogeneità dei soggetti e delle istituzioni che contribuiscono alla erogazione del servizio ai vari livelli, non è agevole stabilire di chi sia la responsabilità; certo è che se le aziende incaricate di gestire le infrastrutture nell'interesse della comunità fossero anche istituzionalmente deputate a migliorarle e, al contempo, risultassero esposte a costante monitoraggio da parte di quella stessa comunità di utenti, qualche inefficienza potrebbe essere evitata.

Non di soli controlli vivono le imprese. Centrale è, ovviamente, anche il tema delle risorse. Poiché il finanziamento delle infrastrutture deriva in larga parte dai contributi erariali e dalla tariffa, non si può fare finta di non vedere, in una fase storica di vincoli per la finanza pubblica e di sanzioni europee per obiettivi (di ammodernamento delle

³⁶ P.A. MORI, *o.u.c.*, cit., p. 227.

³⁷ ASSONIME, *Politica delle infrastrutture e degli investimenti: come migliorare il contesto italiano*, a cura di G. Maccaferri, Note e Studi, 6/2018, p. 9, da cui si apprende che si è passati dai 47 miliardi del 2007 ai 34 miliardi del 2017 (e per il 2018, secondo le stime dell'Ance, si sarebbe registrata un'ulteriore riduzione di circa 800 milioni).

³⁸ L'espressione è di Giovanni Valotti, presidente di Utilitalia, contenuta nel rapporto del marzo 2016 di #Italiasicura, la struttura di missione di Palazzo Chigi contro il dissesto idrogeologico e per lo sviluppo delle infrastrutture idriche.

³⁹ Dal 2006 al 2016, i fondi erogati hanno sfiorato i 12 miliardi di euro. Nel periodo esaminato, però, «gli interventi avviati e non ancora conclusi risultano 885 per un valore totale finanziato pari a 2,9 miliardi di euro», mentre gli interventi neppure avviati «ammontano a un valore totale finanziato pari a 3,2 miliardi di euro» (fonte *ansa.it*, che richiama il rapporto #Italiasicura, cit.). A ciò si aggiunga che, per il triennio 2016-2019, sono stati programmati **investimenti** nelle **infrastrutture idriche** per oltre dieci miliardi di euro (una somma prossima al totale degli stanziamenti dell'intero decennio precedente). Ciò dimostra la parziale infondatezza del luogo comune secondo il quale in cui versano le infrastrutture idriche sia da attribuire all'endemica mancanza di investimenti pubblici.

infrastrutture) mancati⁴⁰, che l'alternativa al generalizzato incremento della tariffa può passare o dal classico ricorso alla fiscalità generale, già in larga parte opzionata, o dalla sollecitazione dell'investimento remunerato dei privati o, infine, da forme di autofinanziamento dell'impresa cui è affidata la gestione del servizio.

Anzitutto, per sollecitare gli investimenti – ed evitare l'intervento diretto da parte dello Stato – è stato concepito il Fondo di garanzia delle opere idriche⁴¹. In alcune realtà territoriali italiane, poi, il finanziamento del sistema idrico integrato è stato riferito al mercato per mezzo dei c.dd. *hydrobond*⁴²; titoli che possono essere emessi da qualsiasi società di capitali oppure «garantiti» da un patrimonio dedicato.

La società cooperativa può agevolmente inserirsi in questo solco. Quel che in più può offrire è una tecnica di *fundraising* unica nel panorama societario italiano, dotata di una sua specifica regolamentazione e idonea ad attrarre all'organizzazione risorse aggiuntive rispetto al capitale sociale e al capitale propriamente di debito, senza per ciò stesso snaturare la matrice mutualistica dell'impresa: ci si riferisce al c.d. prestito da soci (noto anche come «prestito sociale»)⁴³. In una ricerca svolta da un gruppo di economisti italiani se ne sono evidenziate le potenzialità in vista della risoluzione di uno dei problemi più evidenti del finanziamento nel settore idrico, vale a dire la discrepanza tra la lunga vita degli *asset* infrastrutturali e l'orizzonte temporale dei mutui bancari, generalmente ancorato alla durata della concessione⁴⁴. Sebbene il tipico diritto dei soci-prestatori

⁴⁰ Per tutte, v. la sentenza della Corte di Giustizia UE (Settima Sezione) del 19 luglio 2012, C-565/10, *Commissione c. Italia*, per ritardi nell'adeguamento dei sistemi di trattamento delle acque reflue urbane rispetto ai dettami della Direttiva 91/271/CEE.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 58 l. 28 dicembre 2015, n. 221. V. memoria dell'8 gennaio 2019 (1/2019/I/idr) dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente.

⁴² Per il progetto-pilota del consorzio Viveracqua in Veneto, partecipato da otto società locali di gestione del servizio idrico integrato e supportato dalla Banca Europea per gli Investimenti e da Veneto Sviluppo, si veda *minibond.tv/it/viveracqua-hydrobond.php*.

⁴³ Per un recente approfondimento, sia consentito rinviare a F. QUARTA, *Il contratto di prestito sociale nelle cooperative*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, p. 97 ss. (anche in F. CICOGNANI e F. QUARTA, *Regolazione, attività e finanziamento delle imprese sociali. Studi sulla riforma del terzo settore in Italia*, Torino, 2018, p. 147 ss.).

⁴⁴ P.A. MORI, *La cooperazione di utenza: una nuova prospettiva per i servizi pubblici e di interesse generale*, in A.M. ALTIERI, P.A. MORI, P. PERUZZI e F. SPINICCI, *Cooperazione e gestione del sistema idrico integrato: la gestione del servizio tramite cooperativa di utenti-cittadini*, cit., p. 8. Strettamente connesso a ciò è che «il settore dei

di recuperare in tempi rapidi il possesso delle somme depositate (praticamente a vista) possa fare istintivamente propendere per la sua inidoneità a supportare investimenti di lungo periodo, da un'analisi dell'andamento prelievi/depositi nelle grandi cooperative di consumo è emersa, nell'aggregato, una certa stabilità nel tempo, «permettendo così di identificare la disponibilità media su cui contare»⁴⁵, proprio in ragione della vastità della platea dei soci-utenti, tutti astrattamente idonei a diventare prestatori e tutti interessati alle sorti della «propria» società⁴⁶.

5. Il finanziamento dell'impresa mediante prestiti da soci-utenti. Il vincolo di destinazione del finanziamento tra regole «di condotta» e disciplina del mutuo di scopo

Fino alla legge di bilancio per l'anno 2018, la gran parte della (pur scarna) disciplina dedicata al prestito da soci nelle cooperative proveniva da fonti regolamentari⁴⁷. Le sole regole di rango primario

servizi idrici è caratterizzato da alta intensità di capitale, lunga vita degli asset e un processo di investimento praticamente costante nel tempo» (pp. 113 e 138 della stessa pubblicazione).

⁴⁵ F. SPINICCI, *Cooperazione di utenza nel servizio idrico integrato in Trentino*, in *La terza via per i servizi pubblici locali. Potenzialità e limiti delle cooperative di utenza*, Euricse Research Report n. 011|15, p. 59.

⁴⁶ Sul rafforzamento del legame «identitario» attraverso il contratto di prestito sociale tra socio e cooperativa, v. G. MALUSA, *Il prestito sociale*, suppl. a *Cooperative e consorzi*, 2003, p. 13.

