

ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO CIVILE  
XIX - CICLO**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Titolo della tesi per l'Esame finale anno 2007

*Aspetti civilistici dei patrimoni destinati alla realizzazione di uno  
specifico affare*

Dottorando di ricerca

**Dott. Renato Partisani**

Coordinatore del Corso  
Chiar.ma Prof.ssa Daniela Memmo

Relatore  
Chiar.mo Prof. Massimo Franzoni

# Aspetti civilistici dei patrimoni destinati alla realizzazione di uno specifico affare

## CAPITOLO I

### **I patrimoni destinati ad uno specifico affare**

#### Sezione I

#### **Genesi, struttura e funzioni dei patrimoni destinati delle società riformate**

SOMMARIO: - 1. Il patrimonio destinato allo specifico affare. - 2. Modelli e funzioni della separazione patrimoniale della Riforma societaria. - 3. L'estensione dell'art. 2447 *bis* agli altri tipi societari. - 4. La deliberazione costitutiva del patrimonio destinato. - 5. La forma della deliberazione costitutiva. - 6. La congruità del patrimonio destinato. - 7. Il concetto di affare. - 8. I beni e i rapporti destinati. - 9. L'apporto di terzi e l'associazione in partecipazione. - 10. Gli strumenti di partecipazione all'affare. - 11. La pubblicità della delibera costitutiva. - 12. La menzione della destinazione di scopo. - 13. I limiti della destinazione patrimoniale: la soglia del dieci per cento del capitale sociale netto. - 14. Segue: le attività riservate in base a leggi speciali. - 15. La durata del vincolo di scopo. - 16. I vizi della deliberazione costitutiva. - 17. L'opposizione alla deliberazione costitutiva. - 18. La revocatoria della deliberazione costitutiva. - 19. L'irrevocabilità della deliberazione costitutiva. - 20. La revocabilità degli atti che incidono sul patrimonio destinato in danno dei creditori sociali. - 21. L'evidenza contabile del patrimonio destinato.

#### Sezione II

#### **La responsabilità del patrimonio destinato allo specifico affare**

SOMMARIO: - 1. La responsabilità limitata (*ex contractu*). - 2. La responsabilità (illimitata) da fatto illecito. - 3. L'inopponibilità biunivoca. - 4. Il costo della separazione patrimoniale e l'abuso della personalità giuridica. - 5. La responsabilità per *mala gestio* delle masse separate nella nuova legge fallimentare. - 6. Segue: la decadenza dal beneficio della responsabilità limitata. - 7. L'onere di preventiva escussione del patrimonio destinato.

#### Sezione III

#### **Il patrimonio destinato allo specifico affare nella legge fallimentare**

SOMMARIO: 1. I patrimoni destinati nella riforma fallimentare. - 2. L'insolvenza del (solo) patrimonio destinato. - 3. L'insolvenza del patrimonio destinato della società fallita. -

4. La separazione patrimoniale perfetta nelle more fallimentari. - 5. Fallimento della società e patrimonio destinato *in bonis*.

## Sezione IV

### **Il finanziamento destinato ad uno specifico affare**

SOMMARIO: - 1. Il contratto di finanziamento destinato allo specifico affare. - 2. La *causa cavendi* del patrimonio separato. - 3. La separazione patrimoniale differita. - 4. Il *project financing*. - 5. La revocatoria del contratto dell'art. 2447 *decies*. - 6. Effetti del fallimento sul finanziamento destinato allo specifico affare.

## CAPITOLO II

### **Profili civilistici dei patrimoni separati**

SOMMARIO: - 1. Genesi ed esegesi della teorica dei patrimoni separati. - 2. Il patrimonio adespota. - 3. I patrimoni separati nel diritto privato italiano. - 4. La tipicità dei patrimoni separati. - 5. L'indistinta categoria dei patrimoni destinati. - 6. La personificazione del patrimonio destinato. - 7. Autonomia patrimoniale e soggettività giuridica. - 8. Il patrimonio separato e la soggettività giuridica. - 9. Separazione patrimoniale e cause di prelazione. - 10. Responsabilità limitata e limitazione del debito. - 11. La responsabilità limitata e il patrimonio separato. - 12. Il patrimonio destinato allo specifico affare quale paradigma di patrimonio separato.

## CAPITOLO III

### **I singoli modelli di patrimonio separato**

#### Sezione I

### **Il fondo patrimoniale**

SOMMARIO: 1. La costituzione del fondo patrimoniale. - 2. Il fondo patrimoniale come patrimonio separato. - 3. Natura ed estensione del vincolo di scopo. - 4. L'oggetto del vincolo di scopo e l'evidenza pubblicitaria. - 5. La revocatoria del fondo patrimoniale. - 6. Il fallimento del coniuge. - 7. L'equivalenza delle fonti dell'obbligazione agli effetti della responsabilità del fondo patrimoniale. - 8. L'opponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito. - 9. L'impignorabilità del fondo per le sole obbligazioni da contratto. - 10. La cessazione del fondo patrimoniale.

#### Sezione II

### **Il *trust* di *common law***

SOMMARIO: 1. Il *trust* di *common law*. - 2. La costituzione del fondo segregato. - 3. I soggetti. - 4. Il *trust* e la fiducia. - 5. Il *trust* quale patrimonio separato. - 6. L'invalidità del *trust* (straniero). - 7. La surrogazione reale dei beni destinati. - 8. Il *trust* «interno». - 9. La natura internazionale-privatistica della Convenzione de l'Aja. - 10. Il *trust* come negozio atipico. - 11. La trascrivibilità del *trust*. - 12. La *fiducie* francese. - 13. La responsabilità del fondo fiduciario per le obbligazioni da fatto illecito. - 14. L'equivalenza delle fonti dell'obbligazione nell'impignorabilità del *trust fund*.

### Sezione III

#### **La destinazione di scopo dell'art. 2645 *ter* c.c.**

SOMMARIO: 1. Il patrimonio separato dell'art. 2645 *ter*. - 2. L'atto di destinazione patrimoniale. - 3. L'unilateralità. - 4. La contrattualità. - 5. La forma solenne. - 6. Trascrizione ed opponibilità dell'atto di destinazione. - 7. Il termine di durata della destinazione patrimoniale. - 8. La clausola generale di meritevolezza dell'atto atipico. - 9. L'interesse meritevole di tutela, nell'art. 2645 *ter*. - 10. Le regole di responsabilità. - 11. Il patrimonio destinato dell'art. 2645 *ter* nella procedura concorsuale. - 12. La destinazione di beni mobili (non registrati). - 13. Legittimazione ad agire e natura della pretesa esercitata nei confronti del fiduciario.

### Sezione IV

#### **I patrimoni separati nell'assicurazione della responsabilità civile**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I patrimoni separati nell'intermediazione del nuovo Testo unico assicurativo. - 3. La separazione patrimoniale nel previgente diritto delle assicurazioni private. - 4. Lo scopo indennitario del Fondo di garanzia per le vittime della strada. - 5. La soggettività giuridica del Fondo di garanzia. - 6. Il Fondo di garanzia per le vittime della strada è, dunque, un patrimonio separato. - 7. Il Fondo di garanzia notarile. - 8. Il Fondo notarile come patrimonio separato. - 9. Le tecniche di destinazione della prestazione assicurativa diverse dal patrimonio separato.

## CAPITOLO IV

### **Il nuovo corso dei patrimoni separati**

SOMMARIO: 1. I patrimoni destinati allo specifico affare: un *unicum* nel diritto dei patrimoni separati. - 2. Esiste, dunque, uno statuto generale dei patrimoni separati? - 3. L'evidenza pubblicitaria del patrimonio separato. - 4. L'interesse meritevole. - 5. L'inopponibilità della separazione patrimoniale alle obbligazioni da fatto illecito. - 6. L'indistraibilità-inespropriabilità della massa separata.



## CAPITOLO I

### I patrimoni destinati ad uno specifico affare

#### Sezione I

#### Genesi, struttura e funzioni dei patrimoni destinati delle società riformate

SOMMARIO: – 1. Il patrimonio destinato allo specifico affare. – 2. Modelli e funzioni della separazione patrimoniale della Riforma societaria. – 3. L'estensione dell'art. 2447 *bis* agli altri tipi societari. – 4. La deliberazione costitutiva del patrimonio destinato. - 5. La forma della deliberazione costitutiva. - 6. La congruità del patrimonio destinato. - 7. Il concetto di affare. – 8. I beni e i rapporti destinati. – 9. L'apporto di terzi e l'associazione in partecipazione. - 10. Gli strumenti di partecipazione all'affare. - 11. La pubblicità della delibera costitutiva. - 12. La menzione della destinazione di scopo. - 13. I limiti della destinazione patrimoniale: la soglia del dieci per cento del capitale sociale netto. - 14. Segue: le attività riservate in base a leggi speciali. - 15. La durata del vincolo di scopo. - 16. I vizi della deliberazione costitutiva. - 17. L'opposizione alla deliberazione costitutiva. - 18. La revocatoria della deliberazione costitutiva. - 19. L'irrevocabilità della deliberazione costitutiva. - 20. La revocabilità degli atti che incidono sul patrimonio destinato in danno dei creditori sociali. - 21. L'evidenza contabile del patrimonio destinato.

#### 1. Il patrimonio destinato allo specifico affare

In attuazione della delega dell'art. 4, comma 4, lett. b), legge 3 ottobre 2001, n. 366<sup>(1)</sup>, il diritto societario riformato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 consente alle società per azioni la destinazione d'una parte del loro patrimonio ad uno specifico affare (sezione XI del capo V), con conseguente separazione patrimoniale e corrispondente autonomia sul piano della responsabilità (art. 2740 c.c.), atteso che «per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato» (artt. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c.)<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> In quella sede il legislatore delegante prevede che la riforma societaria fosse diretta a: 1) consentire che la società costituisse patrimoni dedicati ad uno specifico affare, determinandone condizioni, limiti e modalità di rendicontazione, con la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione ad esso; 2) prevedere adeguate forme di pubblicità; 3) disciplinare il regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza.

<sup>(2)</sup> Sul tema, DI SABATO, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Società*, 2002, 665; FERRO LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 121; RABITTI BEDOGNI, *Patrimoni dedicati*, in *Riv. not.*, 2002, I, 121; ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 545; FIMMANÒ, *Il regime dei patrimoni dedicati di s.p.a. tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Società*, 2002, 960; INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, *ivi*, 2003, 295; LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. soc.*, 2003, 490.

Come l'atto di destinazione atipica dell'art. 2645 *ter*, anche la deliberazione costitutiva del patrimonio destinato in via esclusiva allo specifico affare (art. 2447 *ter*) ha natura dispositiva, per il vincolo d'indisponibilità ed inespropriabilità che produce attraverso la riduzione della garanzia generica dei creditori della società che, a norma dell'art. 2447 *quinquies*, comma 1, non potranno far valere alcun diritto sul patrimonio separato né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti <sup>(3)</sup>.

Quando la delibera costitutiva non disponga altrimenti, col regime di responsabilità dell'art. 2447 *quinquies* è attuata una separazione biunivoca e perfetta: come il socio non è esposto all'azione esecutiva del creditore della società azionaria, così la stessa società (di regola) non risponde delle obbligazioni che il patrimonio destinato allo specifico affare assuma in proprio, benché privo d'autonoma soggettività giuridica. Qui la limitazione della responsabilità non consegue ad alcuna *finzione* di legge, ma alla diversa *funzione* attribuita al patrimonio in considerazione della causa del debito: il principio giusnaturalistico dell'unità dei patrimoni è infranto poiché, a parità d'effetti, la titolarità della massa separata non muta affatto: altro dalla destinazione dell'art. 2447 *bis* è, evidentemente, il conferimento in altra società, già in essere o costituenda (cfr. Relazione d'accompagnamento al decreto di Riforma societaria), così sottratto alle azioni esecutive dei creditori del conferente.

Quale rinnovata espressione d'un sistema positivo che da tempo evolve verso forme di specializzazione (o localizzazione) della responsabilità patrimoniale degli artt. 2740-2741 c.c., la nota differenziale dell'istituto è dunque l'assenza d'alterità soggettiva che connota ogni patrimonio separato, la cui funzione è quella di «*riserbare ad un certo gruppo di creditori un dato nucleo di beni, sui quali essi possano soddisfarsi ad esclusione di altri*» <sup>(4)</sup>, così da renderne impropria l'assimilazione sia alla scissione, sia alla nuova struttura endosocietaria <sup>(5)</sup>, quasi si trattasse di una «società nella società» <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Nell'art. 2645 *ter* c.c. è stabilito che i beni conferiti ed i loro frutti possano essere impiegati solo per il fine di destinazione e, dunque, costituire oggetto d'esecuzione solo per debiti contratti per tale scopo.

<sup>(4)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, p. 223 (il corsivo del testo è dell'Autore).

<sup>(5)</sup> Quanto al modello sub-societario, l'analisi giuseconomica dell'istituto ha dimostrato che «quanto più si “sovraccarica” il patrimonio destinato di una distinta struttura organizzativa e di controllo, tanto minore sarà il guadagno di efficienza, perché tanto minore sarà la riduzione dei costi: più la disciplina del patrimonio destinato tende a ricalcare quella di un soggetto societario, più si riduce il suo potenziale valore aggiunto»: MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, nei *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2004, p. 14, in nota 14.

<sup>(6)</sup> SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 183: «La prospettiva della riforma non è stata comunque quella di creare una società nella società, ma, anche in ossequio al principio di semplificazione, quella di coniugare la funzionalità dell'istituto con strumenti giuridici

La tecnica impiegata solo in parte è assimilabile al *trust* della *common law*, mancando delle caratteristiche obbligazioni fiduciarie del *trustee* <sup>(7)</sup>, ma è la stessa della cartolarizzazione dei crediti (legge 30 aprile 1999, n. 130), dove coesistono masse separate non solo tra loro, ma anche dal patrimonio della stessa società di gestione <sup>(8)</sup>. In questo modo è attuata una «segregazione nella segregazione», divenuta di diritto comune <sup>(9)</sup>, evocativa delle dottrine tedesche che già nella seconda metà dell'Ottocento teorizzarono i «patrimoni allo scopo» (*Zweckvermögen*) quale tecnica alternativa ed equivalente alla finzione della personalità giuridica, in cui lo scopo avrebbe peraltro surrogato il soggetto <sup>(10)</sup>: mutando il criterio d'imputazione della responsabilità ma non anche l'appartenenza dei beni passibili d'esecuzione forzata, nei patrimoni destinati della Riforma societaria lo scopo non surroga alcuna soggettività, talché ancora possa escludersene l'autonoma fallibilità (v. *infra*).

## 2. Modelli e funzioni della separazione patrimoniale della Riforma societaria

L'art. 2447 *bis* prevede due forme, non necessariamente alternative, di patrimoni destinati, articolate secondo modelli che, «pur uniti al vertice da un fenomeno di separazione nell'ambito di un patrimonio facente capo ad un unico soggetto, si differenziano notevolmente tra loro per quanto attiene al contenuto della disciplina e la funzionalità pratica» (Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6): la società può infatti *a*) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare, oppure *b*) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso (totale o parziale) del finanziamento siano destinati, in tutto o in parte, i proventi del medesimo affare.

Diversa è la genesi dei distinti modelli, poiché l'uno origina dalla deliberazione dell'art. 2447 *ter*, dunque da un atto unilaterale, l'altro dalla clausola acclusa al contratto di finanziamento dell'art. 2447 *decies*. Parimenti diverse ne sarebbero, quindi, le discipline, che

---

non troppo costosi e complicati con riferimento alla costituzione, al mantenimento ed alla estinzione».

<sup>(7)</sup> Sul *discrimen* tra il *trust* e le fattispecie di patrimonio separato di diritto interno, v. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contratto e impresa*, 2006, 629 ss.

<sup>(8)</sup> In specie, i proventi dell'affare finanziato costituiscono, a norma del terzo comma dell'art. 2447 *decies*, patrimonio separato non solo da quello della società, ma anche da quello relativo ad ogni altra omologa operazione di finanziamento.

<sup>(9)</sup> LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. soc.*, 2003, 491.

non contemplerebbero reciproci rinvii, né norme d'applicazione comune, sempre che, s'intende, s'escludesse la configurabilità d'uno statuto generale dei patrimoni separati (v. *infra*).

Nel nuovo glossario societario l'ipotesi della lett. *a*) è definita quale modello «industriale» (altrimenti detto «gestionale» o «operativo») di patrimonio dedicato, che meglio si adatterebbe alle necessità delle società multinazionali, operanti in mercati regolamentati da plurimi ordinamenti, nonché delle imprese multidivisionali o appaltatrici di grandi opere pubbliche, consentendo la destinazione di specifici compendi patrimoniali a ciascuna singola commessa. Per la fattispecie *sub b*), invece, è in uso l'espressione di modello finanziario (di patrimonio destinato), quale «ipotesi più attenta ai profili finanziari dell'esercizio dell'impresa» (Relazione al decreto di riforma), perciò differenziata, quanto a presupposti e funzioni, da quella *sub a*) <sup>(11)</sup>: in questo caso, l'affare ad alto costo economico è finanziato dal terzo senza necessità delle consuete garanzie (personali o reali, tipiche o atipiche), giacché la separazione involge i crediti che in futuro (i «proventi» cui alludono gli artt. 2447 *bis* e 2447 *decies*) deriveranno dall'affare, cui è assicurata la prededuzione in sede fallimentare.

In prospettiva gius-economica, la limitazione biunivoca di responsabilità del modello di finanziamento destinato riduce il costo del capitale di debito quale variabile dipendente dal maggior *standing* creditizio della sovvenuta e dalla minor onerosità del monitoraggio del sovventore sull'andamento dell'attività d'impresa (in quanto circoscritta, evidentemente, allo specifico affare) <sup>(12)</sup>.

Nel modello industriale, il beneficio della responsabilità limitata non sconta l'obbligo d'un capitale minimo ed è affrancato dalle rigidità corporative, non richiedendo alcuna duplicazione degli organi gestori, né degli adempimenti amministrativi che renderebbero economicamente più costosa la scelta della *newco*.

L'insolvenza del patrimonio destinato allo specifico affare non si propaga alla società *in bonis*, elevando il tasso di competitività del nostro diritto societario: il legislatore delegato s'è ben attenuto ai principi generali della legge delega che intese favorire la crescita e la

---

<sup>(10)</sup> BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Erlangen, 1884, § 59, 222; BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, Weimar, 1886, 141 ss.

<sup>(11)</sup> Invero, anche il modello c.d. industriale è congegnato per reperire risorse sul mercato, potendo constare anche dell'apporto di terzi, come si vedrà più diffusamente nel prosieguo.

<sup>(12)</sup> Sul tema MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuridico-economica*, nei *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2004.

competitività delle imprese, incoraggiandone l'accesso ai mercati internazionali (art. 2, l. 3 ottobre 2001, n. 366).

Come si legge nella Relazione d'accompagnamento al decreto di Riforma <sup>(13)</sup>, l'equivalenza funzionale rende il patrimonio destinato allo specifico affare una scelta alternativa alla società unipersonale che tuttavia la prassi del mercato potrebbe continuare a preferire, poiché il maggior costo economico della costituzione della *newco*, peraltro controverso, è compensato dall'esonero dal rischio di responsabilità illimitata per le obbligazioni da fatto illecito dell'art. 2447 *quinquies*, 3 comma. Nello stesso senso depone anche il fallimento della controllante che non dispiega, sulla attività della controllata, un effetto corrispondente a quello che il fallimento della società produce sul patrimonio destinato allo specifico affare, comunque posto in liquidazione, quand'anche *in bonis*. Non va poi trascurato il più oneroso costo transattivo, quale grandezza direttamente proporzionale alla maggior litigiosità connaturata non solo al rapporto tra la società ed i suoi creditori, ma anche alla contrapposizione tra le distinte classi creditorie (generalì, speciali, da contratto o *ex delicto*) della medesima società debitrice.

### **3. L'estensione dell'art. 2447 bis agli altri tipi societari**

Poiché gli artt. 2454 e 2519 c.c. estendono la disciplina delle società per azioni alle società in accomandita per azioni ed alle società cooperative, v'è da chiedersi se anche queste ultime possano avvalersi della separazione patrimoniale degli artt. 2447 *bis* ss.

Anche qui è risolutiva la clausola di compatibilità espressa da quelle norme di rinvio, specie con riguardo al socio accomandatario che, in quanto solidalmente e illimitatamente responsabile delle obbligazioni sociali (art. 2452 c.c.), dovrebbe parimenti rispondere delle obbligazioni del patrimonio separato. La questione si pone, evidentemente, rispetto al patrimonio del socio, i cui beni, normalmente giacenti in regime di confusione, non consentirebbero alcuna bipartizione tra classi creditorie diversamente legittimate *in executivis*.

L'assenza d'espreso rinvio, anche solo implicito o mediato, negherebbe, invece, che della separazione patrimoniale possano valersi le società a responsabilità limitata <sup>(14)</sup>, benché sensibilmente innovate dall'ultima Riforma <sup>(15)</sup>. Né potrebbe addursi, quand'anche si trattasse di società unipersonale, la fungibilità del modello di separazione patrimoniale

---

<sup>(13)</sup> Il cui testo per esteso può leggersi in *Riv. soc.*, 2003, 113 ss.

<sup>(14)</sup> DI SALVO, *L'ammissibilità dei patrimoni separati nella S.r.l.*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com).

dell'art. 2645 *ter*: è ben vero che la norma del sesto libro del codice civile non distingue, quanto al conferente, tra persona fisica, persona giuridica o ente di fatto, e che la meritevolezza della destinazione ad attività d'impresa potrebbe trarsi proprio dall'art. 2447 *bis*; senonché, la stessa norma esigerebbe, secondo l'esegesi dominante, l'alterità soggettiva del disponente, rispetto al beneficiario della destinazione di scopo.

#### **4. La deliberazione costitutiva del patrimonio destinato**

Il patrimonio destinato allo specifico affare è costituito dal consiglio di amministrazione o di gestione che delibera, salvo diversa clausola statutaria, a maggioranza assoluta dei suoi componenti. La separazione patrimoniale origina, qui, da una deliberazione in senso tecnico, composta da una pluralità d'atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, cui possano applicarsi, ai sensi dell'art. 1324 c.c., le norme sui contratti, in quanto compatibili con l'unilateralità<sup>(16)</sup>. E' il contratto che la società concluda col terzo sovventore, invece, la fonte del patrimonio separato dell'art. 2447 *decies* (v. *infra*).

La costituzione del patrimonio separato può esser delegata, a norma dell'art. 2381 c.c., ad uno o più amministratori o al comitato esecutivo<sup>(17)</sup>, mentre è richiesto l'intervento del notaio verbalizzante che, acclarata la legalità formale e sostanziale della devoluzione allo scopo, provvederà entro trenta giorni all'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, a norma dell'art. 2436 c.c.: la separazione patrimoniale avrà effetto decorsi sessanta giorni dall'iscrizione della deliberazione ovvero del provvedimento col quale il tribunale, nonostante l'opposizione dei creditori anteriori, ne disponesse l'esecuzione previa concessione, da parte della società, d'idonea garanzia (art. 2447 *quater*, comma 2).

La competenza dell'organo amministrativo deriva dalla natura della deliberazione, considerata un atto di gestione dell'impresa, al pari dell'acquisto di una partecipazione in una società controllata, non una modifica statutaria. Senonché, rispetto all'acquisto di partecipazioni sociali o alla costituzione di una *newco*, il patrimonio destinato non solo incide, riducendola, sull'estensione della garanzia patrimoniale dei creditori sociali, ma anche sull'affidamento dei soci che risentissero della deroga alla clausola, evidentemente

---

<sup>(15)</sup> Basti pensare, in questo senso, alla facoltà di emettere titoli di debito ai sensi dell'art. 2483 c.c.

<sup>(16)</sup> Sull'obiezione alla tassonomia classica che distingue tra deliberazione, quale atto collettivo espressione d'una volontà collegiale, contratto, quale incontro di dichiarazioni individuali, ed atto unilaterale, quale dichiarazione resa da un solo soggetto di diritto, v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 1993, p. 232.

<sup>(17)</sup> In questo senso la massima n. 50 del Consiglio del notariato di Milano, pubblicata su *Il sole* 24 ore del 19 novembre 2004.

dispositiva, della rispondenza limitata al patrimonio destinato allo specifico affare (art. 2447 *quinquies*, comma 3). Per questo, pur non avendo il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 condizionato la costituzione della massa separata ad una apposita clausola statutaria, all'assemblea dei soci potrebbe devolversi la competenza altrimenti spettante all'organo di gestione.

## **5. La forma della deliberazione costitutiva**

Come si vedrà più oltre, nel diritto dei patrimoni separati l'efficacia reale del vincolo di destinazione esige una forma qualificata. E' infatti richiesto l'atto pubblico sia per la destinazione, atipica, dell'art. 2645 *ter* c.c., sia per quella, tipica, del fondo patrimoniale (art. 167 c.c.). In entrambe le fattispecie la forma solenne è in funzione della pubblica fede e dell'evidenza pubblicitaria che rende la separazione patrimoniale opponibile ai terzi creditori o aventi causa del debitore disponente.

Sulla forma della delibera costitutiva, l'art. 2447 *quater* espressamente non dispone alcunché, rinviando all'art. 2436 c.c. che peraltro regola il deposito, l'iscrizione e la pubblicazione delle modificazioni statutarie a cura del notaio <sup>(18)</sup>.

La norma dovrebbe interpretarsi, quantomeno, nel senso della necessità del ministero notarile in sede di verbalizzazione: ove s'escludesse il controllo di legalità del pubblico ufficiale, la delibera costitutiva sconterebbe la sola verifica di regolarità formale del Conservatore del registro delle imprese.

## **6. La congruità del patrimonio destinato**

Anche la deliberazione costitutiva del patrimonio destinato, come il progetto di scissione dell'art. 2506 *bis* c.c., deve esibire un contenuto minimo di legge, onde evitare carenze informative che ledano l'affidamento del terzo <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Ora assunto a custode della meritevolezza della destinazione dell'art. 2645 *ter* c.c.

<sup>(19)</sup> In via più circostanziata, la delibera dell'art. 2447 *ter* deve analiticamente indicare:

- a) l'affare al quale è destinato il patrimonio;
- b) i beni ed i rapporti giuridici che vi siano compresi;
- c) il piano economico-finanziario da cui risultino la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare, le modalità e le regole del suo impiego, oltre al risultato che si intende perseguire ed eventuali garanzie offerte ai terzi;
- d) gli eventuali apporti di terzi, le modalità di controllo sulla gestione e di partecipazione ai risultati dell'affare;
- e) la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione all'affare, con l'indicazione dei diritti che attribuiscono;

Tra i terzi interessati figurano, in primo luogo, proprio i creditori sociali, cui è data l'opposizione dell'art. 2447 *quater*, cpv., nonché quanti intendessero investire nell'affare, onde poterne valutare l'effettiva convenienza e redditività. Per questo la tutela del terzo è affidata, in special modo, al piano economico-finanziario, inteso quale «strumento di valutazione prospettica dell'idoneità funzionale del patrimonio rispetto allo scopo produttivo che si intende perseguire» <sup>(20)</sup>, da cui è desunta, appunto, la «congruità» delle risorse destinate al progetto imprenditoriale.

Si tratta, qui, d'una congruità non dissimile dall'adeguatezza della dotazione patrimoniale delle persone giuridiche del primo libro del codice civile, in funzione della realizzazione dello scopo, possibile e lecito, del terzo comma dell'art. 1, d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361. Non è chiaro, tuttavia, il criterio da impiegare nel valutarla. Posta la intrinseca discrezionalità del giudizio, potrà per certi aspetti adottarsi, anche in questa sede, la diligenza profusa dagli amministratori (art. 1176 c.c.), ma è plausibile un impiego della stessa clausola di ragionevolezza che informa la relazione degli esperti nel progetto di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (art. 2501 *bis* c.c.).

E' controverso, poi, se tale congruità riguardi la sola consistenza originaria della massa separata <sup>(21)</sup>, ovvero se debba altresì riferirsi, nel corso della realizzazione dell'affare, non solo al fabbisogno sopravvenuto <sup>(22)</sup>, ma anche alla esuberanza che gioverebbe ai creditori particolari, ma non a quelli generali per i quali è stata concepita, nell'insolvenza della società debitrice, la revocatoria concorsuale dell'art. 67 *bis* l. fall. (v. *infra*).

Il vaglio di congruità della massa destinata involge, rispetto al patrimonio separato, problematiche non dissimili da quelle che, rispetto al patrimonio autonomo, ha posto la società sottocapitalizzata <sup>(23)</sup>, risolte dal legislatore belga con l'imposizione ai soci fondatori

---

f) la nomina di una società di revisione per il controllo contabile sull'andamento dell'affare, quando la società non è assoggettata alla revisione contabile ed emette titoli sul patrimonio diffusi tra il pubblico in misura rilevante e offerti ad investitori non professionali;

g) le regole di rendicontazione dello specifico affare.

<sup>(20)</sup> INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società*, 2003, 297.

<sup>(21)</sup> LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. notariato*, I, 2003, 562.

<sup>(22)</sup> INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società*, 2003, 300.

<sup>(23)</sup> Sottocapitalizzazione, o *tihn capitalization*, da assumersi ora in senso nominale, laddove alla manifesta insufficienza del capitale sociale rimedi il finanziamento del socio (con prestito, ora postergato, alla società), ora in senso materiale, quale obiettiva mancanza dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività sociale.

Già la giurisprudenza ritenne, ancor prima della vigenza della riforma societaria, che le elargizioni effettuate dai soci totalitari di una società di capitati mantenuta in costante sottocapitalizzazione non potessero considerarsi alla stregua di finanziamenti, dovendo piuttosto essere classificate come versamenti in conto capitate, con la conseguenza che, in caso di fallimento,

della redazione, al momento di costituzione della società (anonima o a responsabilità limitata), d'un piano finanziario da depositarsi presso un notaio, sì da prospettare una responsabilità dei soci fondatori per i debiti della società, ove fosse emerso, al cospetto degli organi fallimentari, la manifesta insufficienza del capitale sociale al normale esercizio dell'attività programmata per un lasso temporale di almeno due anni <sup>(24)</sup>.

Manca, nello statuto degli artt. 2447 *bis*-2447 *decies*, una regola di tal fatta, al pari d'un dispositivo analogo a quello che rimedierebbe alle riduzioni del capitale sociale al di sotto del minimo di legge (art. 2447 c.c.). Nemmeno è richiesto, poi, che la consistenza del patrimonio separato emerga dagli atti e dalla corrispondenza della società (art. 2250 c.c.). In dottrina s'è escluso che l'incongruità possa sanzionarsi con l'invalidità dell'art. 2388 c.c., comportando piuttosto una responsabilità della società e degli organi di gestione per l'erroneo affidamento ingenerato nel terzo sulla capienza del patrimonio separato: il fatto costitutivo della pretesa risarcitoria deriverebbe dall'irragionevolezza e dalla negligenza nell'atto gestorio che tuttavia non implicherebbe, propriamente, un sindacato *ex post* sulla opportunità e convenienza della scelta imprenditoriale <sup>(25)</sup>. In questo modo, nell'incongruità, genetica o sopravvenuta, è divisato un abuso della separazione patrimoniale, talché la delibera dell'art. 2447 *ter*, benché valida, possa considerarsi *tamquam non esset*. Altra sarebbe la conclusione, evidentemente, ove la congruità desunta dal *business plan* rilevasse non già ai fini dell'efficacia, bensì quale causa d'invalidità, in applicazione del principio generale dell'art. 1418 c.c.

## 7. Il concetto di affare

Rapportato alla più estesa nozione d'attività economica dell'art. 2247 c.c., l'«affare» dell'art. 2447 *bis* designa la singola iniziativa economica intrapresa dalla società. L'espressione è mutuata dalla prassi commerciale, non compete al lessico dei codificatori del 1942 <sup>(26)</sup> che non ne fecero un largo impiego, se si eccettua la disciplina del mandato (artt. 1721, 1725 e 1726 c.c.), della mediazione (artt. 1754 e ss. c.c.) e soprattutto dell'associazione in partecipazione (art. 2549 c.c.), particolarmente affine al modello di finanziamento dell'art. 2447 *decies*.

---

tali somme non potessero essere insinuate allo stato passivo come capitale di credito, onde godere del trattamento privilegiato nella ripartizione del patrimonio sociale: v. Trib. Monza, 13 novembre 2003, in *Società*, 2004, 746.

<sup>(24)</sup> Così negli artt. 35, comma 6 e 123, comma 7 delle *lois coordonnées belges*.