⁴⁷ Gli interventi della Banca d'Italia e del CICR sono valsi essenzialmente a delineare le condizioni di conciliabilità tra il fenomeno del «prestito sociale», per come invalso nella prassi cooperativa, e il divieto per i soggetti non bancari di raccolta di risparmio presso il pubblico ai sensi dell'art. 11 t.u.b. Dopo la pubblicazione della circolare del 25 maggio 1984 (in G.U. del 21 giugno 1984, n. 170), si sono susseguiti diversi tentativi volti a rinfoltire i requisiti prudenziali endo-societari ed elevare i livelli di trasparenza delle informazioni contrattuali a tutela del socio-prestatore. In argomento, v. G. MALUSA, *Il prestito sociale*, suppl. a *Cooperative e consorzi*, Milano, 2003, n. 2. Sugli sviluppi più recenti, v. C. BUGANZA, *La nuova disciplina di Banca d'Italia per il prestito sociale delle cooperative*, in *Cooperative e enti non profit*, 2017, n. 6, p. 40 ss. Sia consentito, inoltre, rinviare a F. QUARTA, *Il contratto di prestito sociale*, cit., p. 97 ss., e ai relativi riferimenti bibliografici.

erano quelle a carattere agevolativo dettate dal legislatore tributario⁴⁸, per beneficiare delle quali era richiesto che «i versamenti» fossero «*effettuati* esclusivamente per il conseguimento dell'oggetto sociale»⁴⁹.

Se fosse sufficiente – come parrebbe evincersi dalla lettera della legge – stabilire una linea di coerenza tra la mera *effettuazione* del versamento e l'oggetto sociale, allora il relativo portato prescrittivo si ridurrebbe a poca cosa, giacché a tal fine potrebbe pure ritenersi sufficiente una mera dichiarazione dell'effettuante, a monte dell'operazione. Infatti, orientare l'effettuazione di un versamento verso uno scopo predeterminato è atto diverso – e sicuramente meno pervasivo – rispetto all'imposizione di un obbligo in capo alla società percipiente, di impiegare le somme ricevute nel perseguimento dello scopo divisato.

Proprio in quest'ultima direzione, invece, si è mosso il legislatore nella legge di bilancio per il 2018. All'art. 1, comma 238, l. n. 205 del 2017 è stato specificato che le società cooperative che ricorrono al prestito sociale «sono tenute» a «impiegare le somme raccolte in operazioni strettamente funzionali al perseguimento dell'oggetto o scopo sociale». Marcato è il cambio di passo rispetto all'ambigua formulazione delle norme più risalenti: il *focus* è stato spostato dall'atto di versamento all'attività d'impresa ad esso conseguente.

Non occorre dimostrare che la locuzione «sono tenute a impiegare»⁵⁰ costituisca la fonte di un vincolo di scopo in capo alle società che fanno

⁴⁸ L'art. 12 della legge 17 febbraio 1971 n. 127 e l'art. 13 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 601 hanno esentato dall'imposta di ricchezza mobile e dall'imposta locale sui redditi gli interessi maturati sulle somme versate dai soci di cooperative in aggiunta alle quote di capitale sociale. Per modifiche v. l'art. 6-*bis*, comma 1, d.l. 31 ottobre 1980 n. 693 (aggiunto dalla l. di conv. 22 dicembre 1980, n. 891), l'art. 23, comma 1, l. 27 febbraio 1985, n. 49, e l'art. 10, comma 1, l. 31 gennaio 1992, n. 59.

⁴⁹ Ci si è domandati se quest'ultimo inciso sia valso a caratterizzare la sostanza dell'istituto del prestito sociale, incidendo sulla relativa qualificazione *sub specie juris*, o abbia più modestamente funto da chiave d'accesso ai soli benefici fiscali. Sul punto cfr. V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, p. 302 s., e R. GENCO, *I finanziamenti nelle società cooperative*, in I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010, p. 485. Secondo M. FRAGALI, *Sub art. 1813*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, 2^a ed., Bologna-Roma, 1966, p. 71, quando «lo scopo deve essere indicato per usufruire di determinati vantaggi attuali estranei alla dinamica negoziale (agevolazioni fiscali [...]), esso, essendo rilevante fuori del contratto, non può a questo conferire caratteri di qualificazione».

⁵⁰ Art. 1, comma 238, l. n. 205 del 2017, cit. al § prec.

ricorso al prestito sociale. Da indagare è piuttosto quale ne sia la natura e quali gli effetti in punto di diritto; quale sorte per il contratto e per il susseguente rapporto.

Non di rado, pur a fronte di espliciti comandi di fonte legislativa, finanche *sub specie* di divieti (a contrarre), la giurisprudenza, attratta dalla impalpabile distinzione tra regole di condotta e regole di validità⁵¹, è riuscita ad attenuare l'imperatività di quegli stessi precetti e ad accantonare l'operatività dei rimedi invalidanti⁵².

Lo schema del nostro contratto (prestito di denaro a interessi, fiscalmente agevolato, correlato all'obbligo di impiegarlo per un fine predeterminato) rievoca quello del mutuo di scopo «legale», collocato dalla giurisprudenza prevalente nell'alveo dei contratti consensuali a effetti obbligatori⁵³.

Il primo corollario di un simile accostamento risiede in ciò, che a differenza del tipico contratto di mutuo disciplinato dal codice civile, nel mutuo di scopo la consegna del denaro non rivestendo valenza costitutiva diviene passibile di esecuzione forzata, quale condotta resa immediatamente esigibile da un contratto giunto a conclusione per

⁵¹ Convincenti l'ampia ricostruzione critica offerta da G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*.

⁵² Si pensi all'esplicito divieto, disposto dall'art. 39 del D.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180 di stipulare in stretta successione tra loro più contratti di finanziamento contro cessione di quota degli emolumenti. Nonostante la perentorietà della disposizione («È vietato di contrarre una nuova cessione prima che siano trascorsi almeno [...]») e la sua funzione di argine al sovraindebitamento del lavoratore, App. Milano, 22 agosto 2013, n. 3283 (a p. 6 dell'originale, pubblicato su *dirittobancario.it*) ha affermato, senza addurre argomenti, che la sanzione non potrebbe mai essere quella della nullità. Anche sul versante dell'Arbitro Bancario Finanziario, si segnala una giurisprudenza ormai appiattita sull'interpretazione della norma in termini di «regola di condotta», dalla cui violazione potrebbero farsi discendere soltanto conseguenze di tipo risarcitorio. V., per tutte, la decisione del Collegio di coordinamento, 17 giugno 2016, n. 5762, che, richiamandosi proprio all'apodittica asserzione della Corte d'Appello di Milano innanzi riportata, ha sovvertito l'orientamento (favorevole alla nullità) fino a quel momento sostenuto, non senza argomenti, dal Collegio di Roma. Di quest'ultimo si veda, in particolare, la decisione del 6 settembre 2013, n. 4588.