<sup>(25)</sup> Diversamente, la responsabilità dovrebbe considerarsi sempre *in re ipsa*, allorché la si valutasse proprio in ragione della mera insolvenza del compendio destinato allo specifico affare.

<sup>(26)</sup> INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società*, 2003, 296.

La nozione di affare accolta nell'art. 2447 *bis* non corrisponde a quella che compare nella mediazione (art. 1754 c.c.), non esaurendosi *uno actu*, come attesta, in special modo, il piano economico finanziario accluso alla delibera costitutiva; né allude ad un ramo d'azienda o a distinta area strategica, che pure caratterizza l'impresa multidivisionale: se si conviene che la separazione patrimoniale della Sezione XI abbia carattere solo temporaneo, l'affare dovrà necessariamente consistere in una iniziativa economica a tempo determinato, sebbene strutturalmente complessa <sup>(27)</sup>. Quanto ai profili civilistici, è significativo che il soggetto del rapporto giuridico permanga, qui, la stessa società: la destinazione temporanea e transitoria allo «specifico affare» non rende il patrimonio separato un patrimonio *medio tempore* «senza investito» (v. *infra*) <sup>(28)</sup>.

Nulla osta, ricorrendone i presupposti, a che la massa separata sia poi destinata all'ultimazione d'un affare già intrapreso, quando la società intendesse proseguirlo destinandovi nuove risorse. In ogni caso, trattandosi d'una gestione contrattuale del rischio d'impresa, la tipologia dell'affare è affidata alla libera determinazione dell'autonomia privata: non è, dunque, predefinita *ope legis*, come nella legislazione speciale sulle gestioni patrimoniali dell'intermediario finanziario, sui fondi pensioni, sulla cartolarizzazione dei crediti e degli immobili pubblici nonché sul finanziamento delle infrastrutture. Per questo, seppur nel limite invalicabile dell'oggetto sociale, delle attività non riservate in base a leggi speciali e, ovviamente, della liceità (che pure implicherebbe la decadenza dal beneficio della responsabilità limitata), l'autonomia privata dota i patrimoni destinati allo specifico affare d'una polivalenza funzionale strutturalmente omologa, prima dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c., al solo *trust* c.d. autodichiarato, anch'esso contraddistinto dall'identità soggettiva tra *settlor* e *trustee*.

## 8. I beni e i rapporti destinati

Alla realizzazione dello specifico affare può destinarsi un autonomo complesso produttivo, e segnatamente un intero ramo d'azienda (destinato all'esercizio d'un ramo d'impresa), senza che la delibera incorra nelle preclusioni tassative dell'art. 167 c.c. che limita l'effetto segregativo del fondo patrimoniale ai soli beni immobili, ai mobili registrati ed ai titoli di credito (v. *infra*) <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> POTITO, *Patrimoni destinati...all'insuccesso?*, in *Società*, 2006, 546.

<sup>(28)</sup> BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 598 ss.

<sup>(29)</sup> Contra MAZZOCCA, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, II, Milano, 1977, p. 48.

Non è richiesto che si tratti di beni in proprietà, potendo esser goduti in *leasing* o in affitto, mentre potranno destinarsi anche prestazioni d'opera o servizi, oltre a beni immateriali, quali il brevetto, il diritto d'autore ed il *know how*.

L'allusione priva di specificazione alcuna a «beni» e «rapporti giuridici» non esclude, almeno astrattamente, che nel patrimonio destinato allo specifico affare la società possa conferire anche poste passive. D'altra parte, diversamente dal diritto romano che lo ridusse all'attivo netto <sup>(30)</sup> (*bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt*) <sup>(31)</sup>, anche i debiti comporrebbero il patrimonio, che non cesserebbe di sussistere in caso d'eccedenza del passivo sulle attività <sup>(32)</sup>. Prova ne sia l'eredità onerosa <sup>(33)</sup>, benché agli effetti dell'art. 2740 c.c. rilevino soltanto i beni passibili d'esecuzione forzata <sup>(34)</sup> cosicché, sempre con logica astratta, altro dall'insussistenza d'un patrimonio siano le potenzialità economiche del debitore <sup>(35)</sup>: per questo s'afferma che il patrimonio sociale è insolvente, non già che non sussista, quando il creditore sociale munito del titolo esecutivo non possa rivalersi su alcunché <sup>(36)</sup>.

Deve tuttavia escludersi una devoluzione di sole passività, così come il saldo passivo tra i rapporti giuridici destinati, pena la manifesta incongruità, ai sensi dell'art. 2447 *ter*, lett. c), della massa destinata allo specifico affare.

Quand'anche la delibera non statuisse alcunché, anche gli incrementi autogeni della massa separata sarebbero sottratti alle azioni esecutive dei creditori generali, che non potranno aggredirli siccome frutti civili acquistati «giorno per giorno» dal patrimonio destinato allo specifico affare (art. 821, comma 3, c.c.).

---

<sup>(30)</sup> FEDELE, voce *Patrimonio*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, fondato da Scialoja, V, 1, Milano, 1939, p. 238.

<sup>(31)</sup> L. 39, § 1, D. *de verb. signif.* 50, 16 (Paolo).

<sup>(32)</sup> TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 277 ss., dove si legge che il patrimonio «costituisce una realtà giuridica che sorge, si modifica e viene meno al di fuori delle possibilità giuridiche (in termini di esistenza e di esercizio) che vengono riconosciute al creditore nei confronti degli elementi che concorrono a formarlo. Il patrimonio d'altronde è un *quid* giuridico, alla stessa stregua di ogni altra entità, insensibile alla esistenza (in concreto) dei presupposti che possano dar vita alla garanzia ed alla connessa o conseguente responsabilità patrimoniale».

<sup>(33)</sup> Rispetto alla quale pure s'afferma che l'erede subentra nel patrimonio del *de cuius*, inteso come universalità.

<sup>(34)</sup> Nell'accezione più ristretta, FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 669, per il quale «è patrimonio tutto ciò che è oggetto d'esecuzione».

<sup>(35)</sup> Sul concetto di potenzialità economica del titolare del patrimonio, DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1930, p. 108.

<sup>(36)</sup> L'argomento fu impiegato dagli assertori della identità tra patrimonio e capacità patrimoniale per constatare come né lo stato passivo d'una fondazione, né l'insolvenza della persona fisica ne avrebbero alterato la soggettività: BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 619.

## 9. L'apporto di terzi e l'associazione in partecipazione

Quale figura intermedia tra il modello industriale e quello finanziario di patrimonio dedicato, il nuovo diritto societario ammette la possibilità che al singolo affare siano destinati apporti di terzi, così assecondando, per altra via, la necessità di reperire risorse sul mercato (art. 2447 *ter*, lett. d).

Ne sono evidenti le affinità con la cointeressenza impropria (art. 2554 c.c.)<sup>(37)</sup>, ma soprattutto con l'associazione in partecipazione descritta dal codice civile come il contratto con cui l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa, ovvero di uno o più affari, verso il corrispettivo di un determinato apporto (art. 2549 c.c.): anche nell'associazione in partecipazione, per consolidata giurisprudenza, non sorge un nuovo soggetto di diritto né è costituito un autonomo patrimonio, dovendosi altresì escludere la comunione dell'affare o dell'impresa che restano di pertinenza esclusiva dell'associante che farà propri gli utili salvo, nei rapporti interni, l'obbligo di liquidare all'associato la quota che gli spetta e di restituirgli l'apporto<sup>(38)</sup>.

Anche nel diritto societario l'apporto del terzo non concorre in alcun modo alla formazione del capitale sociale (v. *infra*), talché in nessun caso l'emissione di strumenti finanziari (v. *infra*) si tradurrebbe in titoli rappresentativi di una quota di partecipazione del terzo alla società. Analogamente a quanto previsto per l'associato dall'art. 2549 e ss. c.c., anche al terzo che apporti utilità al patrimonio dedicato al singolo affare è poi riconosciuto il diritto di controllarne la gestione, di percepirne gli utili e di ottenerne un rendiconto, secondo le modalità descritte proprio nella delibera costitutiva.

Non mancano, tuttavia, elementi di differenziazione tra i due istituti, poiché tra il terzo partecipa alla realizzazione dello specifico affare e la società non intercede alcun contratto. All'origine della separazione patrimoniale è la delibera dell'art. 2447 *ter* c.c., che non compare nell'associazione in partecipazione, giacché i beni dell'associante non sono in alcun modo sottratti alla *par condicio creditorum*: delle obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa l'associante risponde con l'intero suo patrimonio, senza alcuna distinzione tra ceto creditorio generale e speciale.

---

<sup>(37)</sup> Il contratto di cointeressenza assume la forma propria allorché il cointeresato partecipi sia agli utili, sia alle perdite dell'impresa dell'associante, senza il corrispettivo di un determinato apporto, e la forma impropria, invece, quando vi sia quell'apporto, ma non anche la partecipazione del cointeressato alle perdite.

<sup>(38)</sup> Cass., 17 maggio 2001, n. n. 6757, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 729. In senso conforme, cfr. anche la Cass., 21 ottobre 1981, n. 5518, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 433; Trib. Verona, 27 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 146.

Nell'osservanza, s'intende, dei limiti obiettivi di legge (v. *infra*) <sup>(39)</sup>, alla società azionaria è inoltre consentita l'intrapresa di un nuovo specifico affare, senza dover peraltro ottenere, sulla falsariga di quanto l'art. 2550 c.c. prescrive per l'associante, il previo consenso dei sovventori degli altri specifici affari già intrapresi.

L'apporto di terzi, ed in specie l'emissione di strumenti finanziari di partecipazione all'affare, ridimensiona la funzione conservativa che il vincolo di scopo assolve riguardo ai cespiti del patrimonio aziendale sottratti alle azioni esecutive dei creditori sociali. Le analogie con l'associazione in partecipazione, dove l'apporto dell'associato è elemento essenziale del contratto, suggeriscono la più ampia deducibilità nel patrimonio separato, potendosi anche in questo caso indifferentemente trattare di beni materiali (apportati in proprietà o in mero godimento) o immateriali, oppure di prestazione d'opera o di servizi <sup>(40)</sup>. Né varrebbe obiettare che i conferimenti debbano comunque farsi in danaro, quando non diversamente disposto nell'atto costitutivo (art. 2342 c.c.): quando non imputato a capitale, l'apporto del terzo, come quello dell'associato in partecipazione, non è conferimento in senso tecnico e non instaura alcun rapporto societario, tanto più che la partecipazione all'affare esula dai risultati della restante attività sociale, contrariamente a quanto avviene in caso di azioni correlate, ai cui possessori sono corrisposti dividendi nei limiti degli utili di bilancio (art. 2350 c.c.) <sup>(41)</sup>.

Difficile ipotizzare, almeno nella prassi, l'eventualità, pur astrattamente possibile, d'un patrimonio destinato interamente composto degli apporti di terzi, sui quali graverebbe l'intero rischio d'impresa: peraltro non vi sarebbe, in questo caso, alcuna sovrapposizione col modello finanziario dell'art. 2447 *decies*, né con riguardo all'oggetto della separazione patrimoniale, né con riguardo alle conseguenze del fallimento della società insolvente (v. *infra*).

## 10. Gli strumenti di partecipazione all'affare

La società può emettere titoli di partecipazione all'affare, dovendo in tal caso indicare, nella delibera costitutiva, i diritti che attribuiscono (art. 2447 *ter*, lett. e): l'effetto è

---

<sup>(39)</sup> S'allude, evidentemente, al limite del dieci per cento del capoverso dell'art. 2447 *bis*.

<sup>(40)</sup> In questo senso si veda la Cass., 17 maggio 2001, n. 6757, in *Giust. civ.*, 2002, I, 729, ove s'ammette che l'apporto dell'associato in partecipazione possa essere di qualsiasi natura, purché strumentale all'esercizio dell'impresa o allo svolgimento dell'affare.

<sup>(41)</sup> Sul tema, SERAFINI, *Le azioni correlate e i diritti patrimoniali sui risultati del settore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2005, 787 ss.

quello d'una mobilitazione dell'attivo segregato, che incrementa la capacità di raccolta di capitali (*funding*) a prezzi competitivi.

L'emissione di strumenti finanziari consente una maggior ingerenza del terzo nella conduzione dell'affare, quand'anche fosse escluso, dal novero dei diritti corporativi, il diritto di voto nell'assemblea generale <sup>(42)</sup>: come per l'organizzazione di categoria degli obbligazionisti, l'assemblea speciale dei portatori dei titoli dell'art. 2447 *ter*, lett. e) delibera sulla nomina e revoca dei rappresentanti comuni di ciascuna categoria, con funzione di controllo sul regolare andamento dello specifico affare, e sull'azione di responsabilità nei loro confronti (art. 2447 *octies*).

Quali forme d'indebitamento contigue alla partecipazione al capitale di rischio, anche gli strumenti finanziari dell'art. 2447 *ter*, lett. e), quando proposti ad investitori professionali o diffusi tra il pubblico dei risparmiatori, dovranno soggiacere alle discipline del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Al pari delle azioni correlate, essi non attribuiscono il diritto di partecipazione proporzionale agli utili dell'intera impresa, bensì un diritto di partecipazione ai «risultati dell'attività sociale in un determinato settore»: gli uni, tuttavia, incorporano un diritto di credito che potrà esercitarsi all'esito dell'affare; le altre, invece, sottendono una separazione contabile interna, talché l'investimento possa esser remunerato solo quando, approvato il bilancio e senza distinzioni settoriali, vi siano utili da distribuire (art. 2350, ultimo comma, c.c.). Ne resta controversa la comune natura azionaria (il sottoscrittore dell'azione correlata diviene azionista a tutti gli effetti), che comunque implicherebbe l'imputazione dell'apporto del terzo a capitale, come tale distintamente indicato nello stato patrimoniale della società e nel separato rendiconto.

E' dubbio, poi, se l'emissione degli strumenti di partecipazione all'affare possa competere all'organo di gestione, in luogo dell'assemblea, quando i titoli attribuiscono diritti patrimoniali o amministrativi che incidano sulla posizione dei soci o sull'assetto della *governance* societaria. A questo riguardo s'è ritenuto che l'emissione del titolo su apporto del terzo imputato a capitale giustifichi una competenza dell'assemblea dei soci, in analogia a quanto disposto per le obbligazioni convertibili <sup>(43)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Nei fondi comuni di investimento mobiliare, invece, l'investitore detiene delle quote che incorporano soltanto diritti patrimoniali (di partecipazione al risultato dell'investimento), così da precluderne l'ingerenza nell'attività del gestore.

<sup>(43)</sup> LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria*, cit., p. 500.

## 11. La pubblicità della delibera costitutiva

L'opponibilità del vincolo di scopo apposto al patrimonio destinato è condizionata agli adempimenti prescritti dall'art. 2447 *quater* c.c., e segnatamente al deposito ed iscrizione della deliberazione costitutiva a norma dell'art. 2436 c.c., come può desumersi, *a contrario*, dal *dies a quo* del regime di responsabilità dell'art. 2447 *quinquies*, comma 1, c.c.

Come per i contratti soggetti a trascrizione (artt. 2643 e 2645 c.c.), che non hanno effetto, quando non trascritti, nei riguardi dei terzi che abbiano acquistato diritti in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente (art. 2644 c.c.), anche l'inefficacia della delibera costitutiva del patrimonio destinato allo specifico affare può derivare dall'inadempimento dell'onere pubblicitario. Anche in questo caso, come in quello del *trust* autodichiarato dove *settlor* e *trustee* coincidono, manca un atto traslativo della proprietà, potendo concernere la pubblicità dichiarativa la sola destinazione allo specifico affare. Per questo, quando vi fossero conferiti beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il patrimonio destinato allo specifico riceve, quanto alle evidenze pubblicitarie, il medesimo trattamento riservato al compendio dell'art. 2645 *ter*: al deposito ed iscrizione della delibera costitutiva deve aggiungersi la trascrizione immobiliare o mobiliare negli appositi pubblici registri, pena l'inopponibilità ai creditori sociali.

La funzione della trascrizione non s'esaurisce, qui, nella sottrazione del patrimonio separato alle azioni esecutive dei creditori sociali generali: per il principio di priorità vale, altresì, quale criterio di composizione dei conflitti che insorgessero tra creditori particolari che pure appartenessero a classi distinte, ogniqualvolta il medesimo cespite fosse destinato, con successive delibere, a più specifici affari<sup>(44)</sup>.

La pubblicità della costituzione del patrimonio destinato è, dunque, in funzione dell'opponibilità ai terzi creditori (legittimati all'opposizione dell'art. 2447 *quater*). Diverso, sebbene ai medesimi effetti, è il regime d'opponibilità dei contratti che la società avesse concluso con l'unico azionista<sup>(45)</sup>, che devono risultare dal libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, ovvero da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento.

---

<sup>(44)</sup> Ciò che è consentito, a norma del capoverso dell'art. 2447 *bis*, comma 2, c.c. nel limite dimensionale complessivo del dieci per cento del patrimonio sociale contabile netto.

<sup>(45)</sup> Ovvero d'operazioni a favore di questi, quale la concessione d'una garanzia fideiussoria. Evidentemente, nell'art. 2362, comma 5, è codificata la regola delle mutue relazioni giuridiche che possano intercorrere tra i patrimoni autonomi, relazioni semplificate, concettualmente, dalla duplicazione delle soggettività giuridiche.

## **12. La menzione della destinazione di scopo**

Analoga a quella sottesa all'onere pubblicitario è la *ratio* del precetto dell'ultimo comma dell'art. 2447 *quinquies*, per il quale gli atti compiuti nella realizzazione dello specifico affare devono recare espressa menzione del vincolo di destinazione giacché, in difetto, delle obbligazioni che ne derivassero risponderebbe la società «con il suo patrimonio residuo».

Poiché la massa destinata non è qui personificata, la menzione del vincolo di scopo surroga la spendita del nome, poiché nel traffico giuridico solo quest'ultima consente di riferire un atto o un fatto, ed in specie la relativa responsabilità, ad un determinato soggetto di diritto. Per questo l'eventuale omissione non è un vizio formale incidente sull'efficacia della delibera costitutiva, implicando, piuttosto, una diversa imputazione delle obbligazioni che dall'atto derivino. A ben vedere, la regola non diverge da quella praticata nella *common law*, dove il *trustee* risponde personalmente delle obbligazioni contratte col terzo ignaro del rapporto fiduciario.

L'«atto» che deve recare l'espressa menzione del vincolo di scopo è da intendersi nell'accezione più lata: è tale, perciò, anche il semplice pagamento di somme dovute. E' poi da stabilire se alla formale della menzione possa equipararsi l'effettiva cognizione, sebbene per altra via, della devoluzione di scopo da parte del terzo (creditore o avente causa): la prova graverebbe sulla società cui ancora gioverebbe, in caso d'incapienza del patrimonio separato, la responsabilità limitata dell'art. 2447 *quinquies*.

Quand'anche la destinazione di scopo non fosse esplicitata, è preferibile ritenere che la responsabilità del «patrimonio residuo» cui allude l'ultimo capoverso dell'art. 2447 *quinquies* non debba includere beni o *assets* destinati ad altri specifici affari intrapresi dalla stessa società azionaria <sup>(46)</sup>: diversamente, il rischio della solidarietà passiva delle masse separate scoraggerebbe l'apporto di terzi nello specifico affare incrementando, col maggior onere di monitoraggio, il costo del capitale di debito.

## **13. I limiti della destinazione patrimoniale: la soglia del dieci per cento del capitale sociale netto**

L'art. 2447 *bis* contempla, nel capoverso, due limiti generali alla costituzione dei patrimoni destinati allo specifico affare, che non è ammessa per un valore eccedente la soglia

---

<sup>(46)</sup> S'intende, nel limite complessivo del dieci per cento del patrimonio sociale netto.

percentuale del dieci per cento del patrimonio netto della società, né per l'esercizio d'attività riservate in base alle leggi speciali.

Il limite quantitativo del dieci per cento del patrimonio netto contabile, del quale non v'è traccia nella legge delega, riflette la distinzione tra patrimonio lordo e patrimonio netto: mentre il primo, sulla falsariga dell'asse ereditario, è composto della somma complessiva di beni, crediti e debiti (*commoda et incommoda*), il secondo corrisponde al valore che residui alla detrazione delle passività<sup>(47)</sup>. Nel silenzio della Relazione che accompagnò il decreto delegato, quel limite andrebbe poi correttamente riferito alla totalità dei patrimoni che la società destinasse a distinti specifici affari: in questo senso depone la lettera dell'art. 2447 *bis* che inequivocabilmente allude ad «uno o più patrimoni» impiegando, al capoverso, l'avverbio «complessivamente»<sup>(48)</sup>. E' inoltre da ritenere che la soglia massima del dieci per cento del patrimonio sociale netto debba riferirsi alla consistenza della massa separata al momento in cui è costituita: immutata la congruità alla realizzazione dell'affare, una riduzione non nuocerebbe ai creditori sociali mentre l'esubero prodotto dagli incrementi autogeni è coerente con il fallimento della società che potrebbe esser dichiarato quand'anche il patrimonio destinato versasse *in bonis* (v. *infra*).

Nei primi decenni del secolo scorso, la dottrina qualificava il patrimonio separato come «nucleo minore» all'interno del patrimonio generale del soggetto di diritto privato<sup>(49)</sup>. Orbene, se rapportato all'intero patrimonio della società, anche il patrimonio destinato che non ecceda il limite in rassegna conserva, di regola, simile qualifica. Ed infatti, è ben vero

---

<sup>(47)</sup> A vari effetti, privatistici ma anche tributari, rileva l'analitica descrizione e, soprattutto, la stima complessiva dei singoli elementi del patrimonio quale «entità composita» (PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, p. 175). E' sul valore dei beni e rapporti che lo compongono che si basa il concetto di patrimonio della società e, soprattutto, quello di limitazione della responsabilità dei soci alla somma o al bene conferito (art. 2325 c.c.), oltre la valutazione d'adeguatezza del patrimonio delle associazioni e fondazioni che aspirino al riconoscimento della personalità giuridica (art. 1, comma 3°, d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361). Per le imprese commerciali l'inventario del patrimonio, da cui ne risultano attività e passività, è una regola consolidata nella prassi contabile aziendale, a tutela tanto dei soci quanto dei terzi creditori (art. 2217 c.c.); assume invece carattere dell'eccezione con riguardo alla persona fisica: si pensi all'inventario dei beni del minore compiuto dal tutore nei dieci giorni dalla nomina da parte del giudice tutelare (art. 362 c.c.).

<sup>(48)</sup> Conclusione condivisa da SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 185, nel presupposto che, diversamente, la norma si sarebbe prestata ad abusi, ed in specie alla elusione delle procedure concorsuali.

<sup>(49)</sup> VOCINO, voce *Patrimoni separati*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, fondato da Scialoja, V, 1, Milano, 1939, p. 231: «Di patrimoni separati parla la dottrina, tutte le volte che nel seno del patrimonio generale d'ogni subietto di diritti ha l'impressione dell'esistenza di nuclei minori, distinti, dotati d'una certa autonomia, suscettibili d'interferenze fra loro e con il patrimonio generale suddetto, costituiti da un certo numero di diritti e di beni specificatamente determinati, in relazione a una data finalità e in funzione di certi caratteri atti a determinane la accennata autonomia».

che la soglia del dieci per cento è un valore netto, risultante dalla detrazione delle passività alle attività destinate allo specifico affare, in modo che queste ultime possano avere una consistenza prossima a quelle imputate al patrimonio sociale di provenienza, quando si destinassero passività altrettanto consistenti; tuttavia, la destinazione di poste debitorie in alcun modo connesse alle attività parimenti destinate rivelerebbe l'intento della società di privilegiare taluni creditori in danno degli altri <sup>(50)</sup>, dunque un abuso della separazione patrimoniale che ripristinerebbe l'originario pari concorso creditorio.

A ben vedere, il limite dimensionale, che non è prescritto per la separazione differita dell'art. 2447 *decies* (v. *infra*), previene altresì il rischio di possibili modificazioni indirette dell'oggetto sociale, analoghe a quelle di cui è fatto divieto nell'art. 2361 c.c. <sup>(51)</sup>.

#### **14. Segue: le attività riservate in base a leggi speciali**

I patrimoni destinati non possono essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali (art. 2447 *bis*, capoverso). Nel limite v'è la consapevolezza che la separazione patrimoniale, al pari dell'abuso della personalità giuridica, possa prestarsi a finalità elusive, consentendo, in assenza del divieto, l'esercizio d'attività altrimenti soggette ad autorizzazioni, quali sono l'attività assicurativa, ora disciplinata dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (art. 11 e ss.), e quella di raccolta del risparmio tra il pubblico e d'esercizio del credito, quale attività d'impresa riservata alle banche (art. 10, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

Invero, poiché anche lo specifico affare deve rientrare nell'oggetto sociale della dedicante, la limitazione legale opererebbe proprio nei riguardi delle società già abilitate all'esercizio d'attività riservate (banche e compagnie d'assicurazione), che non potranno perciò avvalersi di patrimoni destinati così da rispondere, nei confronti dei loro creditori, con l'intero loro patrimonio, nei termini degli artt. 2740-2741 c.c.

#### **15. La durata del vincolo di scopo**

Distinguono i modelli di patrimonio destinato della sezione XI del capo V la genesi <sup>(52)</sup> e le discipline, che non contengono norme d'applicazione comune né reciproci rinvii.

---

<sup>(50)</sup> POTITO, *Patrimoni destinati...all'insuccesso?*, in *Società*, 2006, 549.

<sup>(51)</sup> Ogni qual volta l'affare non rientrasse nell'oggetto sociale, sarebbe dunque preclusa la segregazione patrimoniale dell'art. 2447 *bis* c.c., salva la delibera dell'assemblea straordinaria con la quale fosse modificato l'atto costitutivo, ciò che potrebbe tuttavia implicare il recesso dei soci dissenzienti (art. 2437 c.c.), con rilevanti ripercussioni patrimoniali, per la necessità di liquidarne le partecipazioni sociali.

Quel che invece accomuna le due forme di separazione è la tendenziale loro temporaneità, benché il diritto societario riformato non preveda, diversamente dall'art. 2645 *ter*, un termine cogente di durata massima. Ed infatti, eccettuata l'ipotesi del fallimento o dello scioglimento della società, il termine finale consisterebbe ora nella realizzazione dell'affare ovvero nella sopravvenuta impossibilità di portarlo a compimento; ora nel rimborso del finanziamento o nel decorso del tempo massimo dell'art. 2447 *decies*, comma, 2, lett. h).

La temporaneità del vincolo di scopo è caratteristica comune ad ogni atto di destinazione, tipica <sup>(53)</sup> o atipica <sup>(54)</sup>: la perpetuità del vincolo esaurirebbe il contenuto economico del diritto di proprietà, immobilizzando ricchezze che il disponente potrebbe destinare ad attività più redditizie, o fini ancor più meritevoli.

Con la cessazione del vincolo di scopo le masse separate tornano a confondersi e risorge la *par condicio creditorum*.

## 16. I vizi della deliberazione costitutiva

Il requisiti contenutistico-sostanziali della deliberazione che costituisce il patrimonio destinato tutelano l'affidamento del terzo, eliminandone le asimmetrie informative. Nulla tuttavia il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha stabilito sui vizi che potrebbero inficiarla, determinandone l'invalidità o l'inefficacia. Nel prossimo futuro è perciò auspicabile, in assenza d'un correttivo legislativo, almeno un intervento vicario del formante giurisprudenziale: posto che della separazione s'avvalga (anche) il contraente-creditore che non sconti, sul patrimonio destinato allo specifico affare, il pari concorso degli altri creditori sociali, è evidente come l'instabilità della delibera costitutiva non ne tuteli l'affidamento, condizionandone l'interesse a contrarre <sup>(55)</sup>.

L'alternativa è nello stabilire se, trattandosi di deliberazioni consiliari, s'applichino le regole speciali degli artt. 2377, 2378 e 2388 c.c., in luogo di quelle di diritto comune sulle invalidità contrattuali. Nel primo caso, l'unico dispositivo di tutela creditoria sarebbe

---

<sup>(52)</sup> La separazione patrimoniale è ora costituita con la deliberazione (di regola) assembleare dell'art. 2447 *ter*, ora con il contratto di finanziamento dell'art. 2447 *decies*.

<sup>(53)</sup> Le cause di cessazione del fondo patrimoniale sono state codificate nell'art. 171.

<sup>(54)</sup> L'atipicità della destinazione non consentì agli estensori dell'art. 39 *novies*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 l'elencazione di cause di cessazione, sulla falsariga del disposto dell'art. 177 c.c. Alla medesima *ratio* risponde, tuttavia, proprio il termine di massima durata, trasfuso nel testo dell'art. 2645 *ter*.

<sup>(55)</sup> Proprio la carente regolamentazione motiverebbe, per autorevole dottrina, l'insuccesso del patrimonio destinato allo specifico affare: «Se una figura non è sufficientemente regolata, viene a mancare un requisito cui la pratica è molto attenta, quello della prevedibilità (nel senso del realismo

l'opposizione dell'art. 2447 *quater*, atteso che l'art. 2388, al terzo comma, riserva l'impugnativa della deliberazione del consiglio al collegio sindacale, agli amministratori assenti o dissenzienti, talvolta anche ai soci, giammai ai terzi creditori cui non compete nemmeno la denuncia al tribunale per le gravi irregolarità gestorie dell'art. 2409 c.c.

Con riguardo alle invalidità del quarto libro del codice civile, è indubbio che non tutte le prescrizioni dell'art. 2447 *ter* possano considerarsi imperative (art. 1418). Non certo quelle sugli apporti di terzi o sull'emissione di strumenti finanziari, che potrebbero mancare<sup>(56)</sup>, mentre la delibera che non indicasse alcunché circa l'affare o i beni destinati a realizzarlo, quando non addirittura inesistente, sarebbe nulla per indeterminatezza dell'oggetto (art. 1346), non occorrendo, in tal senso, un'esplicita previsione dell'art. 2447 *ter*, trattandosi di nullità virtuale<sup>(57)</sup>.

Altro dall'invalidità, nella duplice forma della nullità e dell'annullabilità, è, nelle logiche di stabilità negoziale che hanno permeato la Riforma societaria, l'inefficacia che di regola consegue all'invalidità ma che potrebbe talvolta investire un atto *ex se* valido<sup>(58)</sup>. L'inefficacia qui equivarrebbe all'inopponibilità della delibera priva dei requisiti richiesti ai creditori sociali che pure non avessero opposto alcunché nel termine perentorio dell'art. 2447 *quater*<sup>(59)</sup>. Almeno con riguardo agli elementi essenziali, quell'inefficacia deriverebbe dalla violazione di norma imperativa, dunque da causa analoga a quella che produce la nullità del contratto, come avviene nella vendita immobiliare conclusa in violazione della prelazione legale in favore del locatario o affittuario<sup>(60)</sup>. Sennonché, poiché non è statuito alcunché sul diverso rimedio idoneo a realizzare gli effetti voluti dall'art. 2447 *ter*, è da ritenere che i vizi della delibera costitutiva soggiacciono alla regola generale dell'art. 1418 c.c.

---

giuridico americano): cioè non si sa bene come deciderà un giudice se gli capitasse il problema sul tavolo» (D'ALESSANDRO, *Patrimoni separati e vincoli comunitari*, in *Società*, 2004, 1061).

<sup>(56)</sup> Si veda, in questo senso, la Relazione ministeriale al decreto di Riforma societaria, in *Giur. comm.*, 2003, 92, dove si legge che, seppur possibile, «la costituzione di un patrimonio separato non è necessariamente collegata ad ipotesi di finanziamenti di terzi destinati all'affare stesso».

<sup>(57)</sup> LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. notariato*, I, 2003, 560.

<sup>(58)</sup> Sulla dicotomia invalidità-inefficacia, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 422 ss.

<sup>(59)</sup> INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società*, 2003, 300.

<sup>(60)</sup> Cass., 27 luglio 1990, n. 7579, in *Vita not.*, 1990, 494, dov'è statuita la validità del contratto inefficace nei confronti del prelazionario cui è dato il riscatto della *res empti* nei riguardi del terzo acquirente.

## 17. L'opposizione alla deliberazione costitutiva

Trattandosi d'operazione straordinaria, il terzo creditore può opporsi alla delibera costitutiva del patrimonio destinato, in analogia con quanto l'art. 2503 c.c. prevede in materia di fusione e scissione, nel termine di sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2447 *quater*, comma 2, c.c.).

Decorso quel termine, i creditori della società non potranno più far valer alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti (art. 2447 *quinquies* c.c.).

Diversamente da quel che avviene nella cessione dei beni ai creditori (art. 1980, comma 2, c.c.), qui il vincolo di destinazione non opererebbe *ex nunc*, nei soli riguardi dei creditori successivi alla costituzione del patrimonio di scopo: per questo l'opposizione dell'art. 2447 *quater* partecipa della medesima *ratio* dell'opposizione alla riduzione del capitale sociale (art. 2445, comma 3), quale dispositivo congegnato a tutela dei creditori anteriori, *uno latere* privati dell'azione esecutiva sui beni destinati <sup>(61)</sup>.

Nonostante l'opposizione, il tribunale può tuttavia disporre che la deliberazione dell'art. 2447 *ter* sia eseguita, previa prestazione di idonea garanzia: in questo senso, altro dal disconoscere la revocabilità, in via ordinaria o fallimentare, della delibera non opposta (v. *infra*) sarebbe, comunque, l'irrevocabilità per carenza d'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) del creditore che abbia proposto opposizione ma che possa rivalersi sulla garanzia prestata dalla società.

Pur trattandosi d'istituto affine ad una scissione endosocietaria, manca, negli artt. 2447 *bis*-2447 *decies* c.c., una norma corrispondente a quella che, proprio in materia di scissione (art. 2506 *quater*, comma 3, c.c.), preveda una solidarietà passiva tra patrimonio destinato allo specifico affare e patrimonio generale per i debiti sociali anteriori alla separazione. La nuova disciplina è perciò congegnata in modo da assicurare, in caso di mancata opposizione, una parziale esdebitazione della società, concernente la quota parte del patrimonio netto destinato allo specifico affare. Sennonché, solo una duplice esegesi correttiva potrebbe preservarne la legittimità costituzionale, ove la separazione patrimoniale dell'art. 2447 *bis* e ss. fosse assimilata, ai fini degli artt. 3 e 24 Cost., alle fattispecie della fusione (art. 2503) e della trasformazione (art. 2500 *quinquies*) <sup>(62)</sup>: pertanto, «a) o si ritiene

---

<sup>(61)</sup> A ben vedere, proprio la *ratio* del dispositivo sembra precluderne l'impiego in caso di patrimonio destinato interamente composto dei soli apporti dei terzi, a fronte dell'emissione di strumenti finanziari partecipativi.

<sup>(62)</sup> Sull'assimilazione della fusione alla trasformazione, nel comune presupposto del medesimo interesse del creditore a continuare a fare affidamento sulla responsabilità illimitata del

che l'espressione "creditori della società" di cui al comma 1 dell'art. 2447 *quinquies* faccia riferimento ai soli "creditori successivi alla costituzione del patrimonio destinato" e che per i creditori anteriori si applichi, per *analogia legis o iuris*, il principio dell'art. 2504 *decies*, a stregua del quale il patrimonio destinato è responsabile nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto trasferito dei debiti anteriori della società e da essa non soddisfatti oppure b) si ritiene che la liberazione per il patrimonio destinato dai debiti della società anteriori alla costituzione possa conseguire solo ove vi sia il consenso espresso o presunto di costoro, ad instar di quanto previsto per la trasformazione ancor oggi dall'art. 2500 *quinquies*, che ha confermato l'onere di comunicazione a tutti i creditori della divisata operazione al fine di raccogliere il loro consenso (anche presunto ai sensi del comma 2 di detta norma)»<sup>(63)</sup>.

Nondimeno, la specialità dell'opposizione ne ha resa controversa l'eshaustività, dovendosi stabilire se possa ammettersi la revocatoria della delibera non opposta nel (breve) termine di legge<sup>(64)</sup>: il maggior *favor debitoris* ha deposto per la revocabilità, in analogia ai precedenti sul conferimento della debitrice insolvente in altra società partecipata, salva in ogni caso l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (art. 2394 c.c.)<sup>(65)</sup>.

---

socio per le obbligazioni sociali pregresse, Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 47, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1151; in *Foro it.*, 1995, I, 1763; in *Giur. it.*, 1995, I, 305; in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, 227.

<sup>(63)</sup> LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria*, cit., pp. 501-502.

<sup>(64)</sup> In senso più restrittivo SANTAGATA, *I patrimoni destinati a «specifici affari»*, in AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005, 368: «La previsione dell'istituto dell'opposizione si spiega con la duplice istanza di conciliare la tutela dei creditori con le esigenze di sviluppo dell'attività economica della società e di attuazione del suo programma organizzativo e, soprattutto, di salvaguardia dell'affidamento dei creditori sull'efficacia della destinazione: il silenzio dei creditori sociali diviene invero, trascorso il termine suddetto, elemento formativo della fattispecie (destinazione patrimoniale ad uno "specifico affare"), precludendo definitivamente l'esercizio di azioni conservative, quali le revocatorie (ordinarie e fallimentari)».

<sup>(65)</sup> Sulla natura aquiliana (e non surrogatoria) dell'azione ex art. 2394 c.c., GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 2004, p. 316 ss.; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, Trattato diretto da Galgano, Torino, 2002, p. 357. In giurisprudenza, Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75, con nota di SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali*.

Tanto nel modello di *governance* tradizionale (art. 2380 *bis* c.c.), quanto nel modello dualistico (art. 2409 *novies* c.c.) ed in quello monistico (art. 2409 *septiesdecies* c.c.), la gestione dell'impresa ora spetta esclusivamente agli organi amministrativi sui quali graverà il maggior rischio di responsabilità per quelle scelte che prima della riforma del 2003 potevano esser devolute all'assemblea dei soci.

La riforma organica del 2003 ha poi inciso sulla diligenza degli amministratori che devono ora adempiere i doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze» (così nel novellato art. 2392 c.c., quale esplicazione della clausola del capoverso dell'art. 1176 c.c.), il che non significa, come si legge nel § 6, III, n. 4 della Relazione ministeriale al decreto di riforma societaria, che gli amministratori debbano essere periti in contabilità, in materia finanziaria ed in ogni altro settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, significando piuttosto che le scelte compiute debbano

## 18. La revocatoria della deliberazione costitutiva

All'endemica sottocapitalizzazione in cui hanno storicamente versato non poche imprese italiane potrebbe ora aggiungersi l'abuso della separazione patrimoniale dell'art. 2447 *bis*, comma 1, lett. a), cui il nostro rinnovato sistema reagisce attraverso due rimedi di diritto comune: la revocatoria (ordinaria e fallimentare) <sup>(66)</sup> dell'atto in frode alla singola classe creditoria, della quale si dirà ora, e la responsabilità civile, della quale ci occuperemo più oltre.

L'inefficacia pauliana nei confronti del creditore vittima d'un abuso della separazione patrimoniale storicamente è connesso alla illiceità dell'atto di destinazione atipica che, pur realizzando interessi immeritevoli di tutela per violazione dell'art. 2740 c.c., non fu tuttavia considerato nullo <sup>(67)</sup>, nel presupposto che «altro dalla frode alla legge è la frode al terzo o frode ai creditori, ai quali è dato di reagire con l'azione revocatoria» <sup>(68)</sup>.

L'equipollenza funzionale tra la separazione patrimoniale, tipica, dell'art. 2447 *bis* e la costituzione d'una società *ad hoc*, già rimarcata dalla Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, suggerì la revocabilità della delibera dell'art. 2447 *ter*, in analogia a quanto stabilito dalla giurisprudenza per i conferimenti effettuati dalla debitrice decotta nella costituenda

---

essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione.

Il legislatore delegato della riforma societaria ha inoltre implementato, specie nelle società azionarie, la serie degli obblighi gestori a contenuto specifico, che dovrebbero semplificare la prova in giudizio dell'illecito imputabile all'organo amministrativo. La progressiva tipizzazione dell'illecito degli amministratori s'è dunque sostituita all'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione che nella prassi avrebbe implicato, rispetto alle azioni della curatela *ex art.* 146 l. fall., una sorta di responsabilità oggettiva dell'amministratore solidalmente responsabile, così da allontanare «le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili» (Relazione ministeriale al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6). La stessa tecnica al contempo assume, a ben vedere, una funzione servente della responsabilità solidale di amministratori, sindaci e revisori contabili (il caso è, tra gli altri, proprio quello dell'azione di responsabilità che la curatela può esercitare, ai sensi dell'art. 156, 3° comma, l. fall., nei confronti degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo, della quale si dirà nel § che segue), tanto con riguardo alla graduazione delle colpe dell'art. 2055 c.c., quanto con riguardo alla prova liberatoria che a ciascun corresponsabile è consentito fornire (art. 2392, ultimo comma, c.c.; art. 2407, comma 2, c.c. art. 2409 *sexies*, comma 1, c.c.).

<sup>(66)</sup> Sul rapporto tra l'azione dell'art. 2901 c.c. e quella degli artt. 66 e 67 l. fall.: ANDRIOLI, *L'azione revocatoria*, Roma, 1935, p. 94; BUTERA, *Dell'azione pauliana o revocatoria*, Torino, 1934, p. 104; CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 72; CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965, p. 140; DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, p. 324.

<sup>(67)</sup> MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, p. 236.

società<sup>(69)</sup>. In tal modo, l'assenza d'alterità soggettiva del patrimonio separato avrebbe escluso il terzo partecipante dell'atto dannoso ma non anche il pari concorso dei creditori (generalmente) della società (conferente), che si sarebbero perciò avvalsi del rimedio revocatorio in funzione della reintegrazione della medesima garanzia di cui beneficiano, in casi analoghi, i creditori personali del coniuge imprenditore sui beni del fondo patrimoniale (art. 167 ss. c.c.)<sup>(70)</sup>.

Il maggior *favor* per il creditore sociale trarrebbe indiretta conferma proprio dalla delibera costitutiva del patrimonio destinato allo specifico affare che non compare tra le esenzioni dell'art. 67, comma 3, l. fall. alla regola generale della revocabilità, benché la stessa delibera non incorra, diversamente dal fondo patrimoniale del diritto di famiglia, nell'inefficacia dell'art. 64 l. fall., escludendosene la gratuità<sup>(71)</sup>.

L'insolvenza del patrimonio destinato allo specifico affare resta invece regolata «esclusivamente» dalle norme di liquidazione delle società, in quanto compatibili, cosicché sfuggirebbero alla revoca concorsuale «atti e pagamenti compiuti dal compendio destinato incapiente al patrimonio sociale *in bonis* che, a ben riflettere, potenzialmente costituiscono i rapporti intergestori più squilibrati e pregiudizievoli per i creditori dei patrimoni separati», ferma restando, s'intende, la revocatoria ordinaria dell'art. 2901 c.c.<sup>(72)</sup>.

La specialità dell'opposizione dell'art. 2447 *quater* comunque non la renderebbe alternativa al generale rimedio revocatorio, diversamente da quanto stabilito per le azioni dell'art. 1453 c.c.: trattandosi di tutele affatto autonome e perciò prive di vincoli di pregiudizialità, potrebbero esercitarsi entrambe, benché l'opposizione competa ai creditori anteriori alla delibera costitutiva, mentre dell'azione *pauliana* potrebbero valersi anche i

---

<sup>(68)</sup> GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, e continuato da Mengoni, Milano, 1988, p. 252.

<sup>(69)</sup> GUGLIELMUCCI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in [www.fallimento.ipsoa.it](http://www.fallimento.ipsoa.it). In giurisprudenza, per tutte la Cass., 26 febbraio 2002, n. 2792, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 316, ove fu confermata la decisione di merito che rinvenne gli estremi dell'*eventus damni* nella costituzione d'una società nella quale fu conferito l'usufrutto decennale sulla stessa azienda vinicola della conferente (una cantina sociale).

<sup>(70)</sup> Da ultimo, Cass., 7 marzo 2005, n. 4933, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 3: «Il negozio costitutivo del fondo patrimoniale, anche quando proviene da entrambi i coniugi, è atto a titolo gratuito, che può essere dichiarato inefficace nei confronti dei creditori a mezzo di azione revocatoria ordinaria, in quanto rende i beni conferiti aggredibili solo a determinate condizioni (art. 170 c.c.), così riducendo la garanzia generale spettante ai creditori sul patrimonio dei costituenti».

<sup>(71)</sup> TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, 301, dove la costituzione di un patrimonio destinato è sottratta alle attribuzioni gratuite «per il semplicissimo motivo che l'atto di destinazione è preordinato alla gestione di un affare, dal quale la società si prefigge di trarre un utile».

<sup>(72)</sup> SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie*, cit., 318.

creditori successivi ricorrendo, s'intende, il presupposto della dolosa preordinazione dell'atto gestorio.

### 19. L'irrevocabilità della deliberazione costitutiva

Non mancano, tuttavia, elementi che, all'opposto, depongono per l'irrevocabilità della delibera che costituisce il patrimonio destinato allo specifico affare, in modo da renderla sostanzialmente immune da quella giurisprudenza che di contro ha giudicato inefficace il *trust* costituito per scopi abusivi o fraudolenti <sup>(73)</sup>. Ed infatti, nel presupposto che l'*eventus damni* e la *scientia fraudis* siano comunque connaturati all'atto gestorio dell'art. 2447 *ter* (perciò astrattamente sempre revocabile), s'è ritenuto che la legge societaria del 2003 l'avesse sottratto al novero degli atti dispositivi a contenuto patrimoniale passibili di revocatoria: l'eshaustività dell'opposizione del capoverso dell'art. 2447 *quater* <sup>(74)</sup> avrebbe perciò preservato l'efficacia della delibera non opposta nei termini di legge, a corollario del regime di stabilità degli atti societari, dunque in analogia al regime delle opposizioni in materia di riduzione del capitale sociale (art. 2445 c.c.), trasformazione eterogenea (art. 2500 *novies*), fusione (art. 2503) e scissione (art. 2506 *ter*) <sup>(75)</sup>.

All'opposizione, quale rimedio vicario della revocatoria, è riconosciuto il pregio di salvaguardare l'affidamento dei creditori particolari che confidarono nella congruità del patrimonio destinato (rispetto alla realizzazione dell'affare) risultante dal piano economico-finanziario dell'art. 2447 *ter*, lett. c), dunque di dare senso compiuto alla clausola del 1° comma dell'art. 2447 *quinquies* per la quale, decorso il termine per l'opposizione alla delibera costitutiva <sup>(76)</sup>, «i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti».

---

<sup>(73)</sup> Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295.

<sup>(74)</sup> BOZZA, *Patrimoni destinati*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, VII, Torino, 2003, p. 155.

<sup>(75)</sup> Ha escluso la revocatoria fallimentare della delibera costitutiva del patrimonio destinato anche ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2003, 351.

Può qui essere utile rammentare che l'art. 33 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (in *Gazz. Ufficiale* n. 17 del 22 gennaio 2003 – Suppl. Ordinario n. 13) di riforma del diritto societario ha annoverato l'istanza *ex art. 2447 quater*, cpv, c.c. tra quelle assoggettate ai procedimenti camerali in confronto di più parti, con conseguente applicabilità degli artt. 30-32.

<sup>(76)</sup> Cui deve equipararsi l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale che ne disponga l'esecuzione previa concessione d'idonea garanzia che già escluderebbe ogni interesse ad agire in revocatoria (art. 100 c.p.c.). In senso conforme, SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie*, cit., 299 ss.

Potrebbe eccepirsi che l'opposizione dell'art. 2447 *quater* impedisca il compimento dell'atto pregiudizievole, mentre la revocatoria lo renda inefficace *ex post* <sup>(77)</sup>, talché solo la seconda tutelerebbe anche i creditori sociali posteriori alla costituzione del patrimonio destinato: il *consilium fraudis* tuttavia non implica un pregiudizio (giuridicamente) irreparabile per quei creditori cui è data l'azione di responsabilità dell'art. 2395, da esercitarsi entro cinque anni dall'iscrizione della delibera costitutiva nel registro delle imprese (e ciò quand'anche la stessa fosse adottata dall'assemblea, giusto l'ultimo comma dell'art. 2447 *ter*); questo, ovviamente, quando non si convenga che dall'irrevocabilità della delibera dell'art. 2447 *ter* derivi soltanto un «danno riflesso» <sup>(78)</sup>, dovuto alla minor consistenza della garanzia generica altrimenti offerta dal patrimonio sociale: la qualificazione dell'azione, di non facile lettura, è qui assai importante, perché il curatore fallimentare non è legittimato ai sensi dell'art. 2395 c.c., e perché muta il *dies a quo* della prescrizione quinquennale (decorrente dall'oggettiva conoscibilità dell'insufficienza patrimoniale, per l'art. 2394 c.c.; dal compimento dell'atto lesivo, invece, per l'art. 2395 c.c.).

D'altra parte, l'esclusività ed esaustività dell'opposizione dei creditori sociali anteriori all'iscrizione è coerente con il principio di stabilità negoziale, a beneficio del terzo contraente e dell'intero mercato, che dapprima ha orientato le scelte dei codificatori del 1942 <sup>(79)</sup>, quindi la riforma organica delle società di capitali e, da ultimo, proprio la rinnovata disciplina delle revocatorie fallimentari (art. 67 l. fall.). Davvero esplicativa, a questo proposito, la norma per la quale a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese non possa più pronunciarsi l'invalidità dell'atto di scissione (cui può certamente assimilarsi la delibera costitutiva del patrimonio destinato allo specifico affare, che darebbe luogo ad una sorta di gruppo endosocietario), salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati (così dispone, in materia di fusione, l'art. 2504 *quater* c.c. richiamato, per la scissione, dall'ultimo cpv. dell'art. 2506 *ter*): certo, altro dall'irrevocabilità della delibera non opposta nei termini dell'art. 2447 *quater* ne è

---

<sup>(77)</sup> L'obiezione è di FIMMANÒ, *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fallimento*, 2005, 1115.

<sup>(78)</sup> Sul danno lamentato dal creditore quale semplice riflesso di quello arrecato al patrimonio sociale, v., tra le pronunce più recenti, la Cass., 13 gennaio 2004, n. 269, in *Società*, 2004, 1114, con il commento di FERRARI, *Responsabilità dell'amministratore per vendita di azioni non interamente liberate*.

<sup>(79)</sup> Si pensi, in particolare, proprio alla tutela del terzo contraente di buona fede.

l'invalidità<sup>(80)</sup>, ma analoga è, tuttavia, la funzione che in entrambe le ipotesi assolverebbe la responsabilità civile, che offre il miglior rimedio tra quelli in grado di contemperare l'interesse del singolo con quello, generale, alla massima certezza e sicurezza del traffico giuridico<sup>(81)</sup>.

## **20. La revocabilità degli atti che incidono sul patrimonio destinato in danno dei creditori sociali**

Il patrimonio destinato allo specifico affare assume debiti propri, in modo che il vaglio di congruità dell'art. 2447 *ter*, lett. c), assolvta, per i creditori particolari, una funzione analoga a quella assoluta, per i creditori generali, dal capitale sociale minimo di legge (art. 2327 c.c.). Per questo, l'atto che depauperi il patrimonio destinato in danno dei creditori particolari è passibile di revocatoria ordinaria ma, a rigore, lo si dovrebbe sottrarre alla revocatoria concorsuale in favore dei creditori generali che non possono soddisfarsi sul patrimonio destinato sin quando perduri, in funzione dell'estinzione delle passività dello specifico affare, l'effetto segregativo dell'art. 2447 *novies*, comma 3.

Orbene, proprio in funzione della possibile «retrocessione» di quanto sopravanzasse alla liquidazione (o cessione) dell'art. 155, 3° comma, l. fall. è ora stabilito che «gli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare previsto dall'art. 2447 *bis*, comma 1°, lett. a), sono revocabili quando pregiudicano il patrimonio della società» (art. 67 *bis* l. fall.). La regola evidentemente è a corollario del principio per cui il patrimonio destinato allo specifico affare è altro dal patrimonio sociale ma non è altro dalla società. Presuppone, inoltre, una gestione *in bonis* dell'affare, così che il terzo avente causa del patrimonio destinato non possa eccepirne la capienza per sottrarsi alla revocatoria della curatela, quando consapevole dello stato di insolvenza della società. In questo modo, l'inefficacia dell'atto che avesse singolarmente disposto del cespite separato in frode dei

---

<sup>(80)</sup> A questo proposito s'osservi che la possibilità e liceità dell'oggetto della delibera costitutiva del patrimonio destinato allo specifico affare comunque ne precluderebbe l'impugnativa ai sensi dell'art. 2379 c.c.: perché l'inciso «salvo diversa disposizione dello statuto» (art. 2447 *ter*, ultimo comma, c.c.) assegna all'autonomia statutaria proprio la facoltà di devolvere all'assemblea dei soci la costituzione del patrimonio destinato allo specifico affare (altrimenti devoluta all'organo amministrativo), e perché la giurisprudenza in passato ha ammesso, soprattutto, che le delibere del consiglio di amministrazione fossero (per analogia) impugnabili negli stessi termini delle delibere assembleari (Trib. Milano, 16 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1886).

<sup>(81)</sup> Analoga funzione assolve, specie nella preordinata incapienza del patrimonio dell'alienante inadempiente, la tutela aquiliana che nella doppia vendita immobiliare è riconosciuta al primo acquirente non trascrivente nei confronti del secondo acquirente che, avendo per primo trascritto, possa tuttavia opporgli il proprio acquisto.

creditori sociali ne estende la garanzia patrimoniale oltre i limiti del corrispettivo della cessione (al netto delle passività) del patrimonio destinato ovvero della sua liquidazione *ex art.* 2487 c.c.

L'art. 207 dello schema del d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali prevede che nella fattispecie la *scientia decoctionis* si sarebbe presunta sino a prova contraria. Di quella presunzione non v'è traccia, invece, nella lettera dell'art. 67 *bis* l. fall. (a norma del quale «il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dalla conoscenza dello stato d'insolvenza della società»), talché nessuna deroga subirebbe l'onere dell'art. 2697 c.c.

Infine, (anche) la revocatoria dell'art. 67 *bis* l. fall. non può esser promossa decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento, e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto (art. 69 *bis* l. fall.). Ed è bene rimarcare che trattasi, qui, di termini di decadenza (non già di prescrizione), con tutte le implicazioni che ne derivino sul piano sostanziale (art. 2964 ss. c.c.).

## **21. L'evidenza contabile del patrimonio destinato**

Al diritto dei patrimoni destinati, specie quando si tratti di risorse mobiliari (ed ancor più fungibili), è coesistente una rappresentazione contabile che prevenga la confusione delle masse separate. Per questo la Banca d'Italia, nel regolarne le modalità segregative, ha imposto all'intermediario finanziario evidenze contabili relative al patrimonio (separato) di ciascun cliente <sup>(82)</sup>.

Allo stesso modo, gli amministratori o il consiglio di gestione devono tenere separatamente i libri e le scritture contabili relative allo specifico affare (art. 2447 *sexies*). Dei beni e rapporti destinati deve farsi distinta indicazione nello stato patrimoniale della società (art. 2447 *septies*). Per ciascun patrimonio destinato gli amministratori redigono, dunque, un separato rendiconto, allegato al bilancio, secondo gli artt. 2423 e ss. Deve essere altresì illustrato, nella nota integrativa, il valore e la tipologia dei beni e dei rapporti giuridici conferiti in ciascun patrimonio destinato, compresi quelli apportati da terzi, nonché i criteri adottati per l'imputazione degli elementi comuni di costo e di ricavo, oltre il corrispondente regime di responsabilità.

---

Sulla responsabilità civile nella circolazione della ricchezza, FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2004, 707 ss.

<sup>(82)</sup> Cfr. il Regol. Banca d'Italia, 1° luglio 1998, art. 4.1.

La responsabilità illimitata per le obbligazioni (da contratto) assunte in relazione allo specifico affare (art. 2447 *quinquies*, comma 3) deve risultare in calce allo stato patrimoniale e formare oggetto di valutazione secondo criteri illustrati nella nota integrativa.

I sistemi di incasso e contabilizzazione dei proventi dell'affare finanziato ai sensi dell'art. 2447 *decies* ne precludono la confusione col restante patrimonio, a tutela dell'affidamento del creditore legittimato a soddisfarsi, in via esclusiva, sulla massa separata.



# CAPITOLO I

## Sezione II

### **La responsabilità del patrimonio destinato allo specifico affare**

SOMMARIO: - 1. La responsabilità limitata (*ex contractu*). - 2. La responsabilità (illimitata) da fatto illecito. - 3. L'inopponibilità biunivoca. - 4. Il costo della separazione patrimoniale e l'abuso della personalità giuridica. - 5. La responsabilità per *mala gestio* delle masse separate nella nuova legge fallimentare. - 6. Segue: la decadenza dal beneficio della responsabilità limitata. - 7. L'onere di preventiva escussione del patrimonio destinato.

#### **1. La responsabilità limitata (*ex contractu*)**

Nei patrimoni separati, la destinazione di scopo comunemente produce un triplice effetto: ne determina l'indisponibilità-indistraibilità; ne modifica il regime amministrativo e gestorio; ma soprattutto ne esclude la responsabilità per debiti in alcun modo connessi allo scopo. Tra gli altri, sarebbe proprio l'inespropriabilità ed insequestrabilità relativa o, se si vuole, l'imputabilità di debiti propri, incidente sulla regola dell'art. 2740 c.c. (sebbene a soggettività invariata), la nota differenziale della figura<sup>(83)</sup>.

Per questo, evidentemente, i patrimoni dell'art. 2447 *bis*, 1° comma, lett. a) s'elevano a paradigma di patrimonio separato: tramite l'inibitoria dell'azione esecutiva dei creditori «generali» della società, che non potranno soddisfarsi né sul patrimonio destinato allo specifico affare, né sui frutti o proventi da esso derivanti, «salvo che per la parte spettante alla società» (art. 2447 *quinquies*, 1° comma, c.c.); e tramite l'analoga inibitoria per i creditori «particolari» che potranno soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio destinato<sup>(84)</sup>, salva la responsabilità illimitata (e sussidiaria) della società tanto per i fatti illeciti dell'art. 2043 c.c. (3° comma), quanto per gli atti (leciti ma) compiuti senza menzionarne la destinazione allo specifico affare (4° comma).

Il terzo comma dell'art. 2447 *quinquies* invero esordisce con una riserva, giacché la limitazione della responsabilità opera, in ossequio al principio di testualità del capoverso dell'art. 2740 c.c., «qualora la deliberazione prevista dall'art. 2447 *quater* non disponga diversamente». La valenza suppletiva della norma induce a ritenere che la costituzione del patrimonio destinato convenga, in luogo della società controllata *ad hoc* (ovvero d'altre

---

<sup>(83)</sup> DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di castello, 1941, 173; FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, 877, dove la responsabilità limitata è il criterio discrezionale che, meglio d'ogni altro, esprime l'essenza della massa separata, quale patrimonio «che ha propri debiti, in cui si localizzano le obbligazioni e responsabilità che da esso nascono, e che non risente gli effetti di obblighi diversi del soggetto del patrimonio».

*special purpose entities*), quando lo specifico affare fosse intrapreso senza l'apporto di terzi ovvero con l'apporto di terzi privi di quella forza contrattuale (dovuta al maggior spessore economico e patrimoniale, se non a mere contingenze) che avrebbe altrimenti imposto alla società l'assunzione d'una responsabilità illimitata<sup>(85)</sup>. In ogni caso, l'applicazione dell'art. 2740 c.c. alle obbligazioni contratte nella realizzazione dello specifico affare darebbe luogo, con l'unica eccezione, al più, delle obbligazioni da fatto illecito, ad una segregazione asimmetrica o imperfetta, poiché sul patrimonio destinato comunque non potrebbero rivalersi i creditori della società.

Almeno di regola, dunque, l'effetto prodotto è quello d'una limitazione della responsabilità che, per quanto innovativa, annovera già analoghi precedenti: sul fronte interno, il codice della navigazione invero ammetterebbe una limitazione del debito, non della responsabilità<sup>(86)</sup>, dell'armatore che, nell'esercizio di ciascun viaggio, risponderebbe nel limite d'una somma pari al valore della nave ed all'ammontare dei proventi che il viaggio gli procura (artt. 275 e ss. c. nav.)<sup>(87)</sup>; oltre confine, e segnatamente nelle cosiddette *offshore jurisdictions*, la disciplina delle *protected cell companies* da tempo consente, di contro, la scindibilità del patrimonio sociale in masse autonome e distinte, perciò capaci di debiti e crediti propri, alla stessa stregua d'una società controllata<sup>(88)</sup>: per questo il

---

<sup>(84)</sup> Al pari dei creditori del defunto e dei legatari che, in caso d'accettazione con beneficio d'inventario, non potranno pretendere più di quanto corrisponda al valore dell'eredità.

<sup>(85)</sup> POTITO, *Patrimoni destinati...all'insuccesso?*, in *Società*, 2006, 549.

<sup>(86)</sup> BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, nel Cod. civ. commentario diretto da Schlesonger, Milano, 1991, p. 60.

In argomento anche SPASIANO, *Il fondamento logico del principio della libertà armatoriale*, in *Riv. dir. nav.*, 1943-1948, I, 125 ss.; BERLINGIERI, voce *Armatore ed esercente di aeromobile*, in *Dig. comm.*, vol. I, Torino, 1987, p. 225 ss. Invero, è controverso se l'art. 275 c. nav. limiti il debito ovvero la responsabilità dell'armatore, con tutte le conseguenze di legge (delle quali si dirà più oltre). Ad una limitazione del debito sembra alludere non solo la rubrica, ma anche il testo della norma, per la quale «per le obbligazioni contratte in occasione e per i bisogni di un viaggio, e per le obbligazioni sorte da fatti o atti compiuti durante lo stesso viaggio, ad eccezione di quelle derivanti da proprio dolo o colpa grave, l'armatore può limitare il debito complessivo ad una somma pari al valore della nave e all'ammontare del nolo e di ogni altro provento del viaggio». Nel senso della limitazione del debito, v. App. Venezia, 10 agosto 1978, in *Dir. maritt.*, 1978, 462; Trib. Venezia, 3 maggio 1977, *ivi*, 1978, 92.

<sup>(87)</sup> Associa invece il debito armatoriale ai patrimoni destinati della riforma societaria GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 2004, p. 19.

<sup>(88)</sup> La prima disciplina organica delle *Protected Cell Companies (PCCs)* risale al 1° febbraio del 1997, e segnatamente alla *Protected Cell Companies Ordinance (ordinance No. V of 1997, amended by No. XV of 1998)* di Guernsey, un'isola sul canale della Manica (cui s'aggiungeranno, nel 2001, le *Protected Cell Companies - Special Purpose Vehicle - Regulations*), che nella parte prima (*Formation & attributes*) accolse un concetto di separazione patrimoniale a soggettività invariata speculare a quello dell'art. 2447 *bis* c.c., stabilendo, nella sezione 1.2, che (a) «*a protected cell company is a single legal person*», e che (b) «*the creation by a protected cell company of a cell does not create, in respect of that cell, a legal person separate from the company*».

---

Come i patrimoni separati censiti nel nostro ordinamento civilistico, anche il patrimonio cellulare è dunque privo, in quanto tale, d'una autonoma (ed ulteriore) personalità giuridica, di modo che al vincolo di destinazione consegua soltanto un regime differenziato di imputazione della responsabilità in corrispondenza della articolazione del ceto creditorio in classi ben distinte: accanto ai creditori generali della società, appunto, quelli, particolari, di ciascuna singola cellula.

La legislazione straniera sulle *Protected Cell Companies* prevede non solo che la ragione sociale rechi l'espressa menzione di PCC, ma anche l'adozione, da parte di ciascuna cellula, d'un proprio segno distintivo (ne dà conto ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contratto e impresa*, 2004, 333). Nessun segno distintivo è invece richiesto per i patrimoni sociali destinati allo scopo dell'art. 2447 *bis* c.c., benché gli atti compiuti nella realizzazione dello specifico affare debbano recare espressa menzione del vincolo di destinazione, pena la responsabilità della società estesa anche al «suo patrimonio residuo». A questo proposito in dottrina s'è auspicato che nel prossimo futuro la giurisprudenza interpreti restrittivamente la norma societaria, identificando il «patrimonio residuo» del 4° comma dell'art. 2447 *quinquies* c.c. con quello residuale di provenienza, in modo da sottrarre all'azione esecutiva i beni e rapporti conferiti in altri patrimoni destinati a specifici affari (ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, cit., 2004, 334).

Il modello societario delle PCCs ha trovato ampia diffusione non solo negli ordinamenti *offshore* - *Cayman Islands Companies Law*, cap. 22, *section XIV – Segregated portfolio Companies*; *Belize Protected Cell Companies Act, revised edition in 2000*; *Gibraltar Protected Cell Companies Ordinance*, 2001 (No. 22 of 2001); *Isle of Man Protected Cell Companies Act*, 2004 - ma anche in alcuni stati degli USA: Vermont (*Sponsored Captive Insurance Company Statute*, 1999), Rhode Island (*Protected Cell Companies Act*, 1999), South Carolina (*Protected Cell Insurance Company Act*, 2000), Iowa (*Protected Cell Companies Act*, 2000), Kentucky (*Kentucky Revised Statutes*) ed Illinois (*Protected Cell Companies Act*, 2001).