⁵³ Per tutte, v. Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1687, con nota di L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, e Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 163, con nota di D. FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*. Non così per R. PERCHINUNNO, *Funzione creditizia e fine convenzionale. Contributo allo studio del mutuo di scopo*, Napoli, 1988, p. 10.

effetto del mero consenso⁵⁴. Ulteriore e piú significativo corollario è che il vincolo di destinazione delle somme è ritenuto in grado di assurgere a coelemento essenziale della causa del contratto⁵⁵. Secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità – al quale però continua a contrapporsi una sensibilità di segno diverso da parte delle corti di merito –, lo sviamento dallo scopo prestabilito comporterebbe la nullità del contratto (imprescrittibile e azionabile da chiunque vi abbia interesse)⁵⁶, ancorché non in automatico. A quel fine, è reputato insufficiente un qualsiasi vincolo di destinazione impresso dai contraenti sugli importi versati: la giurisprudenza richiede che si verifichi, caso per caso, se «la clausola di destinazione della somma

⁵⁴ Sul contratto tipico di mutuo, la giurisprudenza è in evoluzione. Cfr. Cass., 30 novembre 2011, n. 25569, in *Dejure.it* (e, prima ancora, Cass., 15 luglio 1994, n. 6686, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 576), che ha attenuato la necessità di una «consegna in natura», ritenendo sufficiente al fine del perfezionamento del contratto il «conseguimento della disponibilità giuridica della cosa». Sulla c.d. *traditio ficta*, v. P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Tratt. C.N.N.* Perlingieri, Napoli, 2004, p. 36.

⁵⁵ In dottrina, sulla figura del mutuo di scopo, si vedano M. FRAGALI, *Sub art. 1813*, cit., p. 69 ss., G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 273 ss., V. BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, in R. COSTI e M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, p. 260 ss., P. SCHLESINGER, *Credito agevolato e mutuo di scopo*, *ivi*, p. 275 ss., A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985, p. 106 ss., M. RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 558 ss., F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1999, p. 573, D. LA ROCCA, *Il mutuo di scopo*, in V. CUFFARO (a cura di), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna-Roma, 2005, p. 180, M.C. PERCHINUNNO, *Il mutuo di scopo*, in E. PANZARINI, A.A. DOLMETTA e S. PATRIARCA (a cura di), *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016, p. 126 ss., M. RENNA, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, in *Contratti*, 2018, p. 417 ss. Secondo S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo*, II) *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.* Treccani, XXIII, Roma, 1990, p. 4, la destinazione entra nel regolamento negoziale senza però alterare la funzione del contratto di mutuo, che resta essenzialmente creditizia. Nello stesso senso R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Tratt. dir. comm.* Buonocore, II, 4, Torino, 2002, p. 112.

⁵⁶ Cass., 19 ottobre 2017, n. 24699, in *Contratti*, 2018, p. 416: «l'elemento caratterizzante è che una somma di danaro viene concessa al mutuatario esclusivamente per raggiungere una determinata finalità, la quale in tal modo entra a far parte del sinallagma contrattuale». Piú precisamente, «la destinazione delle somme mutate entra nella struttura del negozio connotandone il profilo causale; sicché la nullità di un tale contratto per mancanza di causa sussiste se (e solo se) quella destinazione non sia rispettata». Nello stesso senso già Cass. 8 aprile 2009, n. 8564, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1867 ss., e Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1687 ss.

mutuata incida sulla causa del contratto»⁵⁷; il che, molto piú che una tautologia, rappresenta il bisogno di riscontrare che entrambe le parti abbiano un interesse rilevante al raggiungimento dello scopo; dunque, non soltanto il mutuatario, il cui interesse, se isolatamente considerato, sarebbe da relegare tra i motivi soggettivi⁵⁸.

In un caso recente, invece, sia pure in *obiter dictum*, è stata adombrata la possibilità che la mancata realizzazione dello scopo sia qualificata in termini di inadempimento, con conseguente operatività del tipico rimedio risolutorio (soggetto, come è noto, a prescrizione decennale e azionabile dalla sola parte non inadempiente)⁵⁹. L'opzione del rimedio risolutorio (per inadempimento di non scarsa importanza)

⁵⁷ Cass., n. 24699 del 2017, cit., p. 416.

⁵⁸ *Ibidem*: «in tutti i casi in cui sia dedotta l'esistenza di un mutuo di scopo [...] è pur sempre necessario che la clausola di destinazione della somma mutuata incida sulla causa del contratto, finendo per coinvolgere direttamente anche l'interesse del [...] finanziatore: qualora venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme erogate per esclusivo interesse del mutuatario, si realizzerebbe infatti semplicemente una esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sé non comportante una modifica del tipo contrattuale». Cfr. M. FRAGALI, *Sub art.* 1813, cit., p. 82: «se non fosse stato dedotto quello scopo, il mutuo non si sarebbe concluso (scopo volontario) o non si sarebbe potuto (scopo legale) concludere. [...] [I]l mutuo, se dissociato dalla determinazione inerente allo scopo, perde la sua giustificazione, perché è in questo scopo la ragione della sua nascita».

⁵⁹ Nel caso deciso da Cass., 18 giugno 2018, n. 15929, in *Dejure* – ove si dibatteva delle *chance* del mutuante d'insinuarsi al passivo nell'ambito di una procedura concorsuale di insolvenza riguardante il soggetto mutuatario –, il finanziatore aveva provato a sostenere che la mancata esecuzione delle opere avrebbe giustificato l'applicazione non già della nullità del mutuo di scopo, bensí della risoluzione, non potendovi riscontrare alcun vizio genetico, ma un mero inadempimento della controparte. La Corte, discutendo di distribuzione dell'onere probatorio, ha evidenziato, da un lato, che «la realizzazione dell'opera finanziata da parte del mutuatario non costituisce il presupposto del diritto del mutuante di insinuarsi al passivo [...] e avrebbe potuto al piú giustificare, ove mancante, una domanda di risoluzione per inadempimento del contratto nei confronti del mutuatario *in bonis*»; dall'altro, che la nullità del mutuo di scopo non discende dallo sviamento unilaterale dalla finalità prestabilita, ma dall'essere stato, il finanziamento finalizzato, stipulato sin dall'origine con la riserva di utilizzazione della provvista per una finalità diversa (dunque, simulazione). Per notazioni critiche sul valore di «corrispettivo» associato alla clausola di destinazione, v. R. TETI, *I mutui di scopo*, in *Tratt. dir. civ.* Rescigno, 12, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 2007, p. 662, A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 120 ss., e S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo*, II) *Mutuo di scopo*, cit., p. 5, secondo il quale «l'obbligo di destinazione è non corrispettivo e indica soltanto che il differimento è giustificato anche dalla realizzazione della finalità per la quale il credito fu concesso».

è considerata dai piú in termini dubitativi, per l'asserita impossibilità di stabilire tra la clausola di determinazione dello scopo e altra clausola del contratto un autentico nesso di corrispettività⁶⁰. A tutt'altra conclusione si potrebbe giungere, come suggerito in dottrina⁶¹, se si rivalutasse il carattere sanzionatorio dell'art. 1453 c.c. e adattando alla bisogna l'art. 793, comma 3, c.c., che stabilisce la risolubilità della donazione modale per inadempimento dell'onere⁶².

Quel che nelle tesi a sostegno della nullità viene difficile da accettare è la pretesa che un fatto successivo alla stipulazione sia sempre idoneo a provocare, con efficacia retroattiva, la radicale inidoneità dell'atto a produrre effetti⁶³. Occorre distinguere. Il rispetto della finalizzazione del prestito potrebbe convincentemente assurgere a presupposto di validità dell'atto laddove, in aggiunta al riscontro di una cointeressenza tra le parti, sia chiaramente ravvisabile un sottostante interesse pubblico⁶⁴. Per esempio, ogni volta che al rispetto di un determinato scopo sia associata l'erogazione di agevolazioni fiscali, la realizzazione di attività diverse da quelle prestabilite si scontra con un interesse superindividuale che non può essere impunemente circonvenuto⁶⁵. Si pensi al caso paradigmatico del mutuo agevolato per l'acquisto della prima casa. Lì, la speciale finalizzazione dell'importo mutuato rappresenta per il mutuatario la chiave d'accesso a condizioni economiche di speciale favore, rese possibili grazie all'operatività di un fondo statale di garanzia che riduce sensibilmente il rischio di controparte, quindi il costo del credito: in assenza dell'incentivo pubblico, la banca mutuante non avrebbe stipulato a quelle condizioni «di favore», ma ad altre piú onerose; né appare concepibile, salve

⁶⁰ Per tutti, v. S. MAZZAMUTO, *o.l.c.*

⁶¹ G.G. AULETTA, *Risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.

⁶² Aperture verso le «sanzioni risolutorie» anche in P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., p. 259.

⁶³ Come si è visto, la sola condizione che richiede la giurisprudenza è che entrambe le parti siano interessate al perseguimento dello scopo (Cass., n. 24699 del 2017, cit.).

⁶⁴ In quest'ottica, v. A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., spec. p. 212 ss.

⁶⁵ Vivace è il dibattito attorno al possibile influsso della violazione di norme fiscali sulla validità dei contratti. Anche soltanto per un quadro di sintesi, sia consentito rinviare a F. QUARTA, *Autonomia privata e violazione di norme imperative di «rilievo esclusivamente tributario»*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1065 ss., spec. p. 1077 ss.

circostanze eccezionali⁶⁶, che il contratto possa essere ricondotto d'ufficio, a séguito di declaratoria di nullità, a inafferrabili «condizioni di mercato», dando per scontato che le parti sarebbero comunque addivenute a un accordo, anche a quelle diverse condizioni⁶⁷. Ne discende che il congegno rimediale della nullità potrebbe candidarsi a portare ordine fra le varie istanze coinvolte essenzialmente là dove sussista un interesse pubblico da salvaguardare. In tutti gli atri casi, la frustrazione dello scopo divisato in contratto potrebbe semmai configurare un inadempimento di non scarsa importanza, quindi sollecitare l'attivazione del piú congruo rimedio risolutorio.

Tali conclusioni sono traslabili anche in àmbito cooperativo. Finché il contratto di prestito sociale, in collegamento alla speciale meritevolezza degli scopi perseguiti, sarà assoggettato a una regolamentazione di favore⁶⁸, la natura superindividuale dell'interesse sotteso a quelle agevolazioni – in uno con la sua indisponibilità – farà sí che lo sviamento dallo scopo richiami su di sé l'applicazione di un rimedio piú penetrante di quello previsto per il semplice inadempimento. Gli effetti pratici di una declaratoria di nullità si colgono pienamente in ipotesi di insolvenza della società prenditrice, allorché il ritiro da parte dei soci delle somme prestate non potrà piú materialmente avvenire a semplice richiesta, ma dovrà confrontarsi con un sistema concorsuale nel quale vince chi vanta un titolo preferenziale. Come è noto, il diritto alla restituzione di somme *ex art. 2033 c.c.*, per inefficacia originaria del titolo, pone il socio-prestatore in una condizione di speciale preminenza rispetto ad altri creditori.

⁶⁶ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 5: «un potere del giudice di modificare il contenuto del contratto secondo equità non è ammissibile se non nei casi espressamente previsti dalla legge».

⁶⁷ Cfr. L. NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 49 ss., spec. testo a nota 103.

⁶⁸ Sia fiscale sia civilistica. In argomento, F. QUARTA, *Il contratto di prestito sociale*, cit., p. 121.

6. Il controllo sull'effettiva destinazione delle risorse raccolte tramite prestito sociale a finalità coerenti con l'oggetto della società

Si è visto che alle società cooperative è permesso di raccogliere il risparmio dei propri soci, dietro la promessa di un corrispettivo, sotto l'esplicita condizione che tali somme siano impiegate «in operazioni strettamente funzionali al perseguimento dell'oggetto o scopo sociale»⁶⁹. La norma, pur imponendo un vincolo di scopo al denaro che il socio presta alla cooperativa, non detta regole certe sulla tracciabilità dei flussi di cassa, con il rischio di risolversi in una sterile enunciazione di principio, ricalcando quanto già avvenuto per le «finalizzazioni» imposte, sempre in ambito cooperativo, dalla legge 31 gennaio 1992, n. 59⁷⁰, la cui «capacità [di] incidere sulla libertà d'impresa» è stata giudicata «del tutto inesistente»⁷¹.

La società, dal momento della conclusione del contratto di prestito sociale, diviene titolare di una speciale potestà, declinabile sia in senso positivo (mandato a impiegare il denaro nel perseguimento dell'oggetto sociale), sia in senso negativo (mandato a non impiegare il denaro per altri scopi). Questa duplice lettura permette di evidenziare come i proventi da prestito sociale non possano essere impiegati per soddisfare qualunque esigenza ritenuta utile, in senso ampio, alla società. La giurisprudenza ha avuto occasione di riscontrare, specie nelle cooperative di grandi dimensioni, che l'interesse portato innanzi dagli amministratori, pur in nome e per conto dell'ente, non sempre coincide con quello dei soci o con l'oggetto sociale⁷².

⁶⁹ Art. 1, comma 238, l. n. 205 del 2017, cit. al § prec.

⁷⁰ Si trattava degli apporti in capitale di rischio da parte di soci sovventori, fondi mutualistici o mediante azioni di partecipazione.

⁷¹ R. COSTI, *La riforma delle società cooperative: profili patrimoniali e finanziari*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 936.

⁷² Cfr. Cass., 8 febbraio 2008, n. 3033, spec. § 2.3.2, in *Dir. prat. trib.*, 2009, II, p. 1100: «quanto all'impiego del capitale accumulato e solo parzialmente tassato, esso, nelle grandi compagini cooperativistiche, è stabilito esclusivamente dagli amministratori, il che consente alla cooperativa di partecipare ad ogni differente genere di attività, estraneo o indifferente, rispetto agli interessi dei soci/consumatori (es. attività immobiliare, edilizia, investimenti all'estero, acquisto di società ecc.). Ciò è consentito anche dall'attività surrettiziamente creditizia che le grandi cooperative di consumo svolgono col chiedere al socio/consumatore un prestito [...] remunerato con interessi asseritamente superiori al normale». V. pure F. CAPOZZI e G. SCACCIAVILLANI, *Coop, sono sparite le norme per limitare il prestito soci*, in *ilfattoquotidiano.it*, 16 gennaio 2019: «Il punto è che, negli

Delegare, allora, può non bastare piú, specie quando vengano in gioco interessi ulteriori rispetto alla mera appartenenza societaria. Soltanto se si conosce direttamente la destinazione impressa alle somme prestate è possibile, per il singolo socio, esercitare (tempestivamente) il potere di scelta in ordine al se lasciare inalterato il volume del proprio deposito o domandarne l'estinzione, totale o parziale.