Secondo le definizioni correnti, «*a Protected Cell Company (PCC) is a single legal entity that can divide its assets between different cells within the company. When sub-divided, the assets of each cell are deemed to be entirely separate from each other and the creditors of a cell only have recourse against that particular cell*» (così si legge visitando il sito <http://www.msi-network.com>, dove ulteriori indicazioni sulla legislazione in materia della Repubblica di Mauritius (*Protected Cell Companies Act, 1999, amended in 2001*). A ben vedere vi sarebbe, dunque, una sostanziale sinonimia tra il concetto di patrimonio sociale dedicato allo specifico affare introdotto dal d.lgs. 13 gennaio 2003, n. 6 e quello di cellula («*cell*» ovvero «*segregated accounts*») sul quale è strutturata l'intera disciplina legislativa delle PCCs (ARLT, *op. cit.*, 331, specie alla nota 35): i creditori del *non cellular asset*, corrispondente al patrimonio generale della società di capitali che delibere a norma dell'art. 2447 *ter* c.c., non potranno aggredire il patrimonio cellulare, così come i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare (né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti) (art. 2447 *quinquies*).

Nella legislazione italiana, il patrimonio generale della società (corrispondente al «nucleo» delle PCCs) di regola non risponde, in via sussidiaria, nei confronti dei creditori del patrimonio separato insolvente: il principio è che delle obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponda nei limiti del patrimonio ad esso destinato, salva diversa previsione della delibera costitutiva (art. 2447 *quinquies*, 3° comma, c.c.). Nella legislazione statunitense sulle *Protected Cell Companies*, invece, la separazione patrimoniale tra nucleo e cellula non ammette deroga alcuna, così da escludere, anche in via solo sussidiaria, una responsabilità del patrimonio sociale per le obbligazioni del patrimonio cellulare (in questo senso di veda quanto disposto dal *South Carolina Protected Cell Insurance Company Act, Section 38-10-50*, il cui testo è qui di seguito riprodotto per esteso). Negli ordinamenti societari *offshore* è di contro stabilito che, salvo diversa previsione statutaria, dell'insolvenza della cellula possa sussidiariamente rispondere il nucleo, ma non anche un'altra cellula: è qui particolarmente avvertita la necessità di preservare ciascun patrimonio cellulare dal pregiudizio che potrebbe derivargli dalla responsabilità per obbligazioni contratte da altra cellula, come si evince dalla regola per la quale «*any liability not attributable to a particular cell of a protected cell company shall be the liability solely of the company's non cellular assets*» (*Guernsey*

fenomeno è stato assimilato, quale tecnica di specializzazione della responsabilità, ad una sorta di scissione o gruppo endosocietario.

La destinazione dell'art. 2447 *bis* concerne cespiti già appartenenti alla società conferente che ne dispone unilateralmente, assoggettandoli a diverso regime di responsabilità, come avviene nel *trust* auto-dichiarato <sup>(89)</sup>. La segregazione biunivoca e perfetta che ne deriva è priva di riscontro nei modelli di società personale, dove il socio risponde illimitatamente e solidalmente delle obbligazioni sociali, e distingue il patrimonio destinato allo specifico affare dal fondo patrimoniale i cui creditori possono soddisfarsi anche sui beni personali dei coniugi, salvo il *beneficium excussionis* che nei loro confronti potrebbe esser fatto valere, in via surrogatoria (art. 2900 c.c.), dai creditori generali o personali (quelli, per meglio intendersi, non legittimati *ex art. 170 c.c.*) per escluderne, almeno *medio tempore*, il pari concorso.

## 2. La responsabilità (illimitata) da fatto illecito

Delle obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare, la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato ma resta salva, tuttavia, la responsabilità illimitata per le obbligazioni derivanti da fatto illecito (art. 2447 *quinquies*, 3 comma, c.c.). In questo modo, il terzo danneggiato non parteciperebbe, diversamente dal creditore *ex contractu*, del rischio d'incapienza della massa separata gravante, quale correttivo della separazione perfetta, proprio sull'intero patrimonio della società.

Come nell'atto che non menzioni la destinazione allo specifico affare (v. § ), anche qui si tratta di stabilire se «la responsabilità illimitata della società» sottenda una solidarietà passiva anche degli altri patrimoni eventualmente destinati ad altri specifici affari. Ed anche in questo caso, la tutela dell'affidamento dei terzi interessati alla separazione dei patrimoni consiglia di ridurre quella solidarietà al solo patrimonio sociale generale.

---

*Protected Cell Companies Ordinance, section 10*, appunto rubricata come *Liability of cellular assets*).

<sup>(89)</sup> LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 250, dove peraltro s'osserva che quel che distingue il patrimonio destinato dell'art. 2447 *bis* e ss. dal *trust* è l'assenza d'un rapporto fiduciario (né, s'aggiunge, la massa societaria separata prefigurerebbe un «*trust* di scopo», nel quale non fosse specificamente indicato il beneficiario), «aggravata dal modo tipico di procedere del legislatore italiano, il quale prevede una serie di procedimenti di pubblicità, assemblee dei possessori degli strumenti finanziari che siano stati emessi in relazione all'affare che ha dato causa alla costituzione del patrimonio separato e altre garanzie procedurali o formali, le quali tutte presuppongono una contrapposizione di interessi fra la società e i terzi, apportatori o finanziatori».

All'evidenza, è sull'illecito dell'art. 2043 c.c., quale fonte involontaria dell'obbligazione, che il legislatore delegato ha eretto la distinzione, agli effetti dell'art. 2740 c.c., tra creditore che con il contratto abbia scientemente accettato di soddisfarsi soltanto sui beni separati e creditore cui invece, per non aver scelto il proprio debitore, non potrà opporsi alcunché, quand'anche si trattasse di danno arrecatogli nella realizzazione dello specifico affare <sup>(90)</sup>. Il costo del danno arrecato nell'esercizio dell'impresa è, sovente, una esternalità che grava su soggetti incapaci di valutarne il rischio e, pertanto, di negoziarne il costo con l'imprenditore. Benché l'integralità del risarcimento sia principio privo di copertura costituzionale, il legislatore deve aver formulato la clausola d'inopponibilità dell'art. 2447 *quinquies*, comma 3, all'esito d'una valutazione assiologica degli interessi in conflitto, dacché l'interesse al miglior ristoro prevalessse sull'interesse, altrimenti meritevole di tutela, alla separazione patrimoniale dell'art. 2447 *bis*, così ovviando alle carenze degli altri dispositivi di tutela creditoria: l'opposizione dell'art. 2447 *quater*, l'evidenza pubblicitaria del vincolo di scopo, la gestione e contabilità separate.

E' plausibile che anche la meritevolezza dell'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter* possa leggersi in questo senso, ove si ritenesse che il legislatore abbia condizionato l'opponibilità del vincolo di scopo, ove trascritto, a qualcosa di qualitativamente diverso dal solo giudizio di liceità dell'art. 1343 c.c..

La valenza applicativa della soggezione della responsabilità aquiliana della società alle norme di diritto comune (art. 2740 c.c.) è di tutta evidenza ed è esemplificata dal caso dell'infortunio occorso al dipendente assunto proprio per la realizzazione dello specifico affare: egli potrà agire a norma dell'art. 2087 c.c., ma se vorrà giovare della più ampia garanzia patrimoniale, dovrà necessariamente invocare la responsabilità extracontrattuale del datore di lavoro; l'attore sarà così nella condizione di valutare la maggior convenienza della responsabilità illimitata del debitore, seppur rinunciando al più favorevole regime probatorio dell'art. 1218 c.c.

### **3. L'inopponibilità biunivoca**

---

<sup>(90)</sup> Sul distinguo, agli effetti della più ampia garanzia patrimoniale, tra creditori sociali volontari ed involontari, v. anche INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare* (art. 2447 *bis*, lettera a, c.c.), in *Contr. e impr.*, 2003, 172 ss.: «La responsabilità illimitata della società per le obbligazioni che derivano da fatto illecito, sorte nella realizzazione dell'affare, rende, nella sostanza, il *patrimonio destinato* alla soddisfazione dei creditori contrattuali, ai quali soltanto, rivestendo essi la caratteristica dei *creditori particolari*, è precluso di soddisfarsi sull'interesse dei beni sociali» (il corsivo è dell'Autore).

Acclarato che la *ratio* della clausola del terzo comma dell'art. 2447 *quinquies* risieda nella involontarietà della fonte dell'obbligazione, potrebbe allora concludersi che, ogniqualvolta si trattasse di obbligazione da fatto illecito, i creditori «generali» della società possano soddisfarsi anche sul patrimonio destinato in via esclusiva allo specifico affare, poiché una diversa soluzione apparirebbe palesemente discriminatoria e difficilmente giustificabile sul piano dello *strictum ius*. Ed infatti, se in caso di condanna aquiliana ai creditori del patrimonio separato è consentito di soddisfarsi anche sul patrimonio sociale residuo, non si vede per quale ragione debba escludersi l'espropriabilità dei beni del patrimonio separato da parte dei creditori generali *ex delicto*: anch'essi, come i primi, sono creditori involontari, non avendo prescelto il proprio debitore, né avrebbero in altro modo rinunciato alla più ampia garanzia generica dell'art. 2740 c.c. <sup>(91)</sup>.

L'inopponibilità biunivoca del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito eliminerebbe ogni asimmetria nell'applicazione della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.) <sup>(92)</sup>, pur costituendo, lo si deve riconoscere, una remora all'investimento di terzi nello specifico affare, i quali scontrerebbero, sulla massa separata altrimenti loro riservata, il pari concorso dei creditori sociali da fatto illecito.

In assenza d'espressa previsione, è dubbio, invece, se l'inopponibilità del vincolo di destinazione al creditore *ex delicto* valga anche per il modello finanziario di separazione patrimoniale (art. 2447 *decies*), dovendosi perciò stabilire se, nell'incapienza del patrimonio

---

<sup>(91)</sup> PARTISANI, *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, in *La resp. civ.*, 2005, 49; BERTUZZI-BOZZA-SCIUMBATA, *I patrimoni destinati, partecipazioni statali, s.a.a., La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 110, dove si afferma che «la prima distinzione fatta dal legislatore non è tra creditori generali e particolari, bensì tra creditori per titolo contrattuale e creditori per fatto illecito; solo nella prima categoria è utile la ulteriore suddivisione tra creditori generali e particolari in ragione dei diversi effetti per essi derivanti dalla separazione patrimoniale, nel mentre per i creditori per fatto illecito, abbiano essi subito un danno nel corso dell'attività ordinaria della società o nell'esecuzione dello specifico affare, la destinazione patrimoniale non produce alcun effetto limitativo della responsabilità del debitore».

*Contra* GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005, p. 105, nel senso che il legislatore intese «creare un'effettiva posizione di privilegio dei soggetti direttamente coinvolti dallo specifico affare, onde rendere più appetibile per i terzi, ed utilizzabile per le società, il nuovo strumento che, altrimenti, risulterebbe soluzione inutile, così compressa nelle strette limitazioni poste dalla disciplina».

<sup>(92)</sup> Come noto, nell'art. 2741 c.c. è codificato il principio di universalità-concorsualità che promana dal *favor* legislativo per la liquidazione unitaria (ed equanime) dell'intero patrimonio del debitore, nel prevalente interesse della totalità delle classi creditorie: si pensi alle esecuzioni fallimentari (art. 52 legge fall.), alla liquidazione delle persone giuridiche estinte (artt. 11-21 disp. att. c.c.), alla liquidazione dell'eredità accettata con beneficio d'inventario (art. 498 c.c.) e di quella dell'eredità giacente (art. 530, 2° comma, c.c.).

sociale, egli possa soddisfarsi sui proventi dell'affare, salve le azioni conservative sui beni strumentali alla realizzazione dell'operazione.

#### 4. Il costo della separazione patrimoniale e l'abuso della personalità giuridica

Pur distinguendosi tra autonomia e separazione, la *ratio* della non opponibilità della destinazione di scopo al creditore *ex delicto* (art. 2447 *quinquies*, comma 3) evoca, sotto diversi aspetti, quelle teorie (*piercing the corporate veil*) <sup>(93)</sup> che in *common law* hanno ovviato agli abusi più gravi cui potesse dar luogo l'alterità soggettiva della società, specie quando sottocapitalizzata.

Vien alla mente, in primo luogo, proprio la responsabilità pro-quota del socio già ipotizzata negli studi di *law & economics*, ed in specie nelle teorie revisioniste della *limited liability in tort* <sup>(94)</sup>, in parte sedimentatasi anche negli ordinamenti di *civil law*, laddove il costo della persona giuridica è sopportato nel limite dell'effettiva persistenza dei presupposti del beneficio della limitazione di responsabilità <sup>(95)</sup>.

La costituzione del patrimonio destinato allo specifico affare non richiede un capitale minimo di legge, avendo il legislatore preferito il criterio (discrezionale) della congruità delle risorse destinate che avrebbe peraltro potuto alimentare, in assenza della clausola dell'art. 2447 *quinquies*, comma 3, rischi analoghi a quelli in cui fosse incorso il creditore (da fatto illecito) d'una società sottocapitalizzata. Per questo, ove l'affare implicasse un apprezzabile rischio di danni ai terzi, la società azionaria potrebbe ancora preferire la

---

<sup>(93)</sup> PONZANELLI, voce *Lifting the veil*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IX, Torino 1993, 3 ss.

<sup>(94)</sup> Sebbene sul versante dei patrimoni autonomi, sul *discrimen* tra creditori (volontari) da contratto e creditori (involontari) da fatto illecito si erigono, a corollario delle problematiche connesse agli abusi dell'alterità soggettiva, le dottrine nordamericane revisioniste del dogma della *limited liability in tort* delle società di capitali, in cui è scorto «il risultato di un incidente storico, probabilmente incoraggiato in larga misura dalla rarità, durante il periodo di formazione della *corporate law* tra il diciannovesimo e l'inizio del ventesimo secolo, di una responsabilità *in tort* tale da far fallire una società. L'incremento nell'uso di tale forma organizzativa nel caso delle piccole imprese, insieme con il recente avvento di potenzialmente enormi responsabilità extracontrattuali per danno all'ambiente, danno da prodotti e esposizione a rischi sul posto di lavoro, suggeriscono che tale impostazione dovrebbe essere rivisitata»: così HANSMANN e KRAAKMANN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, trad. it., in *Riv. soc.*, 2001, 73.

Del tema si sono diffusamente occupati, in Italia, anche WEIGMANN, *La responsabilità limitata delle società di capitali di fronte ai fatti illeciti*, in Studi in onore di R. Sacco, Milano, 1994, p. 1233 e COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi di terzi*, Milano, 1997, p. 193 ss.

<sup>(95)</sup> GALGANO, *Il costo della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 1 ss.

duplicazione delle strutture societarie, onde esonerarsi proprio da quella clausola di responsabilità illimitata <sup>(96)</sup>.

Mentre la responsabilità della *holding* che abusi dell'alterità soggettiva della controllata richiede una declaratoria giudiziale dall'esito naturalmente aleatorio e tale, dunque, da ingenerare non poche incertezze tra le classi creditorie concorrenti, l'inopponibilità (biunivoca) del vincolo di scopo alle obbligazioni da fatto illecito garantirebbe, invece, la maggior certezza delle contrattazioni, poiché ciascuna classe creditoria è edotta, *ab initio*, della garanzia patrimoniale sulla quale potrà fare affidamento, specie nell'eventualità d'un concorso con creditori *ex delicto* <sup>(97)</sup>.

L'inopponibilità del vincolo di scopo dunque consente una più equa allocazione del costo del danno ed elide le difficoltà nelle quali la vittima dell'illecito incorrerebbe ove le fosse concesso, quale indiretto dispositivo di tutela aquiliana, la sola revocatoria (art. 2901 c.c.) della destinazione patrimoniale <sup>(98)</sup>. La regola contempera le esigenze della produzione con quelle, solidaristiche, della socializzazione del costo del danno. Si tratta tuttavia di stabilire se trattasi di regola d'eccezione, come tale di stretta applicazione, ovvero cui possa attribuirsi, nel diritto dei patrimoni separati, una valenza generale, quale correttivo alle disfunzioni che potrebbero altrimenti derivare dalla separazione biunivoca dei patrimoni destinati <sup>(99)</sup>. L'applicazione estensiva della clausola in rassegna non consentirebbe al beneficiario dell'art. 2645 *ter* d'opporvi, eccependo l'inespropriabilità della massa destinata, all'azione esecutiva del terzo danneggiato, così risolvendo il vaglio di meritevolezza dell'art. 1322, comma 2, in una comparazione assiologica degli interessi contrapposti.

---

<sup>(96)</sup> L'eventuale maggior costo del capitale non inferiore a centoventimila euro richiesto per la costituzione della S.p.A. (per la s.r.l. si veda, invece, la clausola dell'art. 2463, comma 2, n. 4) compenserebbe ampiamente l'esposizione dell'intero patrimonio sociale all'azione esecutiva del terzo danneggiato, ove in luogo della controllata fosse costituito il patrimonio destinato dell'art. 2447 *bis* c.c.

<sup>(97)</sup> In senso conforme, MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuridico-economica*, nei *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2004, 26, in nota 34.

<sup>(98)</sup> PARTISANI, *Trust interno e responsabilità civile del disponente*, in *Resp. civ.*, 2005, 548.

<sup>(99)</sup> In questo senso depone, con riguardo al modello di separazione del diritto di famiglia, il Trib. S. Remo, 29 ottobre 2003, in *Dir. e famiglia*, 2004, 101: «La limitazione alla pignorabilità dei beni costituiti nel fondo patrimoniale *ex art.* 170 c.c. deve intendersi riferita alle obbligazioni nascenti da contratto e non anche a quelle nascenti da fatto illecito (sorte in capo ad uno solo dei coniugi). La formulazione testuale dell'art. 170 c.c., infatti, nel richiamarsi ad attività poste in essere dai coniugi nell'ambito dell'autonomia contrattuale e nell'indicare l'ulteriore requisito della previa *scientia creditoris* (con riguardo all'estraneità del credito ai bisogni della famiglia), indirizza il limite alla pignorabilità dei beni del fondo patrimoniale alle sole obbligazioni *ex contractu*, con esclusione di quelle riferibili al paradigma dell'art. 2043 c.c.».

L'affinità, quanto a presupposti e sanzioni <sup>(100)</sup>, con l'abuso della personalità giuridica è altresì nella confusione tra le masse separate, dovuta ora alla condotta dell'azionista che impieghi il patrimonio sociale per fini diversi da quelli per cui la società fu costituita <sup>(101)</sup>, ora alla violazione delle regole di separatezza fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima (art. 156, comma 3, l. fall.), della quale si dirà più oltre.

## 5. La responsabilità per *mala gestio* delle masse separate nella nuova legge fallimentare

La distrazione o confusione dei patrimoni separati è un abuso che il diritto certo non può tollerare. E' per questo che nell'intermediazione finanziaria la confusione in danno degli investitori dei patrimoni per legge separati configura una ipotesi di reato (art. 168, T.U.F.) <sup>(102)</sup>; ed è per lo stesso motivo che nel nuovo Codice delle Assicurazioni private l'inosservanza della separazione patrimoniale dell'art. 117 (v. *supra*, § 1) è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria dell'art. 324, quand'anche commessa da dipendenti o altri ausiliari dell'intermediario.

In tale contesto, i regimi di pubblicità legale e di rappresentanza contabile dei patrimoni destinati allo specifico affare, al pari dei sistemi di incasso e contabilizzazione dei proventi dell'affare finanziato ai sensi dell'art. 2447 *decies*, tutelano l'affidamento ingenerato nei creditori (generalisti e particolari) dalla separazione patrimoniale <sup>(103)</sup>, in modo che alla violazione delle regole di gestione separata consegua un illecito tipico (e

---

<sup>(100)</sup> La comune sanzione è quella della decadenza dal beneficio della responsabilità limitata.

<sup>(101)</sup> E' d'insegnamento il caso dell'imprenditore Faccenda che agì quale *holding* persona fisica di un gruppo societario, dichiarato fallito in proprio per aver confuso il patrimonio personale con quello delle società del gruppo, in modo da agire, sul piano economico-sostanziale, quale imprenditore individuale. Cfr. l'App. Roma, 19 febbraio 1981, in *Dir. fall.*, II, 1981, 146, con nota critica di SCALERA.

Sulla fattispecie, classificata tra gli abusi della personalità giuridica, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 2004, 113.

<sup>(102)</sup> L'effettiva tutela del cliente-investitore è, dunque, nel consenso che questi prestasse per iscritto all'intermediario affinché impieghi nel proprio interesse, o nell'interesse di terzi, gli strumenti finanziari in gestione.

<sup>(103)</sup> La confusione delle masse separate nuoce a tutte le classi creditorie: ai creditori «generalisti», che scontrerebbero il pari concorso, sul patrimonio della società, dei creditori dello specifico affare; ed a questi ultimi, specie quando costretti ad insinuarsi allo stato passivo quali semplici creditori chirografari, nel presupposto che l'art. 2447 *novies*, terzo comma, c.c. faccia comunque salvi i diritti dei creditori particolari, senza tuttavia riconoscergli alcun privilegio in caso di «retrocessione» (per confusione) del patrimonio destinato alla società costituente.

plurioffensivo) degli amministratori: quale inadempimento in danno della società (art. 2392 c.c.), e quale illecito aquiliano in danno di ciascuna classe creditoria (art. 2394 c.c.)<sup>(104)</sup>.

La riprova è nell'ultimo capoverso dell'art. 156 l. fall., dov'è ora stabilito che ove risultino violate le regole di separazione fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società ed il patrimonio della società medesima, il curatore possa agire in responsabilità (artt. 2392-2394 *bis* c.c.) nei confronti degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo, nei termini dell'art. 146, 2° comma, l. fall. che ancora subordina l'azione della curatela all'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori<sup>(105)</sup>.

L'art. 156 l. fall. non specifica alcunché circa il ceto creditorio in danno del quale siano state violate le regole di separatezza patrimoniale. Evidentemente, deve trattarsi dei creditori (generali) ammessi a soddisfarsi sul patrimonio della società fallita, mentre è dubbio se l'azione di responsabilità degli amministratori verso i creditori del patrimonio destinato possa essere esercitata, sino alla concorrenza del singolo credito risarcitorio, da ciascun creditore in proprio (e non dalla curatela quale sostituto processuale): da un lato il patrimonio destinato è appreso dalla curatela; dall'altro è stabilito che all'insolvenza del patrimonio destinato allo specifico affare s'applichino «esclusivamente» le norme sulla liquidazione delle società, in quanto compatibili (art. 2447 *novies*, comma 2, c.c., nel testo modificato dall'art. 20, d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310).

L'art. 156 l. fall. dunque presuppone che alla violazione delle regole di separatezza possa imputarsi (l'*eventus damni* del)l'insolvenza delle masse separate nei confronti delle corrispondenti classi creditorie. Qui, come per il pregiudizio arrecato al creditore dalla delibera non opposta nel termine dell'art. 2447 *quater*, la responsabilità civile potrebbe assolvere una funzione sussidiaria e complementare alla revocatoria dell'atto lesivo<sup>(106)</sup>, peraltro non preclusa *ope legis* ma dalla *mala gestio* che avesse definitivamente compromesso, non consentendone la reintegrazione, la garanzia patrimoniale del creditore, nel presupposto che i patrimoni separati, pur non necessitando d'alcuna duplicazione della

---

<sup>(104)</sup> Sulla natura aquiliana (e non surrogatoria) dell'azione *ex art.* 2394 c.c., GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 2004, p. 316 ss.; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, Trattato diretto da Galgano, Torino, 2002, p. 357. In giurisprudenza, Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, 75, con nota di SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali*.

<sup>(105)</sup> Sulla responsabilità degli amministratori in sede fallimentare, FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., 395.

<sup>(106)</sup> Quale sarebbe, tra gli altri, il drenaggio di liquidità (con conseguente confusione, trattandosi di beni fungibili) da un comparto separato all'altro, il cui rischio è qui ancor più elevato che nei gruppi di società.

soggettività giuridica, siano «capaci anche di mutue relazioni giuridiche» <sup>(107)</sup>, in ciò ravvisandosi l'essenza del «rapporto intergestorio» (e non già intersoggettivo) <sup>(108)</sup> che invero già poteva trarsi dall'art. 207 dello schema del d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali che, quale rimedio primario, prevede (con norma peraltro non trasfusa nel d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) la revocabilità degli «atti e pagamenti compiuti tra la società e il patrimonio destinato e viceversa» <sup>(109)</sup>.

La prescrizione (quinquennale, a mente dell'art. 2949, 2° comma, c.c.) dell'azione di responsabilità comincerà a decorrere dall'evento dannoso dell'incapienza di ciascuna massa separata: non necessariamente dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento, per il patrimonio della società <sup>(110)</sup>; dunque anche anteriormente al deposito del rendiconto finale presso l'ufficio del registro delle imprese, si deve qui ritenere, per il patrimonio destinato <sup>(111)</sup>.

---

<sup>(107)</sup> FERRARA, *op. cit.*, p. 875. A questo proposito, convenutosi che i compendi separati siano capaci di mutue relazioni giuridiche, la responsabilità dell'organo di gestione ben può fondarsi sui medesimi presupposti della responsabilità extracontrattuale del terzo contraente di cui alla Cass., 13 gennaio 1996, n. 251, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 943: «Nel caso in cui lo scopo perseguibile con l'esercizio dell'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c. non sia più realizzabile per fatto illecito successivo del terzo acquirente del bene, il creditore potrà agire direttamente nei confronti del terzo per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., senza dover preventivamente esperire l'azione revocatoria, essendo rimesso al giudice di accertare che sussistevano i presupposti dell'azione revocatoria e che il suo scopo non era più realizzabile per il fatto illecito del terzo, quali momenti genetici dell'obbligazione risarcitoria».

<sup>(108)</sup> In dottrina, il concetto di «rapporto intergestorio» compare (sebbene con riguardo a fattispecie di autonomia contabile) in OPPO, *Sulla «autonomia» delle sezioni di credito speciale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, I, 1 ss.

<sup>(109)</sup> Sulla revocatoria fallimentare degli atti di confusione tra i patrimoni separati che avessero implicato uno «scambio di ricchezza» in danno dei creditori della massa dante causa, ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, cit., 55, peraltro propenso alla gratuità dell'atto intergestorio.

<sup>(110)</sup> Sul punto, cfr. Cass., 22 ottobre 2004, n. 20637, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 10: «In tema di decorrenza del termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci ai sensi dell'art. 2394 c.c., l'azione di responsabilità relativa può essere proposta dai creditori sociali dal momento in cui l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei crediti risulti da qualsiasi fatto che possa essere conosciuto anche senza verifica diretta della contabilità della società, non richiedendosi a tal fine che essa risulti da un bilancio approvato dall'assemblea dei soci»; Trib. Ivrea, 29 gennaio 2004, in *Fallimento*, 2004, 708; Trib. Milano, 7 febbraio 2003, in *Società*, 2003, 1385 (dove dell'onere di allegare e dimostrare la pregressa incapienza sono espressamente gravati i convenuti in responsabilità); Cass., 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. it.*, I, 1, 1040; in *Foro it.*, 1982, I, 95.

<sup>(111)</sup> Ciò, evidentemente, proprio nel presupposto che l'insolvenza integri una causa d'impossibilità dell'affare ex art. 2447 *novies* c.c. che possa sopravvenire, e dunque manifestarsi, nel corso della sua realizzazione.

## 6. Segue: la decadenza dal beneficio della responsabilità limitata

Dopo aver ipotizzato la configurabilità d'un «fallimento senza fallito», la Relazione generale allo schema di d.d.l. recante la delega al Governo per la riforma delle procedure concorsuali stabilì che la violazione delle regole della separatezza tra patrimonio sociale e patrimonio destinato avrebbe consentito il concorso dei creditori particolari sui beni della società, previa escussione del patrimonio separato (§ 4.3., lett. g.). Alla violazione «fraudolenta» di quelle regole sarebbe quindi seguita, per l'art. 209 dello schema del d.d.l. di riforma, una responsabilità illimitata e solidale (degli amministratori e) della società.

*De iure condito*, l'art. 156 l. fall. non allude ad alcuna decadenza della società che abusi della separazione patrimoniale dal beneficio della responsabilità limitata per le obbligazioni contratte nella conduzione dello specifico affare. Senonché, poiché della violazione delle regole di separatezza risponde anche la stessa società, per il rapporto organico che la lega agli amministratori, per quello di preposizione dell'art. 2049 c.c. ovvero in applicazione estensiva dell'art. 2497 c.c. <sup>(112)</sup>, i creditori particolari potrebbero insinuare al passivo fallimentare il proprio credito risarcitorio (art. 2447 *quinquies*, 3° comma, c.c.; art. 156, 2° comma, l. fall.): vale, in sostanza, la stessa regola dell'art. 209 dello schema del d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali, benché, applicandosi l'art. 2043 c.c., l'illecito dell'amministratore non necessiti del dolo specifico <sup>(113)</sup>.

In caso di società *in bonis*, invece, salva la prova del maggior danno la responsabilità da fatto illecito graverebbe su un debitore (almeno di regola) in grado d'adempiere l'obbligazione risarcitoria: poiché il danno consegue alla violazione dell'obbligo d'integra conservazione della garanzia generica dei creditori particolari <sup>(114)</sup>, dovrà qui tenersi conto della clausola di garanzia dell'art. 2447 *bis*, 2° comma, c.c. che non consente la costituzione di patrimoni destinati per un valore complessivamente eccedente il dieci per cento del patrimonio netto della società <sup>(115)</sup>.

---

<sup>(112)</sup> MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fall.*, 2005, 120.

Lo stesso deve ovviamente valere, a norma degli artt. 2447 *quinquies*, 4° comma, c.c. e 156, 2° comma, l. fall. in combinato disposto, per la confusione di patrimoni ingenerata dal compimento di atti relativi allo specifico affare che non rechino espressa menzione del vincolo di destinazione.

<sup>(113)</sup> Mentre l'art. 209 dello schema del d.d.l. di riforma alludeva, come sopra ricordato, ad una violazione «fraudolenta» delle regole di gestione separata.

<sup>(114)</sup> Già posta al vaglio di congruità, rispetto alla realizzazione dell'affare, ai sensi dell'art. 2447 *ter*, lett. c), c.c.

<sup>(115)</sup> Ciò con l'avvertenza che altro dall'azione di responsabilità dell'art. 2394 c.c. è quella dell'art. 2395 c.c., per il danno direttamente cagionato dagli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, al patrimonio del singolo (terzo) creditore.

Trattandosi di illecito aquiliano, la violazione delle regole di separatezza prova la colpa dell'art. 2043 c.c. e provoca l'inopponibilità della destinazione di scopo dell'art. 2447 *bis* <sup>(116)</sup> con cui è attuata una equa redistribuzione solidaristica delle passività tra le classi creditorie altrimenti separate. La decadenza dalla limitazione della responsabilità altrimenti goduta dall'ente societario a norma del comma 3 dell'art. 2447 *quinquies* è la stessa sanzione prevista per l'erede che alieni, conceda in garanzia o altrimenti disponga dei beni ereditari senza la necessaria autorizzazione giudiziale (art. 493 c.c.) <sup>(117)</sup>, nonché per il socio accomandante che s'ingerisca nell'amministrazione sociale (art. 2320): dopo l'estensione dell'unipersonalità originaria alla società per azioni (art. 2328 c.c.), l'illecito tipizzato dall'art. 156, comma 3, l. fall. è dunque sanzionato alla stessa stregua della legge portoghese sull'impresa commerciale individuale a responsabilità limitata <sup>(118)</sup>.

Pur condividendone i presupposti <sup>(119)</sup>, la fattispecie diverge da quella dell'abuso della personalità giuridica poiché, per l'assenza d'alterità soggettiva del patrimonio destinato allo specifico affare, la responsabilità civile impegnerebbe soltanto il patrimonio della

---

<sup>(116)</sup> Non ogni violazione delle regole di separatezza patrimoniale è sanzionata allo stesso modo, giusta la diversa valenza degli interessi sottesi a ciascuna fattispecie: sarebbe nullo (giusto il principio di tassatività delle annullabilità negoziali) il singolo atto dispositivo che violi il vincolo di destinazione dell'art. 169 c.c. (a norma del quale, giova ricordarlo, «non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare i beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità od utilità evidente») (cfr. QUADRI, *La circolazione dei beni del «patrimonio separato»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 16), mentre nei riguardi della massa dei creditori concorsuali è l'inefficacia, non la nullità, la sanzione per gli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento (art. 44 l. fall.) (in generale, sull'inefficacia dell'atto compiuto in violazione d'un vincolo di indisponibilità, MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, 819 ss.).