Allo stato, il socio che presta denaro a interessi alla propria cooperativa non è posto in condizione di monitorare appieno il rispetto della destinazione enunciata dalla legge. La principale forma di controllo sul rispetto di tale finalizzazione passa per la corretta redazione del bilancio⁷³. Ma è lecito dubitare che ciò sia sufficiente. D'altronde, per canalizzare tutti i fondi derivanti da prestiti sociali (e per sottrarli *apertis verbis* alla garanzia patrimoniale generica dell'ente), la legge non ha imposto in ogni caso la creazione di un patrimonio destinato *ex art. 2447-bis c.c.*, ma soltanto allorché «l'indebitamento nei confronti dei soci ecceda i 300.000 euro e risulti superiore all'ammontare del patrimonio netto della società»⁷⁴. La costituzione di un patrimonio destinato (che resta comunque possibile su base volontaria), nell'eliminare la competizione tra una pluralità di interessi endosocietari su uno stesso insieme di risorse, porta con sé il

anni, le coop hanno investito i soldi dei soci in attività che hanno poco a che vedere con [l'oggetto sociale, ndr] e che oggi sono una mina vagante. Parte dei quali oggi garantisce il prestito sociale».

⁷³ In argomento, v. la sez. V, par. 3, della delibera Banca d'Italia 8 novembre 2016, n. 584, recante *Disposizioni per la raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche*, ove è prescritta l'indicazione in via semplificata, nella nota integrativa del bilancio d'esercizio e nelle relazioni semestrali, dell'ipotetica sussistenza di situazioni di «non perfetto equilibrio finanziario dovuto alla mancanza di correlazione temporale tra le fonti di finanziamento e gli impieghi della società». V. pure l'art. 2.3 del *Regolamento quadro in materia di prestito sociale* approvato dalla Direzione nazionale di Legacoop il 18 maggio 2017: «Ai fini della redazione del bilancio, il prestito sociale deve essere allocato nel passivo dello stato patrimoniale alla voce D3 (debiti verso soci per finanziamenti) e la relativa entità essere annotata in nota integrativa in modo tale da essere comunque distinto da eventuali altri valori ivi allocati».

⁷⁴ L'art. 1, comma 24, lett. d), l. n. 205 del 2017, ha rimesso tale previsione a un futuro decreto del CICR (alla data del 26 maggio 2019 non ancora pervenuto).

pregio di ridurre gli spazi di discrezionalità rimessi agli amministratori nella gestione del patrimonio⁷⁵.

In mancanza di indicazioni generalizzate in punto di dover essere, è il progresso tecnologico a offrire all'interprete soluzioni di enorme rilievo pratico.

7. Il finanziamento dell'impresa alla prova della blockchain. Uno sguardo comparativo sull'assimilabilità tra criptovalute e moneta

Se le scritture contabili fossero tenute su *blockchain* e le regole endosocietarie non ponessero soverchi limiti all'accesso agli atti, perlomeno non per i diretti interessati, il socio-prestatore potrebbe seguire in tempo reale il percorso fatto dal proprio denaro, dal momento del versamento fino a quando non avrà trovato una destinazione definitiva. Allo studio sono le potenzialità che questa «tecnologia basata su registri distribuiti»⁷⁶ è ritenuta in grado di esprimere nei campi della contabilità e della revisione⁷⁷; potenzialità così rivoluzionarie da far preconizzare l'imminente tramonto di ogni possibilità di *maquillage* dei bilanci⁷⁸.

La *blockchain* è anche la tecnologia sulla quale si basano le c.dd. criptovalute. In un futuro non troppo distante, potrebbe accadere che un

⁷⁵ P. IAMICELI, *Patrimoni destinati e riserve: prospettive di sviluppo del nuovo diritto delle società*, in C. BORZAGA e A. FICI (a cura di), *La riforma delle società cooperative*, Trento, 2004 p. 134. In argomento, v. pure M. LAMANDINI, *Brevi note su cooperative e patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, Torino, 2010, p. 501 ss.

⁷⁶ Con questa locuzione è stato tradotto in lingua italiana il lemma «*blockchain*», che l'art. 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in l. 11 febbraio 2019, n. 12 così definisce: «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

⁷⁷ *Ex multis*, v. J. SCHMITZ e G. LEONI, *Accounting and Auditing at the Time of Blockchain Technology: A Research Agenda*, in *Australian Accounting Review*, 2019, vol. 29, 2, p. 331 ss.; J. DAI e M.A. VASARHELYI, *Toward Blockchain-Based Accounting and Assurance*, in *Journal of Information Systems*, 2017, vol. 31, n. 3, p. 5 ss.

⁷⁸ D. BRADBURY, *How the Blockchain Could Stop Firms Cooking the Books*, in *coindesk.com*, 7 febbraio 2015.

socio di cooperativa, in possesso di somme di una certa moneta virtuale, intenda attivare con quelle un deposito a titolo di prestito sociale. È interessante cercare di prefigurare una possibile risposta.

Attorno alle monete virtuali si sono addensati numerosi dubbi, su tutti quello riguardante la loro assimilabilità alla moneta vera e propria, quindi l'idoneità a formare oggetto di contratti che tipicamente costituiscono la fonte di obbligazioni pecuniarie⁷⁹. Come è noto, la principale fonte negoziale di obbligazioni pecuniarie – il mutuo, cui va senz'altro ricondotto il contratto di prestito sociale – può avere ad oggetto indifferentemente una somma di denaro o altre cose fungibili. Dunque, le criptomonete potrebbero in linea teorica formare oggetto di mutuo quand'anche si trovasse difficoltoso qualificarle in termini di denaro (sempre che si accetti di ricondurre un bene per sua natura estremamente volatile al novero dei fungibili). Non bisogna, tuttavia, trascurare che il fenomeno del prestito da soci nelle cooperative, pur non rinvenendo nella legge una definizione puntuale⁸⁰, ha avuto sempre ad oggetto somme di denaro; e anche la disciplina «prudenziale» recentemente rivisitata dal legislatore e dalla Banca d'Italia presenta così cospicui richiami al necessario rispetto di equilibri prettamente algebrici (espressi in euro) da indurre a escludere che il prestito possa consistere in cose diverse dal denaro⁸¹.

A leggere le prime pronunce della giurisprudenza italiana di merito, si avverte l'impressione di trovarsi di fronte a un fuoco di sbarramento contro l'ingresso delle monete virtuali nei patrimoni delle società commerciali⁸². Si badi: non si è avuta alcuna difficoltà ad

⁷⁹ Per la dottrina italiana, da ultimo, v. C. PERNICE, *Digital currency e obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 2018, p. 261 ss.

⁸⁰ Nella delibera Banca d'Italia n. 584 del 2016, Sez. V, par. 1, il prestito sociale è generalmente descritto come «raccolta di risparmio presso soci, con modalità diverse dall'emissione di strumenti finanziari». Invece, nella legge di bilancio per 2018 (l. n. 205 del 2017, art. 1, comma 238 ss.), una definizione non è nemmeno abbozzata.

⁸¹ Nella citata delibera Banca d'Italia n. 584 del 2016, Sez. V, par. 3, è precisato che l'ammontare complessivo dei prestiti sociali non possa eccedere il limite del triplo del patrimonio della società cooperativa. Limite che può essere elevato fino al quintuplo in presenza di particolari garanzie.