<sup>(117)</sup> Sulla decadenza dal beneficio quale sanzione nell'interesse dei creditori ereditari e dei legatari CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, I, p. 192.

<sup>(118)</sup> Nel decreto legge 25 agosto 1986, n. 248 (sull'*estabelecimento individual de responsabilidade limitada*) è infatti stabilito, al secondo comma dell'art. 11, che «in caso di fallimento del titolare per causa collegata con l'attività svolta dall'impresa, il fallito risponde con tutto il suo patrimonio per le obbligazioni contratte, tenuto conto del fatto che il principio della separazione patrimoniale non è stato debitamente osservato nella gestione dell'impresa». Al riguardo, BALZARINI, *L'impresa individuale a responsabilità limitata in Portogallo*, in *Riv. soc.*, 1988, 848 ss.

<sup>(119)</sup> Ed infatti, in quanto «operativamente equipollenti alla costituzione di una nuova società» (cfr. Relazione al decreto di riforma del 2003), i patrimoni destinati allo specifico affare possono assecondare le stesse finalità elusive dell'abuso della personalità giuridica, di talché, parafrasando i giudici della *common law*, potrebbe anche ritenersi che il patrimonio dell'art. 2447 *bis* c.c. permanga separato da quello della società sino a quando non sussista un ragionevole motivo per affermare il contrario. Sull'abuso della personalità giuridica, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, 203 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

società debitrice (art. 2325 c.c.), prefigurando una sorta di *Durchgriff* <sup>(120)</sup> endosocietario che non coinvolgerebbe il patrimonio del socio <sup>(121)</sup>. In tal modo, quando s'ammettesse che anche i creditori sociali *ex delicto* possano soddisfarsi, seppure in via sussidiaria, sul patrimonio destinato allo specifico affare <sup>(122)</sup>, la responsabilità solidale dell'art. 2447 *quinquies*, 3 comma, c.c. potrebbe allora assolvere, *ex post*, una funzione sostanzialmente analoga a quella altrimenti assolta dalla (controversa) revocatoria della delibera costitutiva del patrimonio destinato, benché l'atto revocando non concreti un illecito civile <sup>(123)</sup>.

## 7. L'onere di preventiva escussione del patrimonio destinato

Con la clausola di responsabilità illimitata per le obbligazioni derivanti dal fatto illecito s'è codificato, per la prima volta nel nostro sistema civilistico, la distinzione tra creditore volontario (o *ex contractu*) e creditore involontario (o *ex delicto*), che così s'aggiunge alla bipartizione tra creditore chirografario e creditore privilegiato dell'art. 2741.

All'indomani della riforma societaria i più attenti commentatori si domandarono se la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito implicasse un onere di preventiva escussione del patrimonio destinato allo specifico affare <sup>(124)</sup>. La questione non parve di poco conto, dacché avrebbe sicuramente inciso anche sul vaglio di «congruità» della massa separata desumibile dal piano economico-finanziario accluso alla delibera costitutiva.

Soccorre, in questo senso, la lettera del capoverso dell'art. 156, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nel testo novellato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, dov'è stabilito che i creditori particolari del patrimonio destinato possono presentare domanda di insinuazione al passivo del fallimento della società nei casi di responsabilità «sussidiaria» o illimitata dell'art. 2447-*quinquies*, 3 comma, c.c.: il riferimento è, evidentemente, (anche) alle obbligazioni da fatto

---

<sup>(120)</sup> Si ricordi, qui, la dottrina tedesca che, in casi di «abuso» della personalità giuridica, è ricorso alla c.d. «*Durchgriffshaftung*» che renderebbe personalmente responsabili gli associati (o il fondatore) attraverso, appunto, il superamento dello schermo della stessa personalità giuridica.

<sup>(121)</sup> PARTISANI, *La responsabilità civile nella gestione separata dei patrimoni destinati allo specifico affare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1560.

<sup>(122)</sup> PARTISANI, *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, cit., 49.

<sup>(123)</sup> La riprova è, nel rapporto intersoggettivo, nella circostanza che il terzo compartecipe della frode diversamente ne risponderebbe con l'intero suo patrimonio, non con il singolo bene dedotto in contratto, in guisa che la revocatoria assurga a strumento di tutela del creditore, non anche a sanzione per la frode del debitore.

<sup>(124)</sup> INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, 173; TERRUSI, *I patrimoni delle s.p.a. destinati ad uno specifico affare: analisi della disciplina e verifica degli effetti*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

illecito che soggiacciono al medesimo regime di responsabilità dei beni personali dei coniugi, in caso di incapacità del patrimonio in comunione legale (art. 190 c.c.) <sup>(125)</sup>.

Vale, per il creditore *ex delicto* del patrimonio destinato allo specifico affare, una regola non dissimile da quella prevista per il creditore ipotecario o pignoratizio che non potrebbe pignorare o ipotecare altri beni del medesimo debitore, ove non avesse prima sottoposto ad esecuzione i beni già gravati dalla garanzia reale (art. 2911 c.c.). Lo stesso invece non varrebbe per i creditori ammessi a rivalersi sui beni conferiti per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, pubbliche amministrazioni, o ad altri enti e persone fisiche, nel presupposto che la sussidiarietà, quale regola d'eccezione, avrebbe richiesto una apposita previsione di legge, che tuttavia non compare nella lettera dell'art. 2645 *ter* <sup>(126)</sup>.

La legge fallimentare non offre invece ulteriori utili elementi per stabilire se ed in quali termini nell'insolvenza della società i suoi creditori *ex delicto* possano aggredirne il patrimonio separato, richiedendone la liquidazione, in concorso coi creditori particolari: in senso positivo depone l'inopponibilità biunivoca del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito, con reviviscenza della più ampia *par condicio creditorum*, della quale s'è detto.

Infine, ove la Riforma societaria avesse correlato l'opposizione dell'art. 2447 *quater* al regime di responsabilità previsto per la scissione (art. 2506 *quater*), la solidarietà passiva del patrimonio destinato per le obbligazioni sociali anteriori alla sua costituzione avrebbe beneficiato non solo della responsabilità limitata all'effettivo valore del patrimonio netto destinato allo specifico affare, ma anche della preventiva escussione del patrimonio generale della società debitrice <sup>(127)</sup>.

---

<sup>(125)</sup> Sulla responsabilità sussidiaria dell'art. 190 c.c., v., tra gli altri, GALASSO, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2003, 444 ss.

<sup>(126)</sup> GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>(127)</sup> Benché il limite dimensionale del valore del patrimonio netto assegnato o destinato possa sottendere anche una limitazione del debito, quella esposta è la conclusione cui induce, per analogia, la Cass. 28 novembre 2001, n. 15088, in *Orient. giur. lav.*, 2002, II, 351, così massimata: «L'art. 2504 *decies* c.c. (art. 2506 *bis* testo novellato) prevede la responsabilità solidale di tutte le società beneficiarie, preesistenti o di nuova costituzione, che per la società a cui il debito fa carico secondo il progetto di scissione è illimitata, invece, per le altre società è limitata al “valore del patrimonio netto trasferito o rimasto” e sussidiaria, presupponendo l'escussione della società cui fa carico e il non soddisfacimento del proprio credito da parte del creditore».



# CAPITOLO I

## Sezione III

### **Il patrimonio destinato allo specifico affare nella legge fallimentare**

SOMMARIO: 1. I patrimoni destinati nella riforma fallimentare. - 2. L'insolvenza del (solo) patrimonio destinato. - 3. L'insolvenza del patrimonio destinato della società fallita. - 4. La separazione patrimoniale perfetta nelle more fallimentari. - 5. Fallimento della società e patrimonio destinato *in bonis*.

#### **1. I patrimoni destinati nella riforma fallimentare**

A completamento dell'*iter* avviato dal decreto «competitività» del marzo 2005, attuando la delega dell'art. 1, commi 5 e 6, della l. 14 maggio 2005, n. 80 <sup>(128)</sup> il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (in Gazz. Ufficiale del 16 gennaio 2006 – Suppl. Ordinario n. 13) ha riformato la disciplina delle procedure concorsuali: la tecnica impiegata è stata quella della novellazione (con parziale abrogazione, com'è avvenuto per l'amministrazione controllata) del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, di cui permangono affatto immutati gli effetti del fallimento nei confronti dei creditori, nonché la disciplina del concordato e dei reati fallimentari.

Nello statuto dell'imprenditore commerciale, il diritto (speciale) del fallimento e delle altre procedure concorsuali storicamente s'è posto quale naturale appendice della normativa codicistica delle società. Quel nesso di complementarietà, che già contraddistinse l'impianto originario del 1942, è ora implementato proprio dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 che ha sanato le anomalie della disciplina societaria sulle insolvenze dei patrimoni destinati allo specifico affare.

Disattendendo la legge delega (art. 4, comma 4, lett. b), l. 3 ottobre 2001, n. 366), il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (almeno espressamente) non prevede alcunché circa l'insolvenza del patrimonio destinato, ed in specie sulla possibile sua propagazione alla società *in bonis* quale alternativa all'autonoma fallibilità delle masse separate. Parimenti incerte permanevano anche le sorti dei patrimoni destinati capienti, dovendosi stabilire quali effetti sui medesimi e sui finanziamenti dell'art. 2447 *bis*, lett. b), c.c. avrebbe verosimilmente spiegato il fallimento della società non più annoverato tra le cause di scioglimento dell'ente

---

<sup>(128)</sup> Legge di conversione, con modificazioni, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. A tal riguardo, LO CASCIO, *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, 981 ss.

in dissesto (art. 2484 c.c.) <sup>(129)</sup> ed incluso, invece, tra quelle di cessazione del vincolo di destinazione allo specifico affare (art. 2447 *novies*, ultimo comma, c.c.) <sup>(130)</sup>.

Orbene, tra i principi e criteri direttivi della delega per la riforma fallimentare figurava, sebbene in seno alla sola modifica degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, la previsione d'apposita disciplina delle insolvenze correlate ai patrimoni destinati dell'art. 2447 *bis* c.c. <sup>(131)</sup> cui, questa volta, il legislatore delegato ha puntualmente provveduto: introducendo gli artt. 67 *bis* e 72 *ter*, l. fall. concernenti, nell'ordine, la revocabilità degli atti incidenti sul patrimonio destinato e gli effetti prodotti dal fallimento della società sui contratti di finanziamento destinato allo specifico affare; e riscrivendo, soprattutto, il Capo XI, Titolo II, della nuova legge fallimentare, ora rubricato «Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare» (artt. 155-156).

Il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha profondamente innovato la *ratio* della legge fallimentare che, come s'è letto nella Relazione ministeriale, ora non persegue finalità eminentemente sanzionatorio-liquidative (come attesta anche l'esdebitazione del debitore persona fisica, che viene liberato, ricorrendone i presupposti di legge, dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti) <sup>(132)</sup>, privilegiando piuttosto le tutele della

---

<sup>(129)</sup> E ciò diversamente dal previgente art. 2448 c.c., che ora invece disciplina gli effetti della pubblicazione degli atti societari nel registro delle imprese.

<sup>(130)</sup> PARTISANI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1559 ss.;

<sup>(131)</sup> Così nell'art. 1, comma 6°, lett. a), n. 7, della l. 14 maggio 2005, n. 80. Nella relazione generale sullo schema di disegno di legge recante la «Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi dell'impresa e dell'insolvenza» si leggeva, invece, che la nuova disciplina societaria avrebbe reso necessaria la regolazione dell'insolvenza dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, in quanto non prevista dal codice civile.

<sup>(132)</sup> Il Capo X del decreto delegato di riforma del fallimento ha modificato il Titolo II, Capo IX del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, sostituendolo col nuovo Capo IX, intestato «Della esdebitazione» (art. 142-144). La declaratoria d'inesigibilità del credito potrà pronunciarsi quando il debitore:

1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni; 2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura; 3) non abbia violato le disposizioni di cui all'art. 48, l. fall.; 4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta; 5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito; 6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Il procedimento d'esdebitazione resterà comunque sospeso in attesa dell'esito (pregiudiziale) del processo penale eventualmente pendente per uno di tali reati.

L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali. Ne restano inoltre esclusi: a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti non compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 46, l.

capacità produttiva dell'impresa (e segnatamente del complesso aziendale e dei livelli occupazionali). Nell'era della globalizzazione, il legislatore delegato ha dunque consegnato un sistema concorsuale che, diversamente da quello risalente alla prima metà del secolo scorso, meglio s'attaglia alla crisi dell'impresa moderna, ora ancor più affrancata dalle sorti dell'imprenditore. La conclusione è corretta, e solo apparentemente contraddetta dal fatto che, contrariamente a quanto auspicato in dottrina, non abbia condotto, come si vedrà più oltre, all'autonoma fallibilità del patrimonio destinato allo specifico affare (art. 2447 *bis* c.c.)<sup>(133)</sup>.

Tra gli effetti indotti dalla libertà di stabilimento delle imprese v'è l'evoluzione del mercato comunitario (anche) in «mercato delle regole» (*law shopping*)<sup>(134)</sup>. In questo senso, se il diritto societario ha dapprima forgiato i patrimoni destinati allo specifico affare come istituti *quoad effectum* equipollenti alla società unipersonale (tanto da prefigurare una sorta di scissione o gruppo endosocietario), il diritto fallimentare ne ha successivamente consolidato la maggior concorrenzialità oltreconfine, poiché l'insolvenza della massa separata non solo non ne consente l'autonoma (o collaterale) fallibilità, ma nemmeno si propaga alla società *in bonis* che l'avesse costituita.

---

fall.; b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

Sono fatti poi salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

L'istituto è mutuato dalla legge tedesca sull'insolvenza del 5 ottobre 1994 (*Insolvenzordnung*), in vigore dal 1° gennaio 1999, dove la liberazione dai debiti residui (*Restschuldbefreiung*) (§§ 286-303) non ha natura concordataria (diversamente dall'approvazione del piano di regolazione dei debiti del § 308), ed è concesso dal giudice su istanza del debitore persona fisica (§ 287), quando non ricorra alcuno dei motivi di diniego del § 290.

<sup>(133)</sup> Nel senso della «oggettivazione» del concorso fallimentare funzionale alla progressiva sua privatizzazione nonché all'affrancazione delle sorti dell'impresa da quelle dell'imprenditore, qui s'osservi come per l'art. 2, lett. a) del disegno di legge di riforma (Schema del d.d.l. di Riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, che si legge per esteso in JORIO e FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, 35 ss.) ai fini della legge fallimentare dovesse considerarsi debitore anche il patrimonio destinato allo specifico affare, nei limiti della compatibilità delle discipline concorsuali e societarie.

<sup>(134)</sup> Sul tema, PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso «Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, 1292 ss.

## 2. L'insolvenza del (solo) patrimonio destinato

Poiché il patrimonio destinato assume debiti propri <sup>(135)</sup>, potrebbe sopravvenire l'insolvenza <sup>(136)</sup> benché prosperino gli altri affari intrapresi dalla società. E' per questo che, nel consentire che le società per azioni costituissero patrimoni dedicati ad uno specifico affare (determinandone condizioni, limiti e modalità di rendicontazione, con la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione ad esso e con la previsione d'adeguate forme di pubblicità), l'art. 4, comma 4, lett. b), della l. 3 ottobre 2001, n. 366, esortò il legislatore delegato a stabilirne tanto il regime di responsabilità, quanto quello delle eventuali insolvenze che, in tal modo, furono marcatamente distinte dalle mere inadempienze <sup>(137)</sup>.

Disattendendo quella delega, l'art. 2447 *novies* c.c. s'è peraltro disinteressato delle insolvenze, occupandosi della sola disciplina del rendiconto finale a conclusione dell'affare (realizzato o divenuto irrealizzabile), prevedendo, al primo capoverso, che quando non fossero state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare, i creditori del patrimonio destinato avrebbero potuto richiederne la liquidazione agli organi societari <sup>(138)</sup> (mediante lettera raccomandata da inoltrare alla società entro novanta giorni dal deposito del rendiconto finale presso l'ufficio del registro delle imprese), in tal caso applicandosi, in quanto compatibili, le procedure liquidative ordinarie della società <sup>(139)</sup>.

Pressoché unanime è stato, tuttavia, l'avallo dottrinario all'interpretazione estensiva dell'art. 2447 *novies* c.c., riferito anche all'insolvenza (quale presupposto oggettivo del fallimento, ed anch'essa) da intendersi quale causa d'impossibilità sopravvenuta di prosecuzione dell'affare e, quindi, di cessazione anticipata del vincolo di segregazione

---

<sup>(135)</sup> FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, 875, dove il patrimonio separato è definito come patrimonio «*giuridicamente distinto* dal restante patrimonio della persona, capace di propri rapporti e di propri debiti ed insensibile alle fluttuazioni ed alle vicende di cui è colpito il patrimonio che gli sta a lato o nel cui seno egli vive» (anche qui il corsivo è dell'Autore).

<sup>(136)</sup> Tanto al momento del deposito del rendiconto finale presso l'ufficio del registro delle imprese, quanto nel corso della realizzazione dello specifico affare.

<sup>(137)</sup> Ciò coerentemente all'idea che l'insolvenza, che involge la totalità del ceto creditorio e quindi del patrimonio del debitore, propriamente non coincida con l'inadempimento, che di contro attiene a singole obbligazioni e quindi alle azioni esecutive individuali degli artt. 2910 ss. c.c. e 474 c.p.c. (su beni singolarmente individuati). Del resto, altro dall'insolvenza è l'inadempimento: «la prima è l'impossibilità di adempiere regolarmente; il secondo è uno dei modi mediante i quali l'insolvenza può manifestarsi all'esterno» (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1999, 330).

<sup>(138)</sup> Ora solo gli amministratori, con l'esclusione del consiglio di gestione, ai sensi dell'art. 5.1, lett. gg), d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

<sup>(139)</sup> S'osservi, a questo proposito, come le cause di cessazione del patrimonio destinato coincidano con quelle di scioglimento della società di cui al n. 2 dell'art. 2484 c.c.

impresso sul patrimonio a ciò destinato (<sup>140</sup>). Sennonché, se nessuna questione poteva evidentemente porsi allorché alla liquidazione volontaria del patrimonio destinato fosse residuo un attivo, poiché lo si sarebbe senz'altro «retrocesso» al patrimonio della società, con conseguente confusione dei beni e rapporti giuridici prima separati in funzione della cessata destinazione di scopo, ben più complesse si rivelarono le sorti del patrimonio destinato incapace di soddisfare le proprie obbligazioni, poiché la carente soggettività giuridica, unitamente alla regola per la quale, nel nostro sistema, chi fallisce è l'imprenditore, non il patrimonio d'impresa (così da non ammettersi, almeno di regola, un «fallimento senza fallito»), ne rese controversa l'assoggettabilità (anche) al fallimento, in luogo della liquidazione dell'art. 2487, 1° comma, lett. c), c.c. (<sup>141</sup>).

Trascurando che anche la liquidazione (concorsuale) dell'eredità beneficiata avrebbe prefigurato una procedura assimilabile al fallimento d'un patrimonio non personificato, è stata l'assenza di soggettività propria, dunque, l'argomento prevalentemente invalso in dottrina per negare l'autonoma fallibilità del patrimonio destinato allo specifico affare (<sup>142</sup>), nel presupposto che le procedure concorsuali comunque avrebbero richiesto «la sussistenza di significativi dati soggettivi», così da non potersi estendere al patrimonio separato il fallimento che la giurisprudenza invece estese non solo alle fondazioni (<sup>143</sup>) ma anche alle associazioni non riconosciute (<sup>144</sup>), avendo principalmente riguardo ai profili (oggettivi) dell'attività (imprenditoriale) svolta dall'ente altrimenti privo della qualifica soggettiva dell'art. 1 l. fall.

---

(<sup>140</sup>) MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fallimento*, 2003, 1245; BOZZA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, s.a.a.*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 143; ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 48, nel presupposto del carattere di specialità dell'insolvenza rispetto all'inadempimento, ove ampi richiami bibliografici (in nota 35).

(<sup>141</sup>) Sul tema APICE, *Riflessi della riforma del diritto societario sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, 349.

(<sup>142</sup>) DE ANGELIS, *Dal capitale «leggero» al capitale «sottile»: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Le società*, 2002, 1462. Sull'esclusione dell'autonoma fallibilità del patrimonio destinato, anche CIAMPI, *Patrimoni e finanziamenti destinati in rapporto con le regole del concorso fallimentare*, in *Le Società*, 2004, 1213 ss.

(<sup>143</sup>) FAUCEGLIA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fallimento*, 2003, 814, ove l'espresso richiamo al Trib. Milano, 16 luglio 1998, in *Fallimento*, 1999, 445; in *Giur. it.*, 1999, 1678, sulla soggezione a fallimento della fondazione che avesse professionalmente esercitato un'attività economica organizzata non più strumentale al perseguimento dei propri fini, con estensione delle procedure concorsuali a coloro che ne avessero esternamente manifestato la volontà.

(<sup>144</sup>) Da ultimo, App. Genova, 16 luglio 2003, in *Fallimento*, 2004, 580, ove fu peraltro esclusa l'estensibilità *ex art.* 147 l. fall. del fallimento agli associati, nel presupposto dell'assenza d'una loro responsabilità illimitata per la totalità delle obbligazioni assunte dall'associazione. *Contra* il Trib. Palermo, 24 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, 440, nel presupposto, questa volta, che

Quell'architettura avrebbe discutibilmente sottratto lo specifico affare alla maggior incisività della revocatoria fallimentare (in specie dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili ovvero delle ipoteche giudiziali iscritte sugli immobili del patrimonio separato) <sup>(145)</sup>; assicurato una sostanziale immunità per quei reati (quali la bancarotta) in cui il fallimento assurge a condizione di punibilità <sup>(146)</sup>; implicato una disparità di trattamento tra i creditori dell'impresa esercitata in forma societaria, da un lato, ed i creditori dell'impresa esercitata nel regime di separatezza patrimoniale dell'art. 2447 *bis* c.c., dall'altro, poiché in caso d'incapienza del patrimonio destinato allo specifico affare i creditori «particolari» avrebbero potuto avvalersi dell'azione esecutiva individuale inibita dall'art. 51 l. fall., ma non anche dalle procedure di liquidazione concorsuale delle società di capitali. Per questo maturò l'idea per cui (almeno) concettualmente nulla avrebbe ostato alla fallibilità del patrimonio destinato allo specifico affare <sup>(147)</sup>, sulla falsariga del fallimento dell'imprenditore defunto (art. 11, l. fall.) che avrebbe parimenti prefigurato «un fallimento senza fallito, avente ad oggetto un patrimonio separato, del quale, in caso di accettazione dell'eredità, sono titolari gli eredi» <sup>(148)</sup>, appalesando l'insolvenza quale evento concernente l'attività d'impresa, non già colui (l'imprenditore) che l'avesse esercitata <sup>(149)</sup>.

---

l'associazione non riconosciuta esercente l'impresa commerciale invero prefigurasse una società di fatto.

<sup>(145)</sup> GUGLIELMUCCI, *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1178.

<sup>(146)</sup> In generale, sui profili penali dell'insolvenza, v. DILONARDO, *Gli illeciti civili e penali dell'imprenditore*, Padova, 2003, 298 ss.

<sup>(147)</sup> Specie in rapporto alla fallibilità dei patrimoni separati prevista in altri ordinamenti, e segnatamente in quello tedesco che al § 11 della Legge sull'insolvenza (*Insolvenzordnung*) del 5 ottobre 1994 ammette che la procedura possa aprirsi «sul patrimonio» (anche separato) di ogni persona fisica o giuridica (cfr. GUGLIELMUCCI, *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1176, in nota 5).

<sup>(148)</sup> GUGLIELMUCCI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in [www.fallimento.ipsoa.it](http://www.fallimento.ipsoa.it), nella convinzione che il fallimento invero concreti uno strumento di regolazione di rapporti patrimoniali correlati all'insolvenza d'una attività d'impresa. Analogamente ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, cit., 51 ss., anch'egli in base all'assenza di un soggetto non solo nel fallimento dell'imprenditore defunto, ma anche nel fallimento dell'imprenditore incapace e dell'impresa continuata dal curatore a norma dell'art. 90 l. fall. (Nel senso, invece, che «lungi dall'essere una *faillite sans failli* il fallimento del defunto è la più energica affermazione del soggetto, che sopravvive come centro di imputazione alla propria morte», SATTA, *I soggetti del fallimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 128. Sul tema anche SAVI, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Milano, 1976).

<sup>(149)</sup> In favore dell'apertura della procedura concorsuale limitatamente alla massa patrimoniale separata, anche LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. soc.*, 2003, 502; MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, cit., 117; ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2004, 249, specie alla nota 98, ove s'è ritenuto che proprio l'art. 4, comma 4°, lett. b) della legge delega avesse imposto al legislatore delegato la predisposizione d'apposita procedura concorsuale per il patrimonio destinato allo specifico affare.

Rimediando a quell'*impasse*, il legislatore societario opportunamente ha integrato la disciplina delle insolvenze dei patrimoni dell'art. 2447 *bis* c.c., con la rinuncia alla miglior giustizia distributiva della loro autonoma fallibilità: l'art. 20 del d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310 (recante integrazioni e correzioni alla disciplina del diritto societario) ha infatti modificato l'ultimo periodo del capoverso dell'art. 2447 *novies* c.c., in cui è ora statuito che nel caso in cui non fossero state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte nella realizzazione dello specifico affare, s'applicheranno «esclusivamente» le disposizioni sulla liquidazione della società di cui al capo VIII del Titolo V, «in quanto compatibili»; il che col dichiarato intento, che si legge proprio nella Relazione ministeriale <sup>(150)</sup>, di «escludere che il patrimonio separato possa essere dichiarato insolvente e fallire autonomamente rispetto alla società che lo ha creato», soggiungendosi che «la clausola di compatibilità è stata qui inserita al solo fine di adeguare la disciplina della liquidazione civile alle peculiarità della struttura del patrimonio destinato».

Il patrimonio destinato diverrebbe, dunque, una «zona franca» dalle procedure concorsuali: «anche la gestione dell'insolvenza forma oggetto di negoziazione fra imprenditore-società per azioni e creditori contrattuali», ciò che trarrebbe conferma proprio dall'inopponibilità del vincolo di scopo ai creditori involontari (art. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c.) <sup>(151)</sup>. In tal modo il codice civile, ancor prima della legge fallimentare, ha escluso che l'insolvenza del patrimonio destinato si propaghi alla società capiente, che non potrà perciò solo esser dichiarata fallita <sup>(152)</sup>, con l'unica parziale eccezione della responsabilità illimitata (e sussidiaria) dell'art. 2447 *quinquies*, commi 3 e 4, c.c., ed ha altresì evitato che all'anomalia d'un fallimento senza fallito <sup>(153)</sup> s'aggiungesse la ancor più singolare fallibilità dell'imprenditore *in bonis*.

---

<sup>(150)</sup> Ed è davvero significativo che la Relazione allo schema del decreto delegato espressamente alluda, con riguardo all'art. 2447 *novies* c.c., proprio ad «ipotesi di insolvenza del patrimonio separato», in luogo della mera sua inadempienza.

<sup>(151)</sup> SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 306.

<sup>(152)</sup> Diversa conclusione fu in precedenza ipotizzata da LOCORATOLO, «*Patrimoni destinati e insolvenza*, Napoli, 2005, p. 177; ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, cit., 350, nel senso che, in assenza d'interventi correttivi legislativi o giurisprudenziali, la crisi economica della cellula si sarebbe dovuta necessariamente estendere al nucleo *in bonis*, compromettendo la stessa funzionalità dell'istituto salva la possibilità d'adottare misure straordinarie, quale la costituzione (ma nel limite quantitativo dell'art. 2447 *bis*, 2° comma, c.c.) d'una cellula destinata a ripianare l'esposizione debitoria dell'altro patrimonio destinato (allo specifico affare) insolvente.

<sup>(153)</sup> Il fallimento *post mortem* dell'imprenditore comporta, comunque, l'acquisizione del patrimonio da questi relitto all'attivo fallimentare, nonché la separazione del patrimonio stesso da quello degli eredi (quando tale effetto non fosse già stato perseguito tramite l'accettazione con beneficio d'inventario), onde consentire ai creditori dell'imprenditore defunto, ammessi al

### 3. L'insolvenza del patrimonio destinato della società fallita

Può altresì accadere che l'insolvenza investa il patrimonio destinato della società nel frattempo dichiarata fallita: anche in quest'ipotesi avrà luogo la liquidazione dell'art. 2487 c.c., poiché in tal senso né la legge societaria né quella fallimentare distinguono tra società *in bonis* <sup>(154)</sup> e società insolvente <sup>(155)</sup>, come si deduce dall'art. 156, l. fall. (successivo alla rettifica apportata dal d.lgs. n. 310 del 2004 all'art. 2447 *novies*, cpv., c.c.) che ora appunto concerne l'incapienza (e non, dunque, la mera inadempienza) del patrimonio destinato rilevata a seguito del fallimento della società o nel corso della gestione (separata) dal curatore che, previa autorizzazione del giudice delegato, provvederà a liquidarlo, a norma del Capo VIII, Titolo V del Libro V del Codice civile, ancora nei limiti, dunque, della medesima clausola di compatibilità dell'art. 2447 *novies*, 2° comma, c.c. <sup>(156)</sup>.

Con la sentenza di fallimento cessa la destinazione di scopo del patrimonio separato insolvente (art. 2447 *novies* c.c.) <sup>(157)</sup> perciò sottratto all'amministrazione ed alla disponibilità della società fallita (art. 42 l. fall.): la regola assicura la gestione officiosa della liquidazione ed è indifferente alla collaterale insolvenza delle masse separate, applicandosi anche in caso di patrimonio destinato capiente (art. 155 l. fall.) (v. *infra*).

La legge fallimentare riconosce al patrimonio destinato allo specifico affare la capacità d'assumere debiti propri ma, pur non considerandolo un patrimonio adespota, non solo gli nega quella soggettività che altrimenti ne avrebbe consentita la collaterale fallibilità, ma altresì esclude la possibile formazione di distinte masse attive e passive nell'ambito della

---

fallimento, di soddisfarsi con preferenza sui legatari ed i creditori dell'erede: così, da ultimo, nella Cass. 28 dicembre 1998, n. 12846, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2367, con nota di COSSIGNANI, *In tema di fallimento dell'imprenditore defunto e ritirato dal commercio*.

<sup>(154)</sup> Cui non si propaga, come s'è visto nel § che precede, l'insolvenza del compendio separato peraltro insuscettibile d'autonoma fallibilità.

<sup>(155)</sup> Diversamente dispose, invece, il capoverso dell'art. 205 dello schema del d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali, a norma del quale quando il curatore della società fallita avesse riscontrato l'insolvenza del patrimonio destinato allo specifico affare, avrebbe presentato ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione concorsuale.

<sup>(156)</sup> In definitiva, gli organi della procedura dovranno sempre liquidare il patrimonio destinato allo specifico affare secondo regole diverse da quelle concorsuali, quali sono quelle dell'art. 2487 c.c. Diversa soluzione fu peraltro divisata da MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, cit., 1248; BOZZA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, s.a.a.*, cit., 156, sebbene in assenza d'apposita norma derogatoria (poi introdotta, evidentemente, proprio dall'ultima riforma del fallimento).

<sup>(157)</sup> L'effetto risolutivo del vincolo segregativo è consequenziale ma non anche contestuale alla sentenza dichiarativa di fallimento che muta la destinazione di scopo: non più la realizzazione dello specifico affare, ma l'estinzione delle correlative sue passività.

stessa procedura concorsuale <sup>(158)</sup>, diversamente da quella giurisprudenza (peraltro definitivamente superata dalla novella dell'art. 46, n. 3, l. fall.) che assoggettò al fallimento del coniuge anche il fondo patrimoniale, pur acquisendolo all'attivo quale massa separata, siccome destinata a soddisfare soltanto i creditori per debiti contratti nell'interesse della famiglia <sup>(159)</sup>.