⁸² App. Brescia, Sez. I, decr. 24 ottobre 2018, in *Dejure*, che ha confermato – sia pure con motivazioni differenti – Trib. Brescia, 25 luglio 2018, n. 7556, in *IlSocietario.it*, 27 novembre 2018, con nota di F. BARTOLINI, e in *Notariato*, 2018, con nota di M. KROGH.

affermare che le criptovalute fossero «da considerarsi, a tutti gli effetti, come moneta»⁸³. A fare la differenza è stato il contesto dal quale ha tratto origine il contenzioso: oggetto del contendere era il se una certa somma espressa in criptovaluta potesse costituire elemento di attivo suscettibile di *conferimento in capitale* di una società a responsabilità limitata.

Nella definizione del fenomeno *sub specie juris*, la giurisprudenza è parsa non voler stringere troppo le maglie: sul piano funzionale, come si è anticipato, è passata senza intoppi l'equiparazione tra criptomoneta e denaro; allo stesso tempo, però, si è concesso che «strutturalmente presenta caratteristiche proprie dei beni mobili»⁸⁴. L'ambivalenza di una simile definizione mira a non scontentare nessuno, tenuto conto che l'art. 2464 c.c. permette il conferimento in conto capitale anche di beni diversi dal denaro, purché «suscettibili di valutazione economica» (e sempre che l'atto costitutivo lo preveda).

Quel che fin qui ha condotto i giudici italiani su una posizione di chiusura è, in primo luogo, l'estrema volatilità della criptovaluta oggetto di controversia (*One Coin*): in mancanza di «un sistema di scambio idoneo a determinarne l'effettivo valore ad una certa data», si è ritenuto impossibile pervenire a una «valutazione concreta del *quantum* destinato alla liberazione dell'aumento di capitale sottoscritto»⁸⁵. In secondo luogo, si è osservato che l'esistenza di dispositivi di protezione ad elevato contenuto tecnologico potrebbe, «di fatto, renderne impossibile l'espropriazione senza il consenso e la collaborazione spontanea del debitore»⁸⁶, in tal modo vanificando una

⁸³ Ne è convinta la Corte d'appello di Brescia, 24 ottobre 2018, cit.

⁸⁴ Entrambe le qualificazioni sono state sostenute, in passaggi diversi delle motivazioni, da App. Brescia, 24 ottobre 2018, cit.: «è chiaro che la 'criptovaluta' deve essere assimilata, sul piano funzionale, al denaro, anche se, strutturalmente, presenta caratteristiche proprie dei beni mobili (dato, questo, che emerge dal richiamo, sempre fatto in assemblea, alle relative "credenziali di accesso, necessarie e utili, per l'utilizzo elettronico e commerciale"). [...] La 'criptovaluta' è quindi da considerarsi, a tutti gli effetti, come moneta, e cioè quale mezzo di scambio nella contrattazione in un dato mercato, atto ad attribuir valore, quale contropartita di scambio, ai beni e servizi, o altre utilità, ivi negoziati».

⁸⁵ App. Brescia, 24 ottobre 2018, cit.

⁸⁶ Trib. Brescia, 25 luglio 2018, cit. La delicatezza del problema è avvertita anche da M. SEMERARO, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in questa *Rivista*, 2019, I, p. 237 ss.

delle funzioni essenziali che il capitale sociale è deputato a svolgere in qualunque società commerciale⁸⁷.

La prima premura, giustificata in collegamento al fatto che la particolare criptovaluta *sub judice* fosse ancora «in fase embrionale»⁸⁸, pare estensibile ad altre monete virtuali più collaudate, non per questo meno volatili o più facilmente «convertibili».

Quanto, poi, alla difficile pignorabilità delle somme denominate in criptovaluta, non si può affermare che si tratti di un problema limitato al solo contesto dei conferimenti in conto capitale. È vero che il prestito da soci nelle cooperative è «funzionalizzato» al perseguimento di scopi strettamente attinenti all'oggetto sociale e deve essere pronto, entro un orizzonte temporale assai limitato, per essere restituito al prestatore che ne faccia richiesta⁸⁹. Va tuttavia ricordato che non sussistono vere e proprie forme di segregazione patrimoniale che valgano a isolare i proventi da prestito sociale contro l'azione esecutiva di eventuali creditori insoddisfatti, magari per obbligazioni contratte dall'ente per scopi non strettamente attinenti all'oggetto sociale. Inoltre, per i noti principi del voto capitario e dell'indivisibilità patrimoniale (*rectius*, delle riserve), i soci di cooperativa non sono incentivati a capitalizzare la società oltre lo stretto indispensabile, tendendo invece a prediligere forme di finanziamento/investimento alternative, come per l'appunto il prestito sociale⁹⁰. Il legislatore, del resto, si è premurato di privilegiare le aspettative di rimborso dei soci-prestatori rispetto a quelle degli altri creditori della cooperativa soltanto per l'ipotesi di dissesto della società, stabilendo l'inapplicabilità della regola dettata dall'art. 2467 c.c. (postergazione) alle somme versate a titolo di prestito sociale⁹¹.

⁸⁷ Sulla funzione di garanzia patrimoniale generica svolta del capitale, tanto nelle società di persone quanto nelle società di capitali, v. G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, p. 76 ss. *Amplius*, G. FERRI jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 743.

⁸⁸ Lo ha ben evidenziato B. CAMPAGNA, *Limiti all'utilizzabilità delle criptovalute in sede di aumento di capitale*, in dirittobancario.it/giurisprudenza.

⁸⁹ Il rimborso non avvenire prima di 24 ore dalla richiesta, come confermato dalla delibera Banca d'Italia n. 584 del 2016, per evitare di ricadere nella fattispecie di raccolta di risparmio con restituzione «a vista», vietata ai soggetti non bancari dall'art. 11, comma 5, t.u.b.

⁹⁰ R. GENCO, *Finanza, capitale e prestiti sociali*, in *Anal. giur. econ.*, 2008, p. 443 s.

⁹¹ Ma v. F. QUARTA, *Il contratto di prestito sociale*, cit., p. 108 ss.

Tutto ciò considerato, i dubbi sollevati dalla giurisprudenza in relazione alla capacità penetrativa delle criptovalute in ambito societario non paiono destinati a diradarsi al mero mutare della tipologia di società o della tecnica di finanziamento. Restano aperti, dunque, il problema della qualificazione delle criptovalute e, in dipendenza da questo, il tema della loro capacità di porsi legittimamente in concorrenza con la moneta avente corso legale nello Stato e, per l'effetto, ai nostri più limitati fini, di candidarsi a costituire l'oggetto di contratti di deposito irregolare remunerato nelle società cooperative⁹².