La scelta legislativa in parte collide col complesso di tutele apprestate dal codice civile ai creditori del patrimonio destinato allo specifico affare cui è in tal modo riservato un trattamento peggiore, e perciò passibile di censure *ex art. 3 Cost.*, se si considera che solo i creditori («generali») della società beneficiano della miglior giustizia distributiva della esecuzione collettiva: poiché il soggetto passivo dell'obbligazione non muta, permanendo la stessa società per azioni; poiché dell'effetto segregativo dovrebbero in egual misura beneficiare, oltre al debitore, tutte le classi creditorie; e poiché già la Relazione al decreto di riforma societaria sancì l'equipollenza tra il patrimonio destinato e l'alterità soggettiva delle società di capitali (passibili di fallimento), potrebbero qui mancare quelle situazioni oggettivamente distinte che legittimerebbero le suesposte differenziazioni di tutele normative. Sennonché, quand'anche il legislatore avesse ammesso la formazione di masse separate all'interno della stessa procedura concorsuale comunque sarebbe incorso, a ben vedere, nelle medesime paventate censure, per aver concesso ai creditori separati di società fallita una tutela sconosciuta ai creditori separati della società *in bonis*: esclusa l'autonoma fallibilità del patrimonio destinato allo specifico affare, solo la regola accolta nell'art. 156 l. fall. avrebbe assicurato l'uniforme trattamento dei ceti creditori separati ed infranto, al contempo, il dogma d'universalità e concentrazione della procedura che avrebbe altrimenti imposto l'eguale apprensione alla massa (in regime di confusione o nel rispetto del vincolo segregativo) di tutti i beni del fallito.

Onde rimediare alla paventate disegualianze, e nei limiti della clausola di compatibilità degli artt. 155 e 156 l. fall. ed art. 2447 *novies*, c.p.v., c.c. in combinato

---

<sup>(158)</sup> Per ARLT, *op. cit.*, 351, proprio l'ultimo comma dell'art. 2447 *novies* c.c. doveva intendersi nel senso che, in seno alla medesima procedura concorsuale, il patrimonio destinato e quello della società avrebbero costituito masse fallimentari separate (il che, ovviamente, nel presupposto della loro collaterale fallibilità).

<sup>(159)</sup> Trib. Catania, 31 maggio 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 627, con riguardo al fallimento di entrambi i coniugi; Trib. Ragusa, 8 marzo 1990, *ivi*, 1991, II, 61, nel caso di fallimento d'un solo coniuge. In senso difforme (ma affatto condivisibile), i motivi della Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2584.

Principio non dissimile fu accolto per i clienti della società di intermediazione finanziaria soggetta a procedura concorsuale, aventi diritto alla restituzione degli strumenti finanziari e del

disposto, la conflittualità plurisoggettiva generata dall'insolvenza del patrimonio destinato comunque necessiterebbe d'una procedura analoga alla liquidazione concorsuale (e non già individuale) dell'eredità beneficiata (artt. 498 e ss. c.c.) <sup>(160)</sup>, articolata nelle tre fasi della formazione dello stato passivo, della liquidazione dell'attivo e del pagamento regolato dallo stato di graduazione <sup>(161)</sup>, dunque dal rispetto delle cause di prelazione e della soddisfazione proporzionale dei creditori chirografari.

#### **4. La separazione patrimoniale perfetta nelle more fallimentari**

Ai creditori separati che nelle more del fallimento della società non fossero stati integralmente soddisfatti dalla liquidazione del patrimonio destinato allo specifico affare non è consentito d'insinuarsi al passivo, con conseguente esdebitazione della società per le obbligazioni residue. Lo si deduce dal regime d'eccezione del capoverso dell'art. 156 l. fall. che, coerentemente al principio per cui «per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato» (art. 2447 *quinquies*, 3° comma, c.c.) <sup>(162)</sup>, circoscrive l'ulteriore concorso dei creditori separati sul patrimonio sociale relitto ai soli casi, d'eccezione, di responsabilità solidale (e sussidiaria) dell'art. 2447 *quinquies*, commi 3° e 4°, c.c. <sup>(163)</sup>.

Qui trova la massima espressione il principio per cui altro dalle cause di prelazione, che si limitano a derogarvi, sono i patrimoni destinati allo specifico affare che di contro elidono la *par condicio creditorum* (v. *infra*): sulla falsariga del disposto dell'art. 2911 c.c., quando li si fosse semplicemente intesi quali creditori privilegiati i creditori particolari non soddisfatti dalla liquidazione del patrimonio separato ben avrebbero potuto soddisfarsi anche sul restante patrimonio della società debitrice; ed è per questa ragione che, almeno astrattamente, potrebbe ipotizzarsi la validità della fideiussione prestata dalla società in

---

denaro relativi al servizio loro prestato, siccome iscritti in apposita e separata sezione dello stato passivo (art. 57, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

<sup>(160)</sup> D'altra parte assimilabile, come preannunciato (*supra*, § 3), al fallimento d'un patrimonio non personificato.

<sup>(161)</sup> Predisposto, a seconda dei casi, dalla curatela ovvero dai liquidatori della società *in bonis*.

<sup>(162)</sup> Il che, come si vedrà più oltre nel testo, diversamente da quanto previsto dal 6° comma dell'art. 2447 *decies* c.c. per i finanziamenti destinati allo specifico affare, dove con lo scioglimento del contratto di finanziamento cessa (ma questa volta *hic et nunc*, così determinando la diversa disciplina) l'effetto segregativo dell'art. 2447 *bis*, 1° comma, lett. b), c.c., con conseguente insinuazione al passivo del credito residuo del mutuante.

<sup>(163)</sup> Dopo averlo osservato al § che precede, qui giova ribadire che le fattispecie dell'art. 2447 *quinquies*, 3° e 4° comma, c.c. sono le uniche in cui (almeno in astratto) è ammessa una propagazione dell'insolvenza del patrimonio destinato al patrimonio della società.

favore del patrimonio destinato allo specifico affare, atteso che la prima (di regola) non è tenuta al pagamento dei debiti gravanti sul secondo (<sup>164</sup>).

Quella dei patrimoni destinati della riforma societaria è, dunque, una separazione bilaterale e perfetta, diversa da quella unidirezionale (ed imperfetta) che di contro investirebbe i creditori del fondo patrimoniale i quali, in caso di incapacità del patrimonio separato, potrebbero soddisfarsi, sebbene in via solo sussidiaria, anche sui beni personali dei coniugi, analogamente a quel che avviene, ma in via d'eccezione, nelle ipotesi del fatto illecito o dell'atto che non rechi espressa menzione della destinazione allo specifico affare (art. 2447 *quinquies*, commi 3° e 4°) (<sup>165</sup>). In senso contrario, e dunque in favore d'una separazione perfetta anche nella convenzione matrimoniale, potrebbe deporre non tanto la circostanza che l'art. 168 c.c. rinvii alle norme sull'amministrazione della comunione legale (art. 180 ss. c.c.) ma non anche all'art. 190 c.c., quanto l'obiezione per la quale la comunione legale tecnicamente non è un patrimonio di destinazione, poiché i beni che la compongono rispondono d'ogni obbligazione contratta dai coniugi congiuntamente (art. 186, lett. d), c.c.), e ciò quand'anche il debito non fosse connesso ad alcun bisogno della famiglia (<sup>166</sup>), nella

---

(<sup>164</sup>) Quella fideiussione dovrà reputarsi invece nulla nelle ipotesi dell'art. 2447 *quinquies*, commi 3° e 4°, c.c., sulla scorta di quella giurisprudenza che ha giudicato tale, per mancanza di causa (art. 1325, n. 2, c.c.), la fideiussione prestata da un socio illimitatamente responsabile in favore della sua società, essendo il patrimonio del socio già destinato *ex lege* al pagamento dei debiti garantiti (Trib. Padova, 27 febbraio 2002, in *Giur. merito*, 2002, 985).

E d'altra parte, è proprio muovendo da questi presupposti che l'art. 2447 *decies*, 2° comma, lett. g), c.c. ha preveduto che nel contratto di finanziamento destinato allo specifico affare possano accludersi le garanzie che la società presti per il rimborso di parte del finanziamento.

Di contro, la prestazione di garanzie da parte del patrimonio destinato in favore della società non sarebbe consentita nella misura in cui distragga i beni separati dallo specifico scopo dell'art. 2447 *bis* c.c., avvertendo, in ogni caso, che altro dall'invalidità è l'inefficacia dell'atto in frode ai creditori.

(<sup>165</sup>) Quando ci si conformasse al brocardo per cui il legislatore *ubi voluit dixit et ubi noluit tacuit*, la testuale mancanza d'una norma che, analogamente a quella dell'art. 2447 *quinquies*, 2° comma, c.c., stabilisca che delle obbligazioni contratte per soddisfare i bisogni della famiglia i coniugi rispondano nei limiti del patrimonio a ciò destinato confermerebbe la conclusione già esposta *supra* nel testo.

(<sup>166</sup>) Sul tema OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 113 ss., che nella comunione legale, giusta la mera sussidiarietà della responsabilità (*pro quota*) e la sola postergazione del creditore personale, non rinvia un vincolo di destinazione analogo a quello dell'art. 170 c.c.; nonché BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 2001, p. 136, dove si legge che «conformemente alle regole della comunione i beni del fondo rispondono solo in via sussidiaria per le obbligazioni personali di uno dei coniugi o derivanti da atti di straordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro coniuge. I beni possono cioè essere aggrediti solo in quanto non siano risultati sufficienti i beni personali dell'obbligato e comunque solo nei limiti della sua quota».

Sugli argomenti che potrebbero peraltro addursi a supporto della configurabilità d'una segregazione perfetta, concepita per soddisfare un più limitato ceto creditorio, non anche per garantire un diritto di prelazione che, in caso di incapacità del fondo patrimoniale, consenta il

pur lata accezione giurisprudenziale <sup>(167)</sup>. Ad ogni modo, seppur privo dell'effetto segregativo perfetto dell'art. 2447 *bis* c.c., anche il vincolo di destinazione dell'art. 167 c.c. comunque elide la *par condicio creditorum*, (almeno) con riguardo alla impignorabilità per i debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia (art. 170 c.c.) <sup>(168)</sup>.

## 5. Fallimento della società e patrimonio destinato *in bonis*

Il fallimento è incluso tra le cause di cessazione della destinazione del patrimonio allo specifico affare (art. 2447 *novies*, ultimo comma, c.c.) <sup>(169)</sup>, ma non nell'elencazione delle cause di scioglimento (e quindi d'estinzione) della società (art. 2484 c.c.) <sup>(170)</sup>. Nondimeno, nelle logiche conservative dell'impresa sottese al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, la sentenza di fallimento potrebbe non precludere la prosecuzione dell'affare, pur sottraendola agli organi societari.

---

pignoramento dei beni del patrimonio residuo di provenienza, cfr. PARTISANI, *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, in *La Resp. civ.*, 2005, 44.

<sup>(167)</sup> Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, in *Foro. it.*, 1985, I, 558; in *Vita not.*, 1983, 1646; in *Giust. civ.*, 1984, I, 663: «In tema di esecuzione sui beni del fondo patrimoniale e sui frutti di essi, il disposto dell'art. 170 c.c. - nel testo di cui alla l. 19 maggio 1975 n. 151 - per il quale detta esecuzione non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ad bisogni della famiglia, va inteso non in senso restrittivo, come riferentesi cioè alla necessità di soddisfare l'indispensabile per l'esistenza della famiglia, bensì - analogamente a quanto, prima della riforma di cui alla richiamata legge n. 151 del 1975, avveniva per i frutti dei beni dotali - nel senso di ricomprendere in detti bisogni anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente speculativi».

<sup>(168)</sup> A tal proposito, la Cass. 15 marzo 2006, (inedita) ha da ultimo deciso che spetta al debitore provare che il creditore conosceva l'estraneità del credito ai bisogni della famiglia: ciò perché i fatti negativi (in questo caso l'ignoranza) non possono formare oggetto di prova ed ancora perché esiste una presunzione di inerenza dei debiti ai detti bisogni.

<sup>(169)</sup> In questo senso, tra gli altri, SCARAFONI, *I patrimoni di destinazione: profili societari e fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 86; F. CENSONI, *I rapporti pendenti nella legge delega di riforma*, in *Fall.*, 2005, 103. *Contra* FIMMANÒ, *La liquidazione delle cellule destinate alla luce della riforma del diritto fallimentare*, in *Le Società*, 2006, 161, dove il fallimento è inteso come evento che consente «l'applicazione delle regole della liquidazione che sono quelle della società, con le specifiche di cui ai primi tre commi dell'art. 2447 *novies* c.c., in quanto compatibili con le regole del concorso, con le scelte degli organi della procedura e con l'evoluzione della stessa».

<sup>(170)</sup> Pur in assenza d'una espressa delega parlamentare, il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha escluso che il fallimento ancora concreti un'autonoma causa di scioglimento della società di capitali, diversamente da quanto previsto per le società di persone (artt. 2308 e 2323 c.c.). Sulle ragioni di quella scelta, nulla si legge nella Relazione al decreto di riforma, benché *ex post* se ne possa comunque apprezzare la coerenza col rinnovato spirito della riforma fallimentare, orientata, per quanto possibile, alla conservazione dell'impresa in crisi (si pensi alla possibile, e talvolta auspicata, definizione concordataria dell'esecuzione collettiva).

Ancorché capiente, l'amministrazione del patrimonio destinato è affidata dall'art. 155 l. fall. alla curatela della società fallita, affinché vi provveda con gestione separata (art. 155 l. fall.). Ciò tuttavia non impedisce, ricorrendone i presupposti, che l'affare possa esser condotto a termine, analogamente a quanto disposto dal 6° comma dell'art. 2447 *decies* per i finanziamenti destinati allo specifico affare (v. *infra*) <sup>(171)</sup>, in modo che la curatela possa assumerne l'esercizio provvisorio, specie nell'interesse dei creditori particolari <sup>(172)</sup>.

Allo spossessamento del patrimonio destinato (art. 42 l. fall.) dunque potrebbe anche non seguirne la liquidazione: al fine di conservarne la (prioritaria) funzione produttiva, il curatore potrebbe anzi cederlo a terzi, secondo le norme di liquidazione dell'attivo fallimentare, quindi con le modalità delle vendite del novellato art. 107 l. fall. (art. 155, 2° comma).

Diversamente, quando non ne fosse possibile la cessione, il patrimonio destinato è liquidato secondo le ordinarie procedure di liquidazione societaria (art. 2487 c.c.), in quanto compatibili (art. 155, 3° comma).

La nuova legge fallimentare è certo coerente con l'equipollenza funzionale tra il patrimonio destinato allo specifico affare e la costituzione d'una controllata *ad hoc* (c.d. *newco*), atteso che la curatela avrebbe potuto optare, nel fallimento della controllante, tanto per la cessione della partecipazione nella controllata, quanto per la sua liquidazione: la gestione concorsuale del patrimonio destinato allo specifico affare risulta perciò limitata alla sua liquidazione, in caso d'insolvenza (art. 156 l. fall.), ma è altresì estesa alla cessione a terzi, in caso di capienza (art. 155, 2° comma, l. fall.). Anche la liquidazione potrebbe tuttavia sortire effetti corrispondenti a quelli della cessione al terzo: ed infatti, al fine del migliore realizzo l'art. 2487, 1° comma, lett. c), c.c. consente una cessione unitaria del patrimonio destinato, alla stessa stregua della cessione d'azienda o d'un singolo suo ramo effettuata, ai sensi dell'art. 105 l. fall., con le modalità dell'art. 107 l. fall. ed in conformità a quanto disposto dall'art. 2556 c.c.

Resta inteso che fino a quando non fossero stati integralmente soddisfatti i creditori del patrimonio separato capiente, e dunque non fosse cessata la destinazione di scopo dell'art. 2447 *novies*, 3° comma, i creditori concorsuali non parteciperebbero ad alcun riparto

---

<sup>(171)</sup> MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, cit., 118.

<sup>(172)</sup> A tal proposito s'osservi come l'art. 24, 1° comma, lett. c) della legge portoghese sull'impresa commerciale individuale a responsabilità limitata (Decreto legge 25 agosto 1986, n. 248) all'opposto include la sentenza dichiarativa di fallimento del titolare tra le cause di immediata liquidazione dell'impresa.

(<sup>173</sup>): il corrispettivo della cessione al netto dei debiti del patrimonio destinato ovvero il residuo attivo della sua liquidazione (ordinaria) saranno solo successivamente acquisiti all'attivo fallimentare, detratto quanto spettante ai terzi che v'avessero effettuato apporti ai sensi dell'art. 2447 *ter*, 1° comma, lett. d), c.c. (art. 155, ultimo comma, l. fall.) (<sup>174</sup>). In tal modo è congegnata, evidentemente, una retrocessione del patrimonio separato non dissimile da quella in favore dei creditori dell'erede, che potranno pur sempre soddisfarsi sui beni dell'eredità beneficiata che residuassero alla soddisfazione privilegiata dei creditori del *de cuius* (art. 490 c.c.).

Come il patrimonio destinato allo specifico affare, anche il fondo patrimoniale (art. 167 ss. c.c.) non fallisce, né in proprio, né in estensione del fallimento del coniuge imprenditore (<sup>175</sup>). Non di meno, la convenzione matrimoniale soggiace ad un distinto regime dell'insolvenza poiché tra i beni non compresi nel fallimento sono ora finalmente elencati, in luogo dei redditi dei beni costituiti in patrimonio familiare (<sup>176</sup>), proprio «i beni del fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'art. 170 c.c.» (art. 46, n. 3, l. fall.) (<sup>177</sup>): quando non ricorrano gli estremi della revocatoria, l'effetto segregativo dell'art. 167 c.c. è indifferente all'insolvenza del coniuge, poiché lo scopo da cui promana ancora prevale sulla funzione di garanzia della generalità dei creditori (<sup>178</sup>). In questo modo,

---

(<sup>173</sup>) Questo perché cessa, al più, l'effetto segregativo connesso alla realizzazione dell'affare, non quello connesso all'estinzione delle passività in applicazione dell'art. 2447 *novies*, 3° comma, c.c.

(<sup>174</sup>) Pur apportandovi qualche necessario correttivo, può qui richiamarsi quella dottrina che incluse la massa fallimentare nel novero dei patrimoni separati, riconoscendole i medesimi attributi d'universalità del patrimonio ereditario e la medesima destinazione allo scopo di liquidazione: il principio per cui «il patrimonio allo scopo si avvicina ad una persona giuridica, ad un ente a scopo di liquidazione, ma in realtà non sorge un nuovo ente perché si tratta d'un patrimonio vincolato ad una destinazione che conserva sempre il suo soggetto, al quale si devolve, dopo esaurito il suo compito» (FERRARA, *op. cit.*, 880) qui s'attaglia al patrimonio dell'art. 2447 *bis* c.c., non al patrimonio relitto della società decotta.

(<sup>175</sup>) *Contra*, ma prima del varo dell'ultima riforma fallimentare, ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, cit., 59 ss., che prospettò due distinti fallimenti, sulla falsariga dell'art. 148 l. fall. regolante il fallimento della società e quello dei singoli soci, nel presupposto che il fallimento della società avrebbe implicato, quale effetto riflesso ed indiretto, il fallimento del patrimonio destinato allo specifico affare.

(<sup>176</sup>) Come noto, il fondo patrimoniale fu introdotto con la legge 19 maggio 1975, n. 151, dunque a distanza d'oltre trent'anni dal varo della legge fallimentare aggiornata, quanto al n. 3 dell'art. 46 l. fall. che ancora si riferiva all'abrogato patrimonio familiare, solo dall'ultima riforma organica del 2006.

(<sup>177</sup>) Rispetto al fallimento del coniuge opera, dunque, il medesimo effetto segregativo del *trust*, i cui beni non sono attratti nella massa fallimentare in caso di fallimento del *trustee* (BLANDINI e DÈ COSTANZO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 421 ss.).

(<sup>178</sup>) In senso difforme, nell'erronea convinzione di poter assimilare il patrimonio separato alle garanzie reali del pegno e dell'ipoteca, Trib. Ragusa, 8 marzo 1990, in *Giur. comm.*, 1991, II, 61,

la norma fallimentare avvicina il fondo patrimoniale al *trust* interno poiché, per l'art. 11, lett. b), della Convenzione dell'Aja, i beni del *trust* restano separati dal patrimonio del *trustee*, in caso di sua insolvenza o bancarotta.

Lo stesso principio vige per il fondo di garanzia per i mediatori di assicurazione e riassicurazione: il Codice delle Assicurazioni private lo definisce quale patrimonio separato da quello del soggetto presso il quale è costituito (la CONSAP) e da eventuali altri fondi; lo sottrae alle azioni, sequestri e pignoramenti dei creditori del soggetto che li amministri o dei singoli intermediari; infine precisa che «il fondo non può essere compreso nelle procedure concorsuali che riguardano il soggetto che lo amministra o i singoli intermediari partecipanti» (art. 115, comma 4°, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209).

Se con il fallimento del coniuge non cessa lo scopo del fondo patrimoniale <sup>(179)</sup> – benché l'evento sia incluso tra le cause di scioglimento della comunione (art. 191 c.c.) cui espressamente rinvia, sebbene limitatamente all'ipotesi dell'assenza di figli, l'ultimo comma dell'art. 171 c.c. <sup>(180)</sup> – con il fallimento della società cessa, di contro, la destinazione alla realizzazione dello specifico affare dell'art. 2447 *bis*, 1° comma, lett. a), c.c.: altro dalla cessazione di quello scopo è, tuttavia, l'effetto segregativo che *medio tempore* persiste in funzione della sola estinzione delle passività dell'affare (art. 2447 *novies*, 3° comma, c.c.), mentre l'eguale apprensione del patrimonio destinato in favore della curatela è giustificata proprio dalla «retrocessione» dell'eventuale residuo attivo della liquidazione (ordinaria) alla massa fallimentare (*ex art. 155, 3° comma, l. fall.*).

---

nella massima che segue: «I beni costituiti in fondo patrimoniale, in caso di fallimento di uno dei coniugi, devono essere appresi pro quota all'attivo del fallimento, e formeranno oggetto di una massa separata rispetto al restante dell'attivo, essendo destinati al soddisfacimento dei creditori che non conoscevano che i debiti contratti dai coniugi erano stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia. La speciale disciplina prevista dall'art. 170 c.c. in favore dei creditori consapevoli della pertinenza dell'obbligazione contratta ai bisogni della famiglia è assimilabile ad una causa di prelazione. Per analogia dall'art. 2911 c.c. tali creditori non potranno concorrere nella distribuzione dell'attivo del coniuge fallito se non hanno domandato anche la liquidazione del fondo patrimoniale».

<sup>(179)</sup> In dottrina, ad analoga conclusione giunsero quanti escludono l'acquisizione alla procedura non solo della quota del coniuge *in bonis*, ma anche della quota del coniuge insolvente, siccome oggetto di comunione indivisibile: v. FIMMANÒ, *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fallimento*, 2005, 1106, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

Nel senso del novellato art. 46 l. fall., già la Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2584, in parte motiva. In senso conforme Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Giust. civ.*, 1991, I, 566; in *Fallimento*, 1991, 365; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 666; *contra* il Trib. Catania, 31 maggio 1986, cit., dove si decise che i beni del fondo patrimoniale avrebbero formato una massa separata destinata soltanto a soddisfare i creditori per debiti contratti nell'interesse della famiglia.

<sup>(180)</sup> E' evidente come la discrasia tra la norma codicistica e quella fallimentare possa risolversi nella parziale implicita abrogazione del rinvio dell'art. 171 c.c. all'art. 191 c.c.: perché il fallimento (anche in assenza di figli, si deve qui ritenere) non è causa di cessazione del fondo

---

patrimoniale; e perché, come già s'è osservato, comunque nessun vincolo di (specifico) scopo è impresso sui beni della comunione.

# CAPITOLO I

## Sezione IV

### **Il finanziamento destinato ad uno specifico affare**

SOMMARIO: - 1. Il contratto di finanziamento destinato allo specifico affare. - 2. La *causa cavendi* del patrimonio separato. - 3. La separazione patrimoniale differita. - 4. Il *project financing*. - 5. La revocatoria del contratto dell'art. 2447 *decies*. - 6. Effetti del fallimento sul finanziamento destinato allo specifico affare.

#### **1. Il contratto di finanziamento destinato allo specifico affare**

La società può convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso (totale o parziale) del finanziamento siano destinati, in tutto o in parte, i proventi del medesimo affare (art. 2447 *bis*, lett. b), che in tal modo costituirebbero un patrimonio separato sia da quello della società, sia da quello di ogni altra operazione parimenti finanziata (art. 2447 *decies*, comma 3).

Il modello finanziario diverge da quello gestionale o operativo poiché non è costituito per atto unilaterale (quale è la delibera costitutiva dell'art. 2447 *ter*), originando da un contratto<sup>(181)</sup>. Anche in materia il legislatore ha valorizzato l'autonomia privata, limitandosi alla definizione d'uno *standard* minimale dell'atto, che dovrà contenere gli elementi elencati nel capoverso dell'art. 2447 *decies*<sup>(182)</sup>: in mancanza dei requisiti di legge, la clausola di separazione non potrà considerarsi inefficace, soggiacendo piuttosto alle comuni invalidità contrattuali, con conseguente nullità virtuale dell'intero contratto di finanziamento, ove il mutuante eccepisse, ai sensi dell'art. 1419 c.c., l'essenzialità della clausola di separazione patrimoniale.

---

<sup>(181)</sup> In questo senso depone il testo della legge, che alla lettera b) del 1° comma dell'art. 2447 *bis* impiega il verbo «convenire», in luogo del «costituire» che la precedente lettera a) invece riferisce al modello industriale o operativo.

<sup>(182)</sup> Il contratto deve infatti contenere:

- a) una descrizione dell'operazione che consenta di individuarne lo specifico oggetto; le modalità ed i tempi di realizzazione; i costi previsti ed i ricavi attesi;
- b) il piano finanziario dell'operazione, indicando la parte coperta dal finanziamento e quella a carico della società;
- c) i beni strumentali necessari alla realizzazione dell'operazione;
- d) le specifiche garanzie che la società offre in ordine all'obbligo di esecuzione del contratto e di corretta e tempestiva realizzazione dell'operazione;
- e) i controlli che il finanziatore, o soggetto da lui delegato, può effettuare sull'esecuzione dell'operazione;
- f) la parte dei proventi destinati al rimborso del finanziamento e le modalità per determinarli;
- g) le eventuali garanzie che la società presta per il rimborso di parte del finanziamento;
- h) il tempo massimo di rimborso, decorso il quale nulla è più dovuto al finanziatore.

Benché l'effetto segregativo assolva una funzione di garanzia (v. *infra*) che accresce la capacità di raccolta di capitale riducendo il costo del finanziamento, il contratto assume una connotazione aleatoria che richiede una certa propensione al rischio da parte del sovventore: ed infatti, poiché, se si eccettua l'ipotesi della garanzia parziale prestata dalla società, il finanziatore può rivalersi, per il rimborso e la remunerazione del finanziamento, esclusivamente sui proventi e sui frutti dell'affare, è evidente come l'insolvenza del patrimonio separato, che non si propaga alla società *in bonis*, vanifichi il *discrimen* tra capitale di rischio e capitale di credito, alla stessa stregua di quanto avviene con la clausola di postergazione del prestito obbligazionario, che in tal modo è reso partecipe del rischio d'impresa (art. 2411 c.c.).

Il finanziamento accede ai consueti modelli contrattuali, quali il mutuo <sup>(183)</sup>, l'apertura di credito in conto corrente e finanche il *leasing* finanziario, mentre i proventi dell'affare, i loro frutti ed investimenti costituiscono un patrimonio separato non solo da quello della società, ma anche da quello concernente ogni altra operazione di finanziamento *ex art. 2447 decies c.c.*, così da poter prefigurare una cartolarizzazione sui flussi dei crediti futuri. La *securitization* <sup>(184)</sup> qui avverrà nei termini dell'art. 7 della legge 30 aprile 1999, n. 130, generando una doppia separazione patrimoniale: all'interno del patrimonio della società debitrice, con riguardo ai proventi dell'affare destinati alla società veicolo (*Special purpose vehicle*) <sup>(185)</sup>; nel patrimonio di quest'ultima che, quale cessionaria del credito per i proventi dell'affare finanziato, collocherà i titoli emessi sul mercato.

Si tratterebbe, propriamente, di separazione biunivoca e perfetta: da un lato, sul patrimonio separato non potranno soddisfarsi gli *altri* creditori sociali ai quali, fino al rimborso del finanziamento o alla scadenza del termine di rimborso, è consentito, tutt'al più, l'esercizio di azioni conservative su beni strumentali alla realizzazione dell'operazione; dall'altro, delle obbligazioni assunte nei confronti del finanziatore risponderà esclusivamente

---

<sup>(183)</sup> Il finanziamento, specie quando erogato da una banca, assumerebbe i connotati del mutuo consensuale e di scopo, avuto riguardo alla redditività dell'affare finanziato, quale unica garanzia a tutela dell'affidamento del sovventore.

<sup>(184)</sup> Quale tecnica finanziaria nata negli Stati Uniti d'America con l'emissione di obbligazioni garantite da mutui ipotecari, nella definizione accolta dall'ABI la *securitization*, o cartolarizzazione dei crediti, è uno strumento tramite il quale i flussi di cassa derivanti da impieghi creditizi, mutui o altre classi dell'attivo vengono selezionati ed aggregati al fine di costituire un supporto finanziario e garanzia ai titoli (*asset backed securities*), rappresentativi di tali classi di attivo, collocati nel mercato dei capitali.

<sup>(185)</sup> Al contratto potrebbe dunque accludersi una clausola di doppia destinazione, concernente ora i proventi dell'affare (destinati in via esclusiva al sovventore), ora le somme erogate (destinate alla realizzazione dello specifico affare).

il patrimonio separato, eccezion fatta per l'ipotesi in cui il contratto di finanziamento contempra garanzie aggiuntive.

Affinché l'effetto segregativo possa prodursi, è tuttavia richiesto che il contratto di finanziamento sia depositato ed iscritto nel registro delle imprese e che siano adottati sistemi di contabilizzazione ed incasso che consentano d'individuare, in ogni momento, i proventi dell'affare, così da tenerli separati dal restante patrimonio sociale <sup>(186)</sup>.

## 2. La causa cavendi del patrimonio separato

La clausola di destinazione giova alla società, che sottrae i proventi dell'affare alle azioni esecutive dei suoi creditori, ma giova, soprattutto, al sovventore istituzionale, garantendolo, senza necessità d'immobilizzazioni di capitali a titolo cauzionale, al pari delle garanzie atipiche a prima richiesta e del pegno rotativo invalso proprio nella prassi bancaria <sup>(187)</sup>.

Le logiche proprietarie del codice civile del 1942, ed in specie dello statuto di responsabilità degli artt. 2740-2741 c.c. incentrato sul valore intrinseco dei beni, non già sulla loro redditività <sup>(188)</sup>, evolvono nell'egemonia della tecnica contrattuale che incoraggia la più ampia circolazione della ricchezza, dove la separazione patrimoniale è preferita alle tradizionali garanzie reali (pegno ed ipoteca sui beni sociali), e finanche personali (fidejussioni), che pure la società potrebbe prestare, giusta la lett. g) del capoverso dell'art. 2447 *decies*, per il parziale rimborso del finanziamento.

Non si tratta, dunque, d'un modello alternativo all'articolazione dell'impresa multidivisionale nelle forme del gruppo societario, bensì di un contratto <sup>(189)</sup> in cui la separazione patrimoniale è, in primo luogo, concepita in funzione del maggior *standing* creditizio della impresa finanziata, non della limitazione della responsabilità. Per questo la clausola di destinazione distingue, quanto a presupposti e funzione, il modello finanziario dal modello industriale dell'art. 2447 *bis*, lett. a) c.c., in cui è più marcata, specie in difetto

---

<sup>(186)</sup> Trattandosi di beni fungibili, il rischio di confusione di patrimoni è qui particolarmente avvertito, tanto più in difetto d'una gestione controllata dei flussi di cassa affidata ad un intermediario finanziario.

<sup>(187)</sup> Si pensi alla sostituzione degli strumenti finanziari dati in pegno, in funzione della massima loro redditività.

Analoga è, altresì, la *ratio* del privilegio speciale sui beni mobili strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa, che non ne richiede lo spossessamento (art. 46, T.U.B.).

<sup>(188)</sup> Si vedano, a questo riguardo, i rilievi svolti da FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 131.

dell'apporto di terzi, la natura statico-conservativa del patrimonio separato in funzione della liquidazione in favore della massa dei creditori legittimati ad escuterlo (Relazione illustrativa al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, § 10).

Quanto alle applicazioni pratiche, valga anche in questa sede il caso di scuola della società immobiliare proprietaria d'un edificio da ristrutturare, che richieda ed ottenga un finanziamento nella previsione di rimborsarne i ratei con i canoni che saranno successivamente percepiti dalla locazione a terzi dell'immobile ristrutturato.

### **3. La separazione patrimoniale differita**

Il contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare produce una separazione patrimoniale differita o, come pure è stato detto, «a formazione progressiva», poiché alimentata da componenti reddituali, non patrimoniali <sup>(190)</sup>, che, in quanto tali, non implicano conflitti analoghi a quelli che possano insorgere tra le classi creditorie del modello c.d. industriale.

Il vincolo di scopo apposto sui proventi dell'affare ha dunque smentito l'assunto per cui l'entità sperata non avrebbe rappresentato, in atto, un *quid* economicamente valutabile, nonostante l'art. 2740 c.c. intendesse la responsabilità del debitore anche ai suoi beni futuri <sup>(191)</sup>. Nel contratto di finanziamento dello specifico affare la separazione verte su un patrimonio futuro, applicandosi l'art. 1348 c.c. ad ogni contratto con substrato causale diverso da quello per cui viga il divieto dell'art. 771 c.c. (donazione di beni futuri): l'aleatorietà dell'effetto segregativo spiega perché l'art. 2447 *decies* non contempli alcuna opposizione dei creditori sociali né rinvii all'art. 2447 *quater*, salva la revocatoria di diritto comune. La stessa aleatorietà non spiega, invece, le ragioni per le quali non rilevarebbe una bipartizione tra creditori da contratto e creditori *ex delicto*, ai fini dell'opponibilità del vincolo di scopo apposto alla futura utilità.

All'assenza di limiti dimensionali (quale sarebbe la soglia del dieci per cento del patrimonio sociale netto) sembra sotteso un maggior *favor* legislativo per la fattispecie di separazione differita. Sotto questo profilo, il diverso trattamento riservato all'apporto del terzo nel patrimonio destinato dell'art. 2447 *bis*, comma 1, lett. a) solo *prima facie* non

---

<sup>(189)</sup> Nonostante le affinità con l'associazione in partecipazione, si tratterebbe, in sostanza, di un mutuo di scopo, assistito dalla inedita garanzia dell'effetto segregativo impresso sui proventi dell'affare finanziato.

<sup>(190)</sup> BERTACCHINI, *Le ragioni del credito nelle società riformate*, Padova, 2004, p. 109.

<sup>(191)</sup> L'assunto si legge in TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 275.

troverebbe plausibili giustificazioni in termini di *strictum ius*: ed infatti, trattandosi di contratto aleatorio, al momento in cui è concluso i contraenti non sanno se e quanti proventi potranno effettivamente maturare dall'intrapresa dell'affare per il quale è concesso il finanziamento garantito dalla clausola di segregazione patrimoniale.

Poiché la separazione patrimoniale qui coinvolge i proventi dell'affare, il contratto dovrà comunque indicare la misura in cui gli stessi siano destinati al rimborso del finanziamento, così da sottrarli, in tutto o in parte, alla garanzia generica dei creditori sociali. La destinazione peraltro riguarda il rimborso del debito, non direttamente la realizzazione dello specifico affare: per questo taluni hanno letto restrittivamente la norma che demandava al legislatore delegato la disciplina dei «patrimoni dedicati allo specifico affare», e non anche del finanziamento concesso per realizzarlo, onde profilare una incostituzionalità per eccesso della delega legislativa <sup>(192)</sup>.

Ad ogni modo, diversamente da quel che avviene per il modello c.d. industriale, non è qui richiesta una contabilità separata, né l'individuazione di criteri per la imputazione degli elementi comuni di costi e ricavi o la redazione d'apposito rendiconto. L'adozione di adeguati sistemi d'incasso e contabilizzazione induce ad identificare i proventi futuri col *cash flow*, alla stessa stregua del *project financing* (v. *infra*), non con gli utili d'impresa, quale differenza tra costi e ricavi: diversamente, non solo apparirebbero inadeguati i presidi contabili a tutela del sovventore, ma diverrebbe difficoltoso distinguere il finanziamento destinato dall'associazione in partecipazione.

#### **4. Il *project financing***

Sono evidenti le affinità tra il finanziamento destinato dell'art. 2447 *decies* ed il *project financing* che come il *trust* nasce in *common law*, ed in specie negli Stati Uniti d'America dove fu applicato nel settore energetico e dell'estrazione di combustibili, per poi diffondersi, come altri modelli contrattuali atipici, anche nell'Europa di *civil law*, con applicazioni anche nei settori delle infrastrutture di pubblica utilità <sup>(193)</sup>.

Il *project financing* (come il modello dell'art. 2447 *decies* e diversamente dal *corporate finance*) è dunque una forma finanziamento basata sulla valenza tecnica ed economica del progetto, la cui redditività eleva lo *standing* creditizio del promotore (*sponsor*), che potrà essere tanto una impresa privata, quanto un ente pubblico dotato

---

<sup>(192)</sup> BARTALENA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 86.

<sup>(193)</sup> Sulla circolazione dei modelli giuridici, RABITTI, *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1996, 224.

d'autonomia finanziaria e gestoria: in luogo della consistenza patrimoniale della sovvenuta e delle garanzie reali altrimenti prestate, il rimborso del debito e la remunerazione del capitale di rischio sono assicurate dal flusso di cassa (*cash flow*) positivo dell'affare finanziato, quale garanzia collaterale del prestito <sup>(194)</sup>.

Poiché in tal modo il finanziatore è partecipe del rischio d'impresa, si tratterà, in genere, di progetti dotati d'intrinseca redditività <sup>(195)</sup>, com'è per i ricavi da utenza di servizi in concessione, ovvero per il servizio erogato dal concessionario privato direttamente alla pubblica amministrazione. Nella prassi, tuttavia, non è mancata la previsione di garanzie difensive reali (c.d. *security package*) sui flussi di reddito e sui beni strumentali al progetto, così da riservarli alle azioni esecutive del finanziatore, quale creditore privilegiato ai sensi dell'art. 2741 c.c.

Come nella cartolarizzazione dei crediti, anche in materia la miglior tecnica di segregazione del rischio d'impresa dello *sponsor* (c.d. *ring fence*) permane la costituzione di una società veicolo (*special purpose vehicle*) deputata alla gestione e realizzazione dell'affare, in luogo dell'articolazione del patrimonio in masse separate che incorrerebbe nella responsabilità illimitata per l'obbligazione da fatto illecito (art. 2447 *quinquies*, 3 comma, c.c.), nonché nel limite del dieci per cento del patrimonio sociale netto (art. 2447 *bis*, capoverso). La costituzione della società veicolo genera una separazione patrimoniale speculare al *trust*, che in egual misura giova al promotore, nel cui stato patrimoniale non figurerà il debito da finanziamento, ed al sovventore, poiché il flusso di cassa è autonomo dal patrimonio del promotore, come tale sottratto alle azioni esecutive dei suoi creditori.

Il medesimo rischio è invece implementato, per il sovventore, dall'esclusione della rivalsa nei confronti degli azionisti della società di progetto (*non recourse*) <sup>(196)</sup>.

## 5. La revocatoria del contratto dell'art. 2447 *decies*

Il contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare è passibile d'azione pauliana, ogni qual volta ricorrano le condizioni dell'art. 2901 c.c.. Non si son poste, in

---

<sup>(194)</sup> NEVITT, *Project financing*, Roma, 1987, p. 13, dove il modello è descritto come «operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito».

<sup>(195)</sup> Gli economisti definiscono opere «calde» quelle opere che, diversamente dalle «fredde», sono capaci di autofinanziarsi, generando un flusso di cassa per il rimborso del debito (così nei settori strategici, quali quello energetico, delle infrastrutture, dei trasporti e delle comunicazioni).

<sup>(196)</sup> E' esclusa la rivalsa totale nei confronti degli azionisti (*full recourse*); è ammessa, invece, quella temporalmente, quantitativamente e qualitativamente limitata (*limited recourse*).

questo caso, le questioni sollevate sulla revocatoria della delibera costitutiva dell'art. 2447 *ter* c.c., per la quale soltanto vige il rimedio dell'opposizione dell'art. 2447 *quater* c.c.

Il pregiudizio che il contratto di finanziamento arrecherebbe alle ragioni dei creditori sociali è nell'inespropriabilità (*medio tempore*) dei beni strumentali all'operazione (sui quali potranno esercitarsi esclusivamente azioni conservative), nonché nelle immobilizzazioni (dei beni pignorati o ipotecati) e nei vincoli personali derivanti dalle garanzie eventualmente prestate dalla società per il rimborso di parte del finanziamento (art. 2447 *decies*, comma 2, lett. g).

In caso di procedura concorsuale, il contratto di finanziamento può essere qualificato quale atto a titolo oneroso costitutivo d'un diritto di prelazione per debiti contestualmente contratti, così da soggiacere al rimedio dell'art. 67, comma 2, l. fall., benché in punto di stretto diritto il patrimonio separato, che elide la *par condicio creditorum*, sia altro dalla causa legittima di prelazione, che di contro si limita a derogarvi (v. *infra*).

## 6. Effetti del fallimento sul finanziamento destinato allo specifico affare

L'introduzione del modello finanziario di patrimonio destinato dell'art. 2447 *bis*, 1° comma, lett. b), c.c. <sup>(197)</sup> ha richiesto un'integrazione della disciplina concorsuale dei rapporti contrattuali pendenti alla data di dichiarazione del fallimento <sup>(198)</sup>.

Già il 6° comma dell'art. 2447 *decies* c.c. lasciò intuire che il fallimento della società debitrice non avrebbe prodotto l'automatica insinuazione al passivo del mutuante (nei termini dell'art. 55 l. fall.), poiché le sorti del contratto sarebbero dipese dal giudizio degli organi della procedura sulla persistente (e conveniente) realizzabilità dell'affare <sup>(199)</sup>, tanto da limitarne talvolta la scelta al solo mutuo di scopo consensuale <sup>(200)</sup>.

In linea con quelle previsioni, l'art. 72 *ter* l. fall. ora prevede che il fallimento della società è causa di scioglimento del contratto di finanziamento dello specifico affare solo quando impedisca la realizzazione o la continuazione dell'operazione (1° comma): quando

---

<sup>(197)</sup> Il contratto di finanziamento può prevedere che al rimborso delle somme erogate siano destinati, in via esclusiva, tutti o parte dei proventi dello specifico affare finanziato che in tal modo assurgono a patrimonio separato perfetto: perché quei proventi sono sottratti alle azioni esecutive dei creditori sociali, e perché solo il patrimonio separato (tranne l'ipotesi di parziale garanzia prestata dalla società per il rimborso) risponde delle obbligazioni assunte nei confronti del sovventore (art. 2447 *decies* c.c.).

<sup>(198)</sup> Cui espressamente allusero i principi e criteri direttivi della legge delega per la riforma fallimentare.

<sup>(199)</sup> MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, cit., 1249.

così non fosse (nelle logiche di salvaguardia dell'impresa che hanno ispirato il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), il curatore, sentito il parere del comitato dei creditori, potrà decidere di subentrare nel contratto in luogo della società mutuataria, ovviamente assumendone tutti gli oneri (2° comma); diversamente, pur in mancanza del subingresso della curatela il contratto non è estinto di diritto, atteso che al contraente *in bonis* (il finanziatore) è concesso di richiedere al giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, di poter realizzare o continuare l'operazione, in proprio o affidandola a terzi, in ogni caso trattenendo i proventi dell'affare ed insinuandosi al passivo del fallimento (ma in via solo chirografaria) per l'eventuale credito residuo (3° comma) <sup>(201)</sup>.

Con lo scioglimento del contratto di finanziamento cessa (*hic et nunc*) l'effetto segregativo della destinazione di scopo dell'art. 2447 *bis*, 1° comma, lett. b), con le conseguenze del 6° comma dell'art. 2447 *decies* c.c., cui è fatto espresso rinvio proprio dall'ultimo capoverso dell'art. 72 *ter* l. fall.: il finanziatore avrà dunque diritto di insinuarsi al passivo fallimentare per il credito residuo, dunque al netto dei proventi e dei frutti già percetti in regime di separazione <sup>(202)</sup>.

Ove la curatela assumesse la gestione dell'affare persisterebbe, invece, il regime di separatezza patrimoniale dell'art. 2447 *decies*, commi 3°, 4° e 5°, c.c.: al creditore separato non sarebbe perciò concessa l'insinuazione al passivo, allo stesso modo escludendosi, sulla massa separata, il pari il concorso dei creditori sociali che, sino a quando il finanziamento non fosse interamente rimborsato, potrebbero soltanto esercitare azioni conservative sui beni strumentali all'operazione (che nel frattempo non verranno perciò acquisiti al fallimento); il che, s'intende, a condizione che il contratto di finanziamento sia stato regolarmente depositato per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese, e che siano stati adottati sistemi di incasso e contabilizzazione idonei ad individuare, in ogni momento, i proventi dell'affare ed a tenerli separati dal restante patrimonio della società, pena la responsabilità civile per violazione delle regole di separatezza.

---

<sup>(200)</sup> LOCORATOLO, «*Patrimoni destinati*» e insolvenza, cit., 137 ss., nel presupposto che, diversamente, sarebbe residuo (non già un contratto ancora in corso d'esecuzione bensì) un credito che il mutuante avrebbe da subito fatto valere con l'insinuazione allo stato passivo.

<sup>(201)</sup> E' così visibilmente salvaguardata la capacità produttiva del ramo d'impresa, ma è assecondato, nel contempo, il principio di conservazione del contratto (di finanziamento) sotteso alla regola per cui lo stesso possa sciogliersi solo per mutuo consenso ovvero per «altre cause ammesse dalla legge» (art. 1372 c.c.).

<sup>(202)</sup> Al riguardo, cfr. anche GATTI, *Finanziamenti destinati e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 243.

## CAPITOLO II

### Profili civilistici dei patrimoni separati

SOMMARIO: - 1. Genesi ed esegesi della teorica dei patrimoni separati. - 2. Il patrimonio adespota. - 3. I patrimoni separati nel diritto privato italiano. - 4. La tipicità dei patrimoni separati. - 5. L'indistinta categoria dei patrimoni destinati. - 6. La personificazione del patrimonio destinato. - 7. Autonomia patrimoniale e soggettività giuridica. 8. Il patrimonio separato e la soggettività giuridica. - 9. Separazione patrimoniale e cause di prelazione. - 10. Responsabilità limitata e limitazione del debito. - 11. La responsabilità limitata e il patrimonio separato. - 12. Il patrimonio destinato allo specifico affare quale paradigma di patrimonio separato.

#### 1. Genesi ed esegesi della teorica dei patrimoni separati

Come tutte le compilazioni di derivazione francese, anche il nostro codice civile non descrive né regola il patrimonio. Manca, allo stesso modo, una esaustiva nozione di separazione patrimoniale, che neppure compare nelle legislazioni speciali dove ne sono peraltro compiutamente descritti quei medesimi effetti (di indisponibilità, impignorabilità ed insequestrabilità) che parimenti compaiono nelle fattispecie già codificate nel 1942<sup>(203)</sup>.

A quelle anomalie ha storicamente supplito il formante dottrinario, che ha definito il patrimonio quale complesso dei rapporti giuridici di una persona, suscettibili di valutazione economica<sup>(204)</sup>, risentendo non poco, quanto alla nozione di separazione patrimoniale, della

---

<sup>(203)</sup> E segnatamente: nel patrimonio familiare (art. 167, nella formula abrogata dalla Riforma del 1975); nell'accettazione con beneficio di inventario (art. 490); nella limitazione imposta all'azione esecutiva dei creditori del mandatario sui beni che lo stesso avesse in nome proprio acquistati per conto del mandante (art. 1707); nel sequestro e nella pignorabilità della rendita vitalizia (art. 1881); nell'intangibilità delle somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario (art. 1923); nei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza (art. 2117).

<sup>(204)</sup> FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, p. 865; DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Torino, 1930, p. 108; DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di Castello, 1941, p. 1; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, p. 222: «Gli elementi costitutivi del patrimonio e il patrimonio esso medesimo hanno come caratteristica di essere atti a *soddisfare bisogni (economici)* e di *essere valutabili*, in base al comune misuratore dei valori economici, che è la *moneta* (o danaro)» (il corsivo è dell'A.); TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 273, dove il patrimonio è definito come una «entità composita, risultante da elementi suscettibili di valutazione economica»; DURANTE, voce *Patrimonio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 1: «Il termine patrimonio (dal giustiniano *patrimonium*) designa un'entità composita, formata dall'insieme delle situazioni soggettive suscettibili di valutazione economica (intesa come estimabilità pecuniaria)».

Quella nozione compare, informandone i contenuti, nel diritto delle obbligazioni e dei contratti: ha carattere patrimoniale, infatti, la prestazione dedotta in obbligazione (art. 1174 c.c.), come ogni rapporto giuridico che il contratto costituisca, regoli o estingua (art. 1321 c.c.); è risarcibile la *deminutio patrimonii* che configuri un danno ingiusto (art. 2043 c.c.), mentre il patrimonio del debitore, che dell'adempimento risponde con tutti i suoi beni, offre una generica garanzia del credito (art. 2740 c.c.).

compenetrazione dei concetti di assolutezza della proprietà e d'unitarietà del patrimonio così qualificato: ed infatti, l'una e l'altro furono concepiti quale emanazione della persona, talché non potessero scindersi né duplicarsi poiché, diversamente, la titolarità d'una pluralità di patrimoni sarebbe equivalsa, per una sorta di regola transitiva, all'implicita ammissione di proprietà a contenuto variabile.

Con minor approssimazione, quella accezione unitaria del patrimonio emerse nelle dottrine d'oltralpe che appunto lo intesero quale «*émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle*»<sup>(205)</sup>, col duplice corollario della sua indivisibilità ed intrasmissibilità *inter vivos* <sup>(206)</sup>. L'idea incontrastata, anche nelle coeve dottrine italiane, fu che ogni persona, naturale o morale, non avesse che un solo patrimonio, qualunque fosse stato lo scopo di destinazione dei singoli beni che l'avessero composto <sup>(207)</sup>.

---

Anche il libro secondo del codice civile è ordinato sul medesimo concetto di patrimonio (solo nella successione *mortis causa* il patrimonio diverrebbe trasmissibile *uno actu*, secondo le comuni concezioni radicate sull'attributo d'unitarietà ed inscindibilità) che parimenti figura nel diritto societario, sovente aggettivato in termini d'autonomia, dov'è assunto a referente della costruzione dogmatica della personalità giuridica. La medesima nozione di patrimonio compare, infine, anche in altri comparti dell'ordinamento giuridico, specie con riguardo alla potestà punitiva dello Stato: così è nei delitti contro il patrimonio, sui quali SGUBBI, voce *Patrimonio (reati)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 331 ss.

<sup>(205)</sup> AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, 1917, t. IX, 337 ss.

Sul tema, da ultimo, anche MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005, 163.

<sup>(206)</sup> Invero, una successione *inter vivos* è ben configurabile nella fusione di società, giacché la società risultante dalla fusione (o la incorporante) assume i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendone tutti i rapporti, anche processuali, antecedenti la fusione (art. 2504 *bis*).

<sup>(207)</sup> Il principio già fu accolto dai giuristi italiani di fine Ottocento. A questo proposito, nell'annotare l'App. Bologna, 8 giugno 1888, in *Foro it.*, 1888, I, 940, il Vivante scriveva: «Frequentemente la parte di patrimonio, che s'impegna nel commercio, si presenta come distinta per segni esteriori da quella che si destina ai bisogni domestici: l'opificio, il magazzino, la bottega, specialmente quando vengono esercitati col mezzo di un rappresentante, restano spiccatamente divisi dalla casa, dal podere, ove il commerciante risiede colla sua famiglia. Da quest'apparente separazione qualche giureconsulto fu indotto a considerare il patrimonio commerciale come una unità legalmente distinta dal resto del patrimonio. Ma è una opinione anti-giuridica, perché una persona non ha che un solo patrimonio, qualunque sia lo scopo cui destina i beni che lo compongono. Non vi ha nessun testo di legge che riconosca un patrimonio commerciale destinato a fini speciali, mentre ve ne hanno parecchi che riconoscono la giuridica unità del patrimonio di un commerciante. Basti ricordare che tutti i suoi beni formano la comune garanzia de' suoi creditori (art. 1949 cod. civ.); che il commerciante deve comprendere nell'inventario tutti i suoi beni, siano mobili o immobili, siano crediti civili o commerciali (art. 22 cod. comm.); che il fallimento li colpisce tutti, senza distinzione (art. 686 e ss. cod. comm.); che le azioni giudiziarie, ancorché concernano gli affari conclusi da un'agenzia, possono sempre proporsi al foro del principale».

Nella fattispecie, già l'annotatore contestò l'autonomia del complesso aziendale dell'attuale art. 2555 c.c., ancora oggi escluso dal novero dei patrimoni separati: v. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 291: il regime speciale dei beni

Le dottrine che in tal modo identificarono la persona con le vicende patrimoniali che l'avessero riguardata diedero veste giuridica al pensiero filosofico che nel XVIII secolo <sup>(208)</sup> considerò la proprietà un diritto originario ed innato, in quanto immediata esplicazione del sommo diritto di libertà. In buona sostanza, l'unitarietà del patrimonio corrispose all'unitarietà del diritto dell'art. 544 *code Napoléon*, poi trasfusa nel nostro art. 832 c.c.: emancipata dal *dominium eminens* (la proprietà del sovrano) e dal *dominium directum* (la proprietà dell'aristocrazia feudale), la proprietà borghese (*dominium utile*) non avrebbe più tollerato né subito i pesi d'un tempo, così imponendo il numero chiuso dei diritti reali minori e relegando la proprietà fiduciaria, in quanto goduta solo per soddisfare un interesse altrui, alle sole ipotesi d'enumerazione tassativa <sup>(209)</sup>.

Senonché, già la lettera del *code civil* smentì quelle dottrine che, proprio in terra francese, informarono il patrimonio ai canoni di unità ed indivisibilità: l'eredità accettata col beneficio dell'inventario avrebbe implicato l'alterità, rispetto a quello dell'erede, del patrimonio ereditario, mentre agli averi dell'assente non poteva darsi qualifica altra da quella di patrimonio separato. Quell'incoerenza sistematica non sopì, tuttavia, il dibattito dottrinario che i giuristi italiani proseguirono ed approfondirono tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del secolo scorso <sup>(210)</sup>, talvolta suffragando quel dogmatismo che avrebbe poi condizionato le successive generazioni, motivandone le diffidenze (e finanche la profonda avversione) nei confronti dei vincoli reali di destinazione, ed in specie nei riguardi del *trust*.

Quella corrispondenza biunivoca tra unicità del patrimonio ed unicità della persona <sup>(211)</sup> avrebbe preluso, evidentemente, ad un trattamento equanime dei creditori nella fase

---

aziendali non è previsto «ai fini di conservazione ed in vista della realizzazione di un particolare scopo, cui quel patrimonio sia destinato, ma secondo scelte rimesse (nel quadro dell'organizzazione dell'attività di impresa e nella prospettiva della massima realizzazione di un utile) alla libera determinazione dell'imprenditore».

<sup>(208)</sup> Così nelle concezioni antropocentriche del razionalismo illuminista e dell'idealismo romantico tedesco. Cfr. KANT, *La metafisica dei costumi*, I, *Introduzione alla dottrina del diritto*, nell'edizione a cura di Vidari, Bari, 2001.

<sup>(209)</sup> Ed i casi sono quelli della società e della fondazione fiduciaria, ed in specie delle società di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare.

<sup>(210)</sup> Oltre a Vivante, nella nota all'App. Bologna, 8 giugno 1988, cit. *supra*, cfr. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, IX, 1, Torino, 1895, 7, dove il patrimonio è definito «una universalità giuridica, emanante dalla personalità stessa di colui al quale i beni appartengono». In senso critico FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 665, che stigmatizzò «i giuristi imbevuti delle idee del diritto naturale, che faceva la proprietà un lato esteriore della personalità, e quindi indissolubile intrasmissibile ed unica, come unica è la persona», che perciò «furono portati a ripetere gli stessi concetti in materia giuridica», concludendo che altro dal patrimonio fosse, invero, la capacità patrimoniale.

<sup>(211)</sup> Sulla storiografia giuridica dell'unitarietà quale elemento estrinseco al patrimonio, derivante dall'appartenenza delle cose, dunque dalla titolarità dei diritti, ad un unico soggetto, IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, 3 ss.

esecutiva, secondo il regime codificato dapprima nell'art. 1949 c.c. del 1865<sup>(212)</sup>, quindi nel vigente art. 2741 c.c. che assicura la miglior giustizia distributiva, per la identità del patrimonio sul quale possa soddisfarsi la pluralità dei creditori. In questa prospettiva la *vis eversiva* del patrimonio separato ne suggerì il numero chiuso, a tutela dell'affidamento del terzo, ma pure dell'assolutezza del diritto di proprietà, dacché non si comprese che la separazione, in funzione dello scopo di destinazione, sarebbe coincisa con la massima espressione d'esercizio di quel diritto reale, non prefigurandone una menomazione<sup>(213)</sup>.

Sul diverso versante della soggettività, l'inammissibilità del patrimonio adespota ha imposto la personificazione del patrimonio destinato, quale tecnica di specializzazione della responsabilità che avrebbe preservato la coerenza d'un sistema positivo retto dal dogma d'universalità. Si comprende, dunque, perché proprio il legislatore d'oltralpe differì la ratifica della XV Convenzione de l'Aja, preferendole l'introduzione della società unipersonale a responsabilità limitata. Del pari s'intuisce come l'imminente Novella sulla *fiducie*, che pure costituirebbe, nel corpo del libro terzo del *Code civil*, un *patrimoine d'affectation* (patrimonio destinato), inaugurerà, proprio in terra francese, una nuova stagione del diritto dei patrimoni separati d'area continentale.

## 2. Il patrimonio adespota

Quanto all'altra area di derivazione romanistica, risale alla pandettistica tedesca la teorizzazione dei patrimoni di scopo (*Zweckvermögenstheorie*), anch'essi in origine concepiti non già quali nuove soggettività giuridiche (surrogate proprio dallo scopo), bensì in funzione della ammissibilità di diritti (almeno *medio tempore*) senza soggetto<sup>(214)</sup>.

Ai fini della limitazione di responsabilità funzionale alla devoluzione allo scopo, il dogma d'universalità avrebbe imposto, nell'impossibilità di scindere il patrimonio, la duplicazione dei soggetti. Senonché, negando l'esistenza di soggetti diversi dall'uomo non

---

<sup>(212)</sup> Sulla falsariga dell'art. 2094 *code Napoléon*.

<sup>(213)</sup> IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, 70: «Almeno sul piano teorico non vi è infatti contraddizione tra il riconoscimento del diritto di proprietà come diritto pieno ed esclusivo e l'ammissione di forme di separazione che, nell'imporre certi vincoli a carico del diritto, concorrono tuttavia a realizzare gli obiettivi del proprietario, secondo le preferenze da questi espresse».

<sup>(214)</sup> La paternità del patrimonio allo scopo (o *Zweckvermögen*) è attribuita, quale portato dell'elaborazione teorica dei patrimoni adespoti, a BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Erlangen, 1884, § 59, p. 222. Sulla teorizzazione, da parte della dottrina italiana, del patrimonio senza soggetto, si veda BOLLINO, *Aspetti civilistici dei fondi di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 532. Sul tema, anche ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss.; nonché ZACCARIA, «*Diritti soggettivi senza soggetto*» e *soggettività giuridica*, in *Studium iuris*, 1996, p. 784 ss.

si sarebbe data ragione di diritti (transitoriamente o durevolmente) privi d'un (soggetto) titolare, specie nel caso della fondazione. Per questo il patrimonio non fu più riferito ad un soggetto (*pertinere ad aliquem*), ma al vincolo di scopo appostogli (*pertinere ad aliquid*), cosicché la titolarità, attiva e passiva, del rapporto giuridico non fosse più individuata nella persona, bensì nel patrimonio «senza investito»<sup>(215)</sup>.

L'aporia del patrimonio adespota derivava dalla concezione razionalista del diritto soggettivo che, nei secoli XVIII e XIX, strutturò l'intero sistema civilistico proprio in funzione dell'individuo, tant'è che ogni situazione giuridica fu riferita al «soggetto», come suo predicato o attributo. Nella Pandettistica tedesca, il diritto soggettivo fu concepito come potere della volontà, consolidando il primato dell'individuo (e dei suoi predicati) nel sistema del diritto privato, nonostante qualche inconveniente sistematico, quanto al rapporto tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, alle facoltà dell'incapace di intendere e di volere e, non da ultimo, alla controversa configurabilità di diritti senza soggetto<sup>(216)</sup>.

La signoria del volere s'impose, in definitiva, sulla *vis* coesiva dello scopo, quale centro d'imputazione alternativo alle soggettività. Si comprende, dunque, perché i rapporti giuridici ancora sorgano e si svolgano, almeno di regola, tra soggetti, non tra patrimoni, talché la figura del patrimonio adespota assuma un ruolo marginale nel sistema positivo, in quanto circoscritto a funzioni liquidatorio-conservative<sup>(217)</sup>.

Benché l'accettazione retroagisca al momento dell'apertura della successione (art. 459 c.c.), escludendo soluzioni di continuità nella titolarità del patrimonio del defunto, è plausibile che, almeno *medio tempore*, la eredità giacente prefiguri un patrimonio adespota<sup>(218)</sup><sup>(219)</sup>: la disciplina concerne la conservazione ed amministrazione dell'asse ereditario, in

---

<sup>(215)</sup> BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 598 ss.

<sup>(216)</sup> Quell'impostazione non troverebbe conferme, a ben vedere, nemmeno nell'esclusione del diritto del concepito a «non nascere», che il S.C. non ha motivato col sol fatto che si sarebbe trattato, altrimenti, d'un diritto adespota (considerando che, ai sensi dell'art. 1 c.c., la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e che i diritti per legge riconosciuti al concepito – cfr. artt. 462, 687, 715 c.c. - siano condizionati proprio all'evento della nascita), rilevandone, piuttosto, la estinzione contestuale all'evento della nascita (Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giur. it.*, 2005, 2068, nel presupposto testé enunciato).

<sup>(217)</sup> Il patrimonio adespota è coerente con la trasferibilità del diritto (reale) già adottata per escluderne il soggetto (specie dante causa) dagli elementi strutturali essenziali (PERLINGIERI, in *Comm.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, *sub* artt. 1230-1259, p. 29 ss.), mentre alla oggettivazione dell'obbligazione, emancipata sia dalla persona del debitore, nei limiti della fungibilità dell'art. 1180 c.c., sia dalla identità del creditore, com'è nella circolazione dei titoli al portatore, corrisponderebbe un'evoluzione dell'*intuitus personae* in *intuitus paecuniae* (D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da D'Amelio, Firenze, 1943, 431).

<sup>(218)</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004, 181.

attesa della definitiva sua devoluzione all'avente titolo <sup>(220)</sup>, cui i pandettisti, ovviando all'antinomia di predicato senza soggetto, riconobbero una personalità giuridica.

Quella personificazione, già avversata dal Savigny, fu contestata anche dalle dottrine successive <sup>(221)</sup>, perché incompatibile col diritto subiettivo concepito quale potestà del volere

---

<sup>(219)</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, nella traduzione italiana di FADDA e BENZA, I, Torino, 1930, § 49, p. 145: «è un fatto, che si trovano diritti, i quali non sono collegati ad un uomo, come a loro soggetto. L'applicazione precipua di questo rapporto è, che esistono diritti i quali hanno la destinazione di servire ad un certo scopo, p. es. allo scopo dello Stato, allo scopo di curare e guarire ammalati, ecc. E' d'importanza più subordinata il poter esservi diritti in aspettativa, che sopraggiunga un uomo come loro soggetto; il caso principale, che appartiene a questo punto è quello, in cui il chiamato alla successione di un defunto non ha ancora acquistata l'eredità»; DUSI, *La eredità giacente*, Torino, 1891, 116, dove si ammette l'esistenza di patrimoni «in stato di pura conservazione, i quali, non perdendo mai il loro carattere semplicemente obiettivo, riuniscono in sé e fanno vivere temporaneamente speciali rapporti giuridici, anche nella mancanza provvisoria d'un subietto. Questi patrimoni, quantunque siano privi di personalità giuridica, pure, come quelli, che riuniscono in sé la somma dei diritti e delle obbligazioni che testé aveano per subietto una persona fisica, hanno un'individualità giuridica loro propria di fronte ad altri subietti e ad altri patrimoni. A tal classe di patrimoni appartengono quello del prigioniero di guerra in diritto romano, e quello dell'eredità giacente in diritto romano e moderno»; BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 282, dove si legge, proprio a proposito dell'eredità giacente, d'una autonomia o separazione dipendente «dall'attuale, anche se provvisoria, mancanza di collegamento di un determinato nucleo patrimoniale con un qualsiasi soggetto».