Sul tema generale, è utile richiamare la Corte di Giustizia UE, che non ha esitato a qualificare in termini di *pagamento* un acquisto di beni tramite Bitcoin (con la conseguenza che, non essendo qualificabile in sé e per sé come bene, ma come misuratore di valore economico, se n'è escluso l'assoggettamento a IVA)⁹³. Di contro, più in generale, secondo un *report* del 2015 della Banca Centrale Europea su *Virtual Currency Schemes* non vi sarebbero i presupposti per considerare le criptovalute a tutti gli effetti come denaro⁹⁴. Questo perché – si legge sempre nel *report*⁹⁵ –, esse non soddisferebbero le tre funzioni fondamentali che il denaro, invece, tipicamente assolve quale: 1) mezzo di scambio (non la pensa così la Corte federale per il distretto meridionale di New York nel caso *United States v. Murgio*)⁹⁶; 2) riserva di valore (non così per la U.S. Commodity Futures Trading Commission, *In re: Coinflip Inc.*)⁹⁷; e 3) unità di conto (*contra*: Ead.).

D'altro canto, non manca chi, in ragione dell'ampia – e, per il momento, scarsamente controllabile – volatilità che caratterizza le criptomonete, ritiene che esse siano entità *oggettivamente* protese «ad ingenerare un'aspettativa di profitto (e un correlato, altrettanto

⁹² Tra i più recenti contributi della dottrina italiana, favorevole all'assimilazione alla moneta sul piano funzionale, v. C. PERNICE, *Digital currency e obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 127 ss.

⁹³ Sentenza 22 ottobre 2015, c-264/14.

⁹⁴ Banca Centrale Europea, *Virtual Currency Schemes. A Further Analysis*, febbraio 2015.

⁹⁵ Spec. p. 23 s.

⁹⁶ 2016 U.S. Dist. LEXIS 131745, p. 24.

⁹⁷ CFTC No. 15-29, 2015 WL 5535736, 17 settembre 2015, p. 1.

intrinseco e obiettivo, rischio di perdita)»⁹⁸, in quanto tali inquadrabili nella categoria dei beni di investimento; beni che, entro una data comunità di utenti, fungono pure da mezzo convenzionale (*rectius*, complementare) di pagamento⁹⁹, senza con ciò oscurarne la fondamentale valenza speculativa¹⁰⁰.

È interessante, a tal riguardo, riportare quanto accaduto in Germania nella seconda metà del 2018. La sezione penale del *Kammergericht* di Berlino¹⁰¹ ha ritenuto non vincolante l'inquadramento del Bitcoin tra gli strumenti finanziari operato cinque anni prima dall'Autorità federale di controllo sui mercati finanziari (BaFin). Senza fornire indicazioni alternative sulla qualificazione della criptovaluta, l'Alta Corte si è limitata a ricordare che, operante il principio di riserva di legge in materia criminale, non è possibile riconoscere in capo all'Autorità amministrativa alcun potere in merito all'estensione dell'area del penalmente rilevante per esercizio non autorizzato di attività bancaria o finanziaria. Nel disapplicare la regola amministrativa, la Corte avrebbe potuto comunque sostenere la condanna dell'operatore in Bitcoin, pervenendo autonomamente alla qualificazione della criptovaluta in termini di prodotto finanziario. Invece, ha preferito rimettere nelle mani del legislatore la determinazione di una disciplina repressiva specifica, cogliendo l'occasione per sottolineare che, laddove nelle norme penali esistano delle scappatoie, non spetta ai giudici il compito di escogitare, sia pure a tutela della generalità degli utenti, limitazioni non preventivate né preventivabili¹⁰².

⁹⁸ E. GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in questa *Rivista*, 2018, I, p. 763.

⁹⁹ «[C]reare una moneta al di fuori di un sistema monetario equivale certamente a creare un valore, ma non già un valore monetario bensì un valore finanziario, come tale soggetto ad un livello di fluttuazione che eccede il limite di variabilità del mezzo di pagamento controllato e governato». Così E. GIRINO, *o.c.*, p. 756.

¹⁰⁰ E. GIRINO, *o.c.*, pp. 758 s. e 767 s.

¹⁰¹ KG Berlin 4. Strafsenat, 25 settembre 2018.

¹⁰² P.to 19 della sentenza.

8. *Problema: se l'(attuale) estrema volatilità delle monete virtuali valga a tramutare in prodotto finanziario qualsiasi contratto le abbia ad oggetto. Scenari nell'ordinamento italiano tra antiriciclaggio e MIFID2*

In Italia, l'elenco dei prodotti finanziari, così come quello dei soggetti da sottoporsi a vigilanza prudenziale, è integrabile con regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob¹⁰³. Dalla qualificazione amministrativa della criptovaluta può, dunque, dipendere l'estensione dell'area di operatività del reato di esercizio abusivo di attività finanziaria *ex art. 166*, primo comma, lett. *c*, t.u.f.¹⁰⁴. Anche l'interprete è posto in condizione di incidere: quando l'art. 1, primo comma, lett. *u*, t.u.f. congloba nella categoria dei prodotti finanziari «gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria», lo fa con formulazione volutamente ampia proprio per sottrarre gli interpreti alla gabbia della tipicità¹⁰⁵.

Questo, però, non autorizza di per sé a concludere che qualsiasi transazione in criptovaluta, per il semplice fatto di avere ad oggetto lo scambio tra due beni caratterizzati da differenti gradi di volatilità, debba essere necessariamente riportata nel novero dei prodotti finanziari per effetto della *catch-all clause* appena richiamata. La «natura finanziaria» dell'operazione¹⁰⁶ va ricercata nel singolo regolamento contrattuale e non anche nei motivi (soggettivi) che hanno spinto una parte ad accettare un pagamento in criptovaluta; i motivi soggettivi, quando non incidano sulla causa del contratto rendendola speculativa, sono condannati all'irrilevanza¹⁰⁷.

¹⁰³ Art. 18, comma 5, lett. *a*, t.u.f.

¹⁰⁴ L. D'AGOSTINO, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 90/2017*, in questa *Rivista*, 2018, spec. § 4. *Amplius*, A. PANTANELLA, *Il bene giuridico nel reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria: un esempio di tutela funzionale?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 317 ss. (nota a Cass., sez. V, 3 luglio 2015, n. 28157).

¹⁰⁵ E. GIRINO, *Criptovalute*, cit., p. 760.

¹⁰⁶ P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti» finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 133 ss., spec. p. 137 s.

¹⁰⁷ Per questo non convince fino in fondo l'esempio del macellaio di Rovereto, riportato da E. GIRINO, *o.c.*, p. 754, nota 29, a pretesa testimonianza della natura

Che gli individui accettino, come moneta/corrispettivo, frammenti di oro purissimo oppure biglietti al portatore «intrinsecamente inutili»¹⁰⁸ (rappresentativi, cioè, di un valore che è conservato altrove ed è determinabile soltanto *per relationem*), ad accomunare tali beni, pur diversissimi tra loro, è il rischio, più o meno accentuato, più o meno rapido, di svilimento (o, per contro, di apprezzamento) della porzione di ricchezza materialmente o mediamente posseduta. Siffatto rischio è destinato a crescere per effetto della perifericità della sede deputata a «creare» la moneta alternativa a quella/e avente/i corso legale, senza dimenticare gli effetti della mancanza di una cornice regolatoria che, con valenza *erga omnes*, persegua la funzione di prevenire e mitigare gli *shock*. Diventa perciò legittimo, di fronte a una nuova tecnica di pagamento si presenti, per sua natura o per contingenze, estremamente volatile (quindi, enormemente rischiosa), domandarsi se non convenga controllarne la circolazione presso il pubblico o addirittura vietarne l'impiego negli scambi fra soggetti inesperti o non qualificati; legittimo sarebbe pure propendere per l'affermativa. La questione, però, appartiene al piano della politica del diritto, e poiché il legislatore non si è astenuto dal fornire una disciplina del fenomeno criptovalutario, verrebbe da pensare che *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, con conseguente accantonamento dell'idea di attrarre nell'area dell'illecito comportamenti che non siano stati espressamente vietati, ancorché astrattamente prevedibili.

Sempre in punto di disciplina, vale la pena di ricordare che secondo la definizione offerta dal novellato art. 1, comma 2, lett. *ff*, d.lg. 21 novembre 2007, n. 231¹⁰⁹, in materia di antiriciclaggio, i «servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale» riconosciuti dall'ordinamento sono quelli «funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale». Per di più, il legislatore ha precisato che tali servizi assumono rilievo (per le finalità indicate nello stesso decreto) soltanto se forniti

stabilmente speculativa di qualsiasi transazione nella quale sia utilizzata una criptovaluta in funzione di pagamento.

¹⁰⁸ B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2011, p. 123.

¹⁰⁹ Introdotta dal d.lg. 25 maggio 2017, n. 90, di recepimento della direttiva (UE) 2015/849.

«professionalmente», con ciò escludendo le prestazioni saltuarie e quelle tra consumatori.

Scelta certamente singolare è stata quella di non estendere *in toto* agli operatori professionali in criptovalute gli obblighi antiriciclaggio, ma soltanto in collegamento allo «svolgimento dell'attività di conversione» di valute virtuali in valute aventi corso forzoso e viceversa. Questo vuol dire che per le altre operazioni individuate dalla legge – vale a dire, l'*utilizzo* e lo *scambio* di criptomonete o per i servizi, sempre professionalmente erogati, di *conservazione* – le stesse precauzioni antiriciclaggio sono state ritenute superflue. Da ciò parrebbe evincersi che l'obbligo d'iscrizione all'OAM (Organismo per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi), ai sensi dell'art. 128-*undecies* t.u.b., sorga soltanto nell'ipotesi in cui gli operatori agiscano in veste di «cambiavalute» (art. 17-*bis*, d.lg. 13 agosto 2010, n. 141)¹¹⁰.

9. Riflessioni conclusive sui limiti ai prestiti sociali in criptovaluta, tra regola del rapporto e regole dell'attività

A voler tirare le fila del discorso e rispondere al quesito riguardante la possibilità che un socio versi in favore della propria cooperativa una somma espressa in criptovaluta a titolo di prestito sociale, l'approccio, alla luce dell'approfondimento condotto, non può essere di netta chiusura. Certo, la particolare natura dell'attività – in queste pagine stipulativamente elevata al rango di interesse generale – giustifica l'apposizione di limiti originari (*i.e.* statutari) verso forme di indebitamento nei confronti dei soci che non siano sufficientemente gestibili sotto il profilo della prevedibilità dei ritorni finanziari. Qualunque valuta, quella virtuale non di meno, è soggetta a svalutazione e le parti restano libere di regolare i loro rapporti di dare e avere accettando (o impegnandosi ad accettare) in funzione di pagamento specie monetarie in divisa diversa da quella avente corso legale nello Stato¹¹¹. Per lenire l'accentuata volatilità delle monete

¹¹⁰ In argomento, v. S. GALMARINI, C. SABA e I. FRISONI, *Monete virtuali e antiriciclaggio: terreni dai confini incerti*, in *dirittobancario.it*, Approfondimento dell'11 ottobre 2018.

¹¹¹ Art. 1278 c.c.

virtuali, derivante dall'assenza di un'autorità centrale istituzionalmente preposta a perseguire obiettivi di stabilità¹¹², nulla impedisce all'autonomia statutaria di fissare, in prospettiva della restituzione delle somme depositate presso la cooperativa, clausole di indicizzazione che tutelino l'ente da fluttuazioni incontrollate del sottostante ed escludano *apertis verbis* ogni intento speculativo (al di là dell'interesse corrispettivo convenuto per il prestito).

Prima osservazione: l'eventuale indicizzazione all'euro dell'obbligazione di rimborso espressa in criptovaluta ridurrebbe la scelta di fondo (di prestare somme denominate, appunto, in criptovaluta anziché direttamente in euro) a poco più che un vezzo (sorretto semmai da motivazioni ideologiche), atteso il potere rimesso al *solvens* di estinguere in ogni caso il proprio debito con moneta avente corso legale ai sensi dell'art. 1278 c.c.

Seconda osservazione: l'indicizzazione del deposito, comunque la si riguardi, sollecita l'interprete a confrontarsi con la definizione di «deposito strutturato» fornita dall'art. 1, comma 6-*decies*, t.u.f., introdotta in sede di recepimento della MIFID2. Un deposito strutturato è quello «pienamente rimborsabile alla scadenza in base a termini secondo i quali qualsiasi interesse o premio sarà rimborsato (o è a rischio) secondo una formula comprendente fattori quali: *a*) un indice o una combinazione di indici [...]; *b*) uno strumento finanziario o una combinazione di strumenti finanziari; o [...] *d*) un tasso di cambio o una combinazione di tassi di cambio». Il rischio è che un contratto di prestito sociale in criptovaluta, se indicizzato, sia qualificato in termini di strumento finanziario non già per il fatto di avere ad oggetto moneta virtuale ma, per singolare eterogenesi dei fini, proprio in conseguenza della scelta delle parti di pattuire un meccanismo di indicizzazione. Sulla scorta di un'interpretazione funzionale, però, l'indicizzazione convenzionale mirante a escludere il rischio di rimborso del deposito in criptovaluta (meglio: di contenere tale rischio entro i margini di oscillazione della moneta avente corso legale), benché astrattamente rientrante nella definizione di deposito strutturato appena riferita, si pone al di fuori di essa poiché volta, in concreto, a escludere ogni finalità speculativa aggiuntiva a quella (classica) di far conseguire al socio-prestatore-depositante una certa remunerazione.

¹¹² Art. 1, comma 2, lett. *qq*, d.lg. n. 231 del 2007.

Negativa, invece, è la risposta che si ritiene di dover dare al quesito se l'ente possa dirsi *tenuto* ad accettare versamenti in criptovalute a titolo di prestito sociale (ove lo statuto nulla preveda sul punto). È vero che le criptovalute, al pari delle monete aventi corso legale, dispongono di un autonomo, seppur fluttuante, valore di scambio¹¹³; tuttavia, tale valore risulta – almeno per il momento – assai limitato in ragione della ristrettezza dell'orizzonte dei loro possibili reimpieghi. Poiché non universalmente accettate come mezzo di pagamento, le criptovalute si portano dietro costi di transazione (e scenari finanziari) non agevolmente preventivabili dal prestatore, in ciò fundamentalmente distinguendosi dalle monete «ordinarie»¹¹⁴, rispetto alle quali il consenso dell'*accipiens* passa in ultimo piano.

¹¹³ Il valore della moneta è da tempo ritenuto slegato da quello del suo (ormai eventuale) sostrato materiale. Sul punto, per tutti, v. B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, VI, Padova, 1983, p. 16 ss., le cui linee essenziali erano state già tracciate in ID., *Le funzioni giuridiche del danaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 694 ss.

¹¹⁴ Cfr. E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1999, p. 524.