Sul tema dei patrimoni senza soggetto merita d'esser qui ricordato il celebre saggio di ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, 149 ss.

<sup>(220)</sup> Cass., 22 febbraio 2001, n. 2611, in *Riv. notariato*, 2003, 1045.

<sup>(221)</sup> Il diritto ereditario è interamente ordinato dalla destinazione dei beni del *de cuius* agli scopi caratteristici della successione. Poiché fin quando non abbia accettato il chiamato ancora non è *dominus* dell'eredità, è grazie al vincolo di destinazione allo scopo che i beni di quest'ultima non si tramutano in *res nullius* ancorché, non appartenendo ancora ad alcuno, prefigurino un patrimonio adespota: essi non sono passibili né d'occupazione, quando beni mobili (art. 923 c.c.), né d'acquisizione al patrimonio dello Stato, quando immobili (art. 827 c.c.), ma soltanto d'una gestione, specie conservativa (art. 460 c.c.), ed amministrazione regolata dalla legge (NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968, p. 88).

Quando si convenga che la retroattività dell'accettazione costituisca una finzione incapace di elidere il difetto di titolarità *medio tempore*, nell'aggregazione ed unità dell'asse ereditario alla titolarità vacante supplirebbe il vincolo di scopo, senza dar luogo a nuove soggettività giuridiche.

Quando l'essenza della successione *mortis causa* non fosse propriamente divisata nel subingresso d'un soggetto nell'altrui rapporto giuridico, bensì nel momento traslativo dell'art. 922 c.c., l'acquisto *uno actu*, e non tramite tante accettazioni quanti fossero i singoli beni che lo compongano, varrebbe a qualificare il patrimonio ereditario quale *universitas iuris*: la somma dei diritti (reali), dei crediti e dei debiti costituirebbero così l'oggetto unitario dell'acquisto dell'erede designato.

La particolare coesione dei beni ereditari promana dalla legge che, in attesa dell'accettazione, non intende distrarli né alla garanzia generica dei creditori (art. 2740 c.c.), né alle aspettative degli aventi diritto (eredi e legatari). Ed è per questo che il patrimonio ereditario è stato qualificato anche come patrimonio autonomo, destinato ad estinguersi (per confusione col patrimonio dell'erede) con l'accettazione pura e semplice ovvero a tramutarsi in patrimonio separato nell'eventualità dell'accettazione beneficiata (art. 484 c.c.) (CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, Parte generale, Napoli, 1958, p. 108, dove l'eredità è qualificata come patrimonio autonomo, non come *universitas iuris*).

(<sup>222</sup>), e perché se davvero si fosse trattato d'una *persona ficta*, la stessa sarebbe dovuta succedere al *de cuius* il che, all'evidenza, non poteva essere (<sup>223</sup>).

Al pari di quella *sub condicione* (art. 644 c.c.), anche l'eredità giacente appartiene, *lato sensu*, al genere del patrimonio separato: il curatore non agisce quale organo o rappresentante d'una persona giuridica, con la conseguente nullità, in luogo della mera annullabilità su istanza dell'interessato, dell'atto esorbitante dalle potestà amministrativo-gestorie conferitegli per legge (<sup>224</sup>).

### 3. I patrimoni separati nel diritto privato italiano

Benché fosse diffusa l'idea che per patrimonio separato dovesse intendersi il «patrimonio *giuridicamente distinto* dal restante patrimonio della persona, capace di propri rapporti e di propri debiti, ed insensibile alle fluttuazioni ed alle vicende di cui è colpito il patrimonio che gli sta a lato o nel cui seno egli vive» (<sup>225</sup>), e nonostante le risalenti

---

L'autonomia designerebbe lo stato del patrimonio temporaneamente senza titolare, senza qualificare l'eredità quale persona giuridica: ogni persona giuridica ha un patrimonio autonomo (da quello di ciascun associato), ma non ogni patrimonio autonomo è, tuttavia, una persona giuridica.

(<sup>222</sup>) Secondo una concezione che, diversamente, avrebbe presupposto un soggetto davvero capace di esprimere un volere (al di fuori delle teoriche antropomorfe dell'ente collettivo, evidentemente).

(<sup>223</sup>) Fu proprio dall'esclusione della personalità giuridica dell'eredità giacente che la dottrina trasse gli argomenti per la concettualizzazione dei diritti senza soggetto, cui s'ispirò il Brinz nel teorizzare, quale esplicazione del patrimonio adespota, l'ammissibilità di «patrimoni allo scopo» (*Zweckvermögen*) quale plausibile alternativa alla finzione della personalità giuridica.

Una questione non dissimile da quella sottesa alla eredità giacente s'è riproposta anche in materia societaria, poiché la società per azioni acquista la personalità giuridica solo con l'iscrizione nell'apposito registro (art. 2331 c.c.), mentre il 3° comma dell'art. 2342 c.c. prescrive che le azioni corrispondenti ai conferimenti in natura debbano ciononostante essere integralmente liberate già al momento della sottoscrizione. Sul tema, ZACCARIA, «*Diritti soggettivi senza soggetto*» e *soggettività giuridica*, in *Studium iuris*, 1996, p. 784, che osserva come «quanto più la soggettività giuridica si espande, quanto più il numero dei soggetti di diritto aumenta, tanto meno spazio rimane per una ipotetica categoria dei “diritti soggettivi senza soggetto”».

(<sup>224</sup>) Così, applicandosi all'amministratore della eredità condizionata la disciplina prevista per il curatore dell'eredità giacente (art. 644 c.c.), nella Cass., 28.1.1983, n. 808, in *Mass. Foro it.*, 1983: «l'eredità condizionata non è una persona giuridica, ma un patrimonio separato sino a che la disposizione non prenda efficacia a seguito dell'avverarsi della condizione, con la conseguenza che l'amministratore di detta eredità non assume la veste di rappresentante di un altro soggetto, ma è titolare del solo potere di gestire e conservare quel patrimonio separato; pertanto, l'atto di disposizione, posto in essere da tale amministratore senza autorizzazione, od in base ad autorizzazione nulla, non può essere regolato dalla disciplina propria del rapporto di rappresentanza, ma configura un atto esorbitante dai compiti conferiti dalla legge all'amministratore stesso, come tale viziato da nullità e non mera annullabilità su istanza dell'interessato».

(<sup>225</sup>) FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, p. 875 (il corsivo è dell'A.). Nel senso che di «patrimoni separati» parla la dottrina, tutte le volte che nel seno del patrimonio generale d'ogni soggetto di diritti ha l'impressione dell'esistenza di nuclei minori, distinti, dotati d'una certa autonomia, suscettibili d'interferenze fra loro e con il patrimonio generale suddetto, costituiti da un certo numero di diritti e di beni specificatamente determinati, in relazione a

applicazioni (non solo giurisprudenziali <sup>(226)</sup> ma anche) legislative, quali i lasciti e le donazioni conseguiti dalle società di mutuo soccorso (art. 8, legge 14 aprile 1886, n. 3818) <sup>(227)</sup>, la dottrina italiana del secolo scorso dedicò scarse attenzioni al tema, nonostante se ne intuissero, già al tempo, le notevoli implicazioni teoriche e pratiche <sup>(228)</sup>.

Negli ultimi anni, l'interesse per i patrimoni separati è sensibilmente accresciuto, in corrispondenza delle novelle legislative <sup>(229)</sup> che li hanno adottati quale tecnica di localizzazione della responsabilità equipollente, *quoad effectum*, alla finzione della personalità giuridica.

---

una data finalità e in funzione di certi caratteri atti a determinane la accennata autonomia», VOCINO, voce *Patrimoni separati*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, fondato da Scialoja, V, 1, Milano, 1939, p. 231.

<sup>(226)</sup> Tra le pronunce più risalenti, v'è quella sui terreni affidati alla gestione dei delegati tecnici nominati ai sensi degli artt. 15 e 16 della legge 16 giugno 1927, n. 1766 sul riordinamento degli usi civici, in cui la Cassazione rinvenne un patrimonio separato da quello comunale (Cass., 14 agosto 1951, n. 2517, in *Foro it.*, 1952, I, 1372, sulle indennità dovute ai possessori di buona fede di terreni già appartenuti ad un'università agraria). Nel caso di specie, posto che i beni d'uso civico comunque appartenevano al Comune, e che la loro gestione fu peraltro affidata ad un terzo nominato dal Ministero dell'agricoltura, si trattò di stabilire se quest'ultimo fosse legittimato passivo della domanda di rimborso per le migliorie apportate dai possessori di buona fede che dovettero reintegrare al demanio le terre occupate *sine titulo*. Fu a tal proposito che il S.C. incluse i terreni destinati a coltura agraria *ex art. 15, legge n. 1766/1927* nel novero dei patrimoni separati all'epoca già censiti nell'ordinamento: poiché il fallimento (art. 43, r.d. 16 marzo 1942, n. 267) e l'eredità giacente (art. 528 c.c.) stavano in giudizio per mezzo del curatore, allo stesso modo il delegato tecnico ben avrebbe potuto resistere alla domanda degli attori, in ciò ravvisandosi una sostituzione processuale, con conseguente formazione del giudicato non soltanto nei confronti del gestore, ma anche nei riguardi del titolare del diritto sostanziale controverso (Cass., 14 agosto 1951, n. 2517, cit., nella parte motiva in cui si legge che «la spiegazione di questa deviazione dalla regola generale consacrata nell'art. 2909, secondo il quale le sentenze fanno stato nei confronti delle parti e non dei terzi, sta nel fatto che l'amministratore agisce in nome della massa; onde la titolarità attiva e passiva dei diritti ed obblighi della massa, si ripercuote nella sfera giuridica del soggetto giuridico, nel cui interesse s'è svolta la gestione»). Pur perseverando nell'impropria sinonimia tra separazione ed autonomia patrimoniale, nell'occasione la Cassazione definì il patrimonio separato come compendio sottratto all'amministrazione del titolare ed affidata alla gestione d'un amministratore che avrebbe perciò agito e resistito in giudizio in suo nome, di modo che, cessata la *separatio bonorum*, gli atti o fatti del gestore avrebbero dispiegato i loro effetti sul titolare del patrimonio.

<sup>(227)</sup> Questo, per esteso, il testo della norma di legge (in Gazz. Uff., 29 aprile, n. 100) in tema di costituzione legale delle società di mutuo soccorso: «I lasciti o le donazioni che una società avesse conseguito o conseguisse per un fine determinato ed avente carattere di perpetuità, saranno tenuti distinti dal patrimonio sociale, e le rendite derivanti da essi dovranno essere erogate in conformità della destinazione fissata dal testatore o dal donatore».

<sup>(228)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 1.

<sup>(229)</sup> Da ultimo il nuovo Codice delle Assicurazioni private (art. 117, d.lgs. 7.9.2005, n. 209), ma si veda pure la separazione patrimoniale introdotta in materia di servizi di investimento nel Testo Unico della finanza, nonché in materia di fondi pensione e di cartolarizzazione dei crediti, del patrimonio immobiliare pubblico e dei crediti di imposta o contributivi.

La maggior diffusione del dispositivo segregativo ha inizio nella prima metà degli anni ottanta, con la legge istitutiva dei fondi comuni di investimento mobiliare <sup>(230)</sup>. In quel sistema, ciascun fondo avrebbe costituito un patrimonio distinto a tutti gli effetti sia dal patrimonio della società di gestione, sia da quelli dei singoli partecipanti, nonché da ogni altro fondo in gestione, con preclusione dell'azione esecutiva dei creditori della società gerente, non di quella dei creditori di ciascun partecipante, limitatamente alla corrispondente quota di partecipazione (art. 3, 2° comma, della l. 23 marzo 1983, n. 77). Il principio fu quindi esteso a tutte le gestioni patrimoniali dalla disciplina dell'intermediazione mobiliare (art. 8, 2° comma, legge 2 gennaio 1991, n. 1) <sup>(231)</sup>, mentre nell'art. 22, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) fu sostanzialmente trasfuso il principio di separazione patrimoniale in materia già introdotto dall'art. 19, d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (decreto Eurosim): nell'impedire la confusione di patrimoni, il principio di separatezza avrebbe ovviato agli inconvenienti delle deroghe alla spendita del nome altrui <sup>(232)</sup>, atteso che, quand'anche avesse contrattato in nome proprio (come suggerito dalle tecniche di contrattazione dei mercati regolamentati), l'intermediario comunque avrebbe scontato la carente legittimazione all'acquisto degli strumenti finanziari o delle liquidità di pertinenza dell'investitore.

Il disvalore sociale per la confusione dei patrimoni per legge separati è nella sanzione penale comminata dall'art. 168, T.U.F. all'intermediario che, confondendoli col proprio, distogliesse i patrimoni dei risparmiatori dal vincolo di scopo loro impresso <sup>(233)</sup>.

Diversa è la sanzione, propriamente civilistica, della decadenza dal beneficio della responsabilità limitata, in cui incorra il debitore che allo stesso modo abusi della separazione patrimoniale, e segnatamente il socio accomandante che s'ingerisca nell'amministrazione sociale (art. 2320 c.c.) o l'erede beneficiario che non osservi i termini d'inventario (art. 485,

---

<sup>(230)</sup> Sul tema, MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1362 ss.

<sup>(231)</sup> La norma così statuiva: «Il patrimonio conferito in gestione dai singoli costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello della società e da quello degli altri clienti. Sul patrimonio conferito in gestione non sono ammesse azioni dei creditori della società o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori sono ammesse nei limiti del patrimonio di loro proprietà».

<sup>(232)</sup> Ed in questo senso, valga rammentare che ai sensi dell'art. 21 del T.U.F. le banche e le società di gestione del risparmio possono agire in nome proprio, e per conto del cliente, solo previo consenso scritto, mentre per l'art. 8, l. 2 gennaio 1991, n. 1, le S.I.M. avrebbero potuto agire esclusivamente «in nome e per conto» di terzi (in modo da prefigurare un tipico mandato con rappresentanza).

<sup>(233)</sup> Alla lettera, la norma del Testo unico della finanza così dispone: «Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, nell'esercizio di servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, ovvero nella custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide di un OICR, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione

ultimo comma, c.c.), che disponga dei beni ereditari senza autorizzazione giudiziaria (art. 493 c.c.) o che in mala fede ne ometta la denuncia (art. 494 c.c.).

La localizzazione della responsabilità della legislazione speciale è la medesima, divenuta di diritto comune, della destinazione atipica dell'art. 2645 *ter*, assai prossima al modello del *trust* «autodichiarato»<sup>(234)</sup>. Ed è, altresì, la medesima impiegata dagli estensori del Codice delle Assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, pubblicato in G.U. n. 239 del 13 ottobre 2005 – Suppl. Ordinario n. 163), questa volta a tutela del credito indennitario, tanto nel ramo danni, quanto nel ramo vita. L'identità strutturale e funzionale è in ciò, che i premi pagati all'intermediario e le somme destinate ai risarcimenti o ai pagamenti dovuti dalle imprese di assicurazione compongono un patrimonio «autonomo», siccome versato in apposito conto separato, che potrà essere intestato anche all'intermediario ma solo espressamente in tale qualità (art. 117, comma 1°, T.U.A.); che su quel patrimonio potranno ammettersi soltanto azioni, sequestri o pignoramenti degli assicurati o di altre compagnie creditrici (ovvero di loro creditori o aventi causa, ma nei limiti di quanto spettante al singolo assicurato o impresa assicuratrice) (art. 117, comma 2°), con l'esclusione della compensazione legale e/o giudiziale e finanche convenzionale con i crediti del depositario (comma 3°)<sup>(235)</sup>.

#### 4. La tipicità dei patrimoni separati

Poiché la localizzazione della responsabilità avrebbe infranto il dogma illuminista dell'universalità del patrimonio, s'è ritenuto, in dottrina<sup>(236)</sup> ed in giurisprudenza<sup>(237)</sup>, che

---

patrimoniale arrecando danno agli investitori, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da lire dieci milioni a lire duecento milioni».

<sup>(234)</sup> Sull'identità strutturale e funzionale tra le fattispecie dell'art. 2447 *bis* c.c. ed il *trust* c.d. autodichiarato, PARTISANI, *Trust interno e responsabilità civile del disponente*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 548.

<sup>(235)</sup> In argomento, PARTISANI, *I patrimoni separati nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 267 ss.

<sup>(236)</sup> FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, pp. 875 e 876, dove si legge che «Il soggetto patrimoniale non può scindere in più parti separate la generalità del suo patrimonio, con l'effetto di localizzare nelle diverse masse i debiti o sottrarli alla responsabilità generale per le obbligazioni che gli incombono. E' possibile invero che la persona fisica o giuridica destini una parte del suo patrimonio ad un certo fine, tenendolo materialmente distinto dal restante patrimonio, amministrandolo separatamente con distinta contabilità. Si hanno così *fondi patrimoniali*, come sarebbero i fondi di riserva nelle società commerciali, i fondi per le pensioni per gli impiegati, le diverse aziende che il commerciante può gestire, anche separatamente dal patrimonio individuale, le *stationes fiscali*. Ma in tutti questi casi si tratta di una divisione puramente interna che ha valore tecnico amministrativo, ma il fondo non ha autonomia di fronte al complesso patrimoniale di cui fa parte e di cui subisce le vicende, salvo che non assurga esso stesso ad un ente morale della natura delle fondazioni», onde la conclusione che «Quando si abbia un *patrimonio separato*, decide il diritto obbiettivo che ha solo la forza di crearlo» (il corsivo è dell'a.).

la costituzione del patrimonio separato, quale complesso di beni o rapporti giuridici (attivi e passivi) destinati ad uno scopo particolarmente determinato <sup>(238)</sup>, dovesse soggiacere al medesimo principio di tassatività dei diritti reali.

In rapporto all'autonomia contrattuale, quell'enumerazione tassativa avrebbe tratto giustificazione, oltre che dal divieto di limitazioni convenzionali della responsabilità (art. 2740, comma 2), dall'astrattezza causale dell'atto destinatorio (art. 1325, n. 2) <sup>(239)</sup>, quale atto traslativo atipico <sup>(240)</sup>, specie quando la destinazione patrimoniale avesse assunto la caratteristica fisionomia fiduciaria.

L'esegeta paventava l'implicita attribuzione d'un diritto potestativo al debitore, che gli avrebbe consentito di manipolare a piacimento ora l'*an*, ora il *quantum* della esposizione alle azioni esecutive dei suoi creditori <sup>(241)</sup>, tanto più ove l'argine eretto a presidio di quell'arbitrio non fosse scorto nella restrizione, *sub specie* nullità, imposta all'autonomia privata dall'art. 2740 c.c., ma nella revocatoria dell'atto di separazione patrimoniale <sup>(242)</sup>.

Non prefigura un patrimonio separato il complesso di beni o rapporti destinato al godimento puro e semplice <sup>(243)</sup>, atteso che «lo scopo di godimento non si aggiunge a ciò che è già della natura stessa dei singoli beni e non potrebbe perciò dare al patrimonio, di cui

---

<sup>(237)</sup> Cass., 28 aprile 2004, n. 8090, in *Assicurazioni*, 2004, II, 183. Il *numerus clausus* dei patrimoni separati fu enunciato in un caso in cui si trattava di qualificare le riserve tecniche che figurano nella contabilità delle imprese di assicurazione, per legge destinate alla soddisfazione degli assicurati, decidendosi che le stesse invero non costituissero «patrimoni separati, ma semplici poste contabili facenti parte del passivo dell'impresa, mentre la garanzia effettiva dell'adempimento delle obbligazioni è fornita non dalle riserve, ma dalle attività patrimoniali dell'impresa».

<sup>(238)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 7.

<sup>(239)</sup> LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 10, alla nota 9: «la dottrina è sempre ricorsa a strumenti diversi per la spiegazione del fenomeno destinatorio (*modus*, fiducia, erezione della persona giuridica) proprio perché non è mai riuscita a ricostruire un negozio tipicamente connotato dalla causa di destinazione. Ciò perché non era neppure possibile dar vita a forme di separazione patrimoniale mediante un atto di autonomia privata *ad hoc*».

<sup>(240)</sup> In questo senso la giurisprudenza nega che l'art. 2645 *ter* abbia introdotto nell'ordinamento un nuovo tipo di atto ad effetti reali: cfr. Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Foro it.*, I, c. 1935.

<sup>(241)</sup> BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 292.

<sup>(242)</sup> GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 156.

<sup>(243)</sup> Nel diritto societario, i patrimoni dell'art. 2447 *bis* sono destinati alla realizzazione dello specifico affare così come, nel diritto di famiglia, il fondo patrimoniale è destinato a soddisfare i bisogni del nucleo familiare, mentre il *trust* consentirebbe innumerevoli applicazioni, al pari dei patrimoni a destinazione atipica dell'art. 2645 *ter* c.c.: pur non surrogandosi al soggetto, solo lo scopo estrinseco alla massa destinata esplicherebbe l'effetto d'aggregarla ed unificarla in modo da consentirle l'imputazione di diritti e l'assunzione di debiti in proprio, conformandola ad una nuova accezione di patrimonio.

fanno parte, alcuna caratteristica particolare»<sup>(244)</sup>. Ed è parimenti l'assenza d'uno specifico scopo (*rectius*, affare), diverso dalla miglior realizzazione d'un utile d'impresa, quel che non ha consentito l'inclusione dell'azienda nel novero dei patrimoni separati<sup>(245)</sup>.

La sola devoluzione ad uno scopo estrinseco tuttavia non modificherebbe, *ipso facto*, la responsabilità patrimoniale del debitore, né limitandola (art. 2740 c.c.), né assoggettandola a legittime cause di prelazione (art. 2741 c.c.), occorrendo qualcosa in più, e segnatamente una deroga espressa alle norme di diritto comune, ove la separazione dei patrimoni fosse intesa quale strumento d'eccezione, della quale la legge soltanto possa disporre, «essendo diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra soggettività e unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo la insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, in deroga ai principi fissati dagli artt. 2740 e 2741 c.c.»<sup>(246)</sup>.

Si comprende, pertanto, perché la destinazione di scopo e la separazione patrimoniale non sempre convergano, in assenza d'apposita previsione di legge, che pure assuma le fattezze della clausola elastica o generale, quale sarebbe, ora, quella dell'art. 2645 *ter* c.c. Prova ne sia il regime delle pertinenze, destinate in modo durevole a servizio o ornamento d'altra cosa (art. 817 c.c.): il vincolo di destinazione (reale) ne informa la legge di circolazione (art. 818 c.c.), ma non vale a separarle dal restante patrimonio, né a sottrarle alla responsabilità illimitata dell'art. 2740 c.c.

La separazione patrimoniale è, dunque, un effetto necessitato dalla destinazione ad uno scopo talvolta espressamente codificato<sup>(247)</sup>, talaltra dal legislatore devoluto alla tipicità

---

<sup>(244)</sup> Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Vita not.*, 1979, 654 ss., in parte motiva, dove il fondamento teorico del patrimonio separato fu colto in «una esigenza concettuale, prima che giuridica, potendosi giustificare una rilevanza giuridica del patrimonio in sé, separata dal soggetto cui i singoli beni appartengono, solo se vi sia l'elemento unificante della destinazione ad uno scopo, il che i tedeschi esprimono bene parlando a questo proposito di *Zweckvermögen*, cioè di patrimonio di destinazione».

<sup>(245)</sup> BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 290 ss.

<sup>(246)</sup> Cass., 28 aprile 2004, n. 8090, in *Assicurazioni*, 2004, II, 183.

In dottrina, quanto alla tassatività dei patrimoni separati, motivata «sulla base dell'argomento di *policy* per cui non si potrebbe ammettere che sia lo stesso titolare a manipolare a suo piacimento ed a danno dei creditori il modo ed il *quantum* della propria esposizione alle azioni esecutive di questi ultimi, giacché ciò equivarrebbe a riconoscergli un largo tasso di arbitrio nell'adempimento delle sue obbligazioni», si vedano, invece, le riflessioni critiche di GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 156.

<sup>(247)</sup> PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1942, p. 302: «E' ovvio che la separazione ha luogo per il conseguimento di determinate finalità, che il legislatore lascia chiaramente trasparire volta per volta, e che tali finalità, così come sono realizzate nella concreta disciplina legislativa, costituiscano la base, la misura ed il limite della separazione».

sociale, sebbene nel limite del capoverso dell'art. 1322 c.c. <sup>(248)</sup>, talché sui beni o rapporti destinati possa costituirsi un vincolo reale che, limitando le facoltà dell'art. 832 c.c., ne assicuri la indisponibilità, da parte del titolare-debitore <sup>(249)</sup>, ed impignorabilità, da parte della classe creditoria non qualificata <sup>(250)</sup>.

## 5. L'indistinta categoria dei patrimoni destinati

Nonostante gli studi condotti negli ultimi anni, il patrimonio separato ancora non è assunto al rango, che pure meriterebbe, di categoria generale del nostro diritto positivo <sup>(251)</sup>. Né il codice civile, né la legislazione speciale di settore, e segnatamente quella in materia di intermediazione finanziaria e cartolarizzazione dei crediti, ne hanno offerto una primitiva nozione o sommaria descrizione, talché permanga equivoco l'impiego di espressioni che, almeno *prima facie*, varrebbero a descrivere fattispecie affini.

La riforma societaria ha coniato l'inedita espressione di «patrimoni destinati ad uno specifico affare» (artt. 2447 *bis* ss. c.c.) che s'aggiunge a quelle, preesistenti, di patrimoni «separati», «autonomi», «di scopo» o «segregati» <sup>(252)</sup>, mentre il legislatore del 1993, nel disciplinare i fondi pensione, per descrivere la consimile fattispecie impiegò, tra l'altro con norma di lì a poco abrogata, l'onnicomprensiva (e discutibile) locuzione di «patrimonio di destinazione, separato ed autonomo» <sup>(253)</sup>, quasi che tra le diverse espressioni intercedesse un nesso di sinonimia sostanziale.

---

La sintesi della duplice caratterizzazione fisionomica del patrimonio separato è nell'assunto per cui «la separazione di un nucleo di beni (e la sua elevazione ad unità oggettiva) dal compendio che costituisce il patrimonio di un dato soggetto, non ha luogo, infatti, se non per una determinata finalità, ammessa dalla legge e nei limiti di essa» (MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1919, p. 134); la conferma, poi, che occorresse «uno scopo lecito, riconosciuto, verso l'appagamento del quale tendono i beni separati» (MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 134) è nell'ultima giurisprudenza sulla validità del *trust* interno (v. *nfra*) e sarà, probabilmente, nei precedenti che verranno sull'applicazione dell'art. 2645 *ter* c.c.

<sup>(248)</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla destinazione atipica dell'art. 2645 *ter* c.c.

<sup>(249)</sup> Sulla correlazione del patrimonio separato con norme di diritto positivo che rendano lo scopo opponibile, oltre che al terzo, allo stesso titolare-disponente, DURANTE, voce *Patrimonio*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1990, p. 3.

<sup>(250)</sup> Quanto alla legittimazione dell'azione esecutiva dovrà aversi riguardo, ovviamente, al titolo dell'obbligazione inadempita, che dev'essere connesso allo scopo di destinazione.

<sup>(251)</sup> Per una compiuta disamina del graduale processo evolutivo del concetto di separazione patrimoniale, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 97 ss.; ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545; nonché SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio. Spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, *ivi*, 2002, I, p. 837.

<sup>(252)</sup> Sui distinti concetti di separazione, autonomia e segregazione patrimoniale, LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 565 ss.

<sup>(253)</sup> Così al secondo comma dell'art. 4 del D. lgs. 21 aprile 1993, n. 124, abrogato dall'art. 5 della Legge 8 agosto 1995, n. 335: «Fondi pensione possono essere costituiti altresì nell'ambito del

Quel che accomuna la separazione patrimoniale all'autonomia (patrimoniale) perfetta, nata con la società anonima nella quale la responsabilità degli azionisti fu limitata alla sola quota di partecipazione, è la teorica ottocentesca dello *Zweckvermögen* che concepì la scissione di beni o rapporti da uno o più patrimoni unitari, dalla quale originasse un nuovo complesso, parimenti unitario, in ragione d'uno scopo che ne mutasse le sorti giuridiche, specie sul fronte della responsabilità dell'art. 2740 c.c.

Se si conviene che ne costituiscano attributi fisionomici l'indistrabilità ed impignorabilità strumentali al vincolo di scopo, possono allora indistintamente classificarsi quali patrimoni destinati: le oblazioni raccolte dai comitati (art. 40 c.c.); il fondo patrimoniale del diritto di famiglia (art. 167 c.c.); l'eredità giacente (art. 528 c.c.) e quella accettata con beneficio d'inventario (art. 484 c.c.); l'usufrutto legale dei genitori esercenti la potestà sui figli minori (art. 324 c.c.); il fondo speciale per la previdenza e l'assistenza (art. 2117 c.c.)<sup>(254)</sup>; i beni del fallito assoggettati alla procedura concorsuale; il patrimonio delle

---

patrimonio di una singola società o di un singolo ente pubblico anche economico attraverso la formazione con apposita deliberazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente, con gli effetti di cui all'art. 2117 c.c.».

<sup>(254)</sup> Nel novero dei patrimoni separati possono certamente includersi anche i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza che, a norma dell'art. 2117 c.c.: 1) sono costituiti dall'imprenditore anche senza la contribuzione dei prestatori di lavoro; 2) non possono essere distratti dal fine al quale sono destinati; 3) non possono formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro (MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 386; BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, IV, Torino, 1956, p. 122; RASCIO, *Destinazioni di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971, p. 161 e ss.; VOLPE PUTZOLU-CAVALIERI, *Iscrizione in bilancio dei fondi di quiescenza del personale*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 425 ss.; SANTONI, *Fondi speciali di previdenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 4; PONZANELLI, *I fondi pensione nell'esperienza nordamericana e in quella italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 109 ss.

La materia era in precedenza regolata dall'art. 15 del d.l. 9 febbraio 1919, n. 112 e dall'art. 19 d.l. 19 novembre 1924, n. 1825: prima del 1919, se si eccettuano i profili amministrativi e contabili, non v'era alcuna separazione tra i fondi di previdenza ed il restante patrimonio aziendale, talché in caso di fallimento i dipendenti dell'azienda sarebbero solo intervenuti nella procedura concorsuale, quali creditori chirografari. E' la legislazione speciale del 1919 e del 1924 che, giusta la *separatio bonorum*, introduce l'opponibilità del vincolo di destinazione dei fondi previdenziali alla curatela fallimentare, mentre se ne deve all'art. 2117 c.c. l'impignorabilità da parte dei creditori personali dell'imprenditore e dei suoi dipendenti, così da renderne ancor più manifesta la separazione giuridica dal patrimonio aziendale (Cass., sez. un., 14 novembre 1975, n. 3850, in *Foro it.*, 1976, I, c. 681).

Come s'è visto, la caratteristica fisionomica del patrimonio sociale destinato allo specifico affare è l'assenza d'alterità soggettiva che lo rende, quale patrimonio separato, alternativo alla costituzione d'una società *ad hoc*. I fondi previdenziali hanno per contro subito una progressiva soggettivazione: il vincolo di destinazione è assunto non già a criterio di imputazione d'una distinta responsabilità, elevandosi piuttosto ad autonomo centro di imputazione di beni e rapporti giuridici, prefigurando una associazione non riconosciuta di mutua assicurazione. Decisivi, a questo proposito, il carattere associativo dell'istituto, la formazione d'un patrimonio dotato d'autonomia in ragione dello scopo cui è destinato e la predisposizione d'una organizzazione comune (ROMAGNOLI, *Natura giuridica dei fondi di previdenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 865). Così, la giurisprudenza

società di capitali ed il patrimonio destinato dalla S.p.A. ad uno specifico affare (art. 2447 *bis* c.c.); le fondazioni (art. 16 c.c.) nonché le dotazioni degli enti privi di personalità giuridica, come il fondo comune delle associazioni non riconosciute (art. 37 c.c.).

Benché non esaustiva, quest'elencazione dimostra, all'evidenza, come non ad ogni patrimonio destinato corrisponda una duplicazione delle soggettività giuridiche, mentre è plausibile una distinzione convenzionale tra separazione ed autonomia patrimoniale eretta sull'assenza d'un simulacro di soggettività propria della massa separata.

Per vero, posta l'analoga natura giuridica, il *discrimen* tra le multiformi fattispecie è stato in prevalenza individuato nella unitarietà del patrimonio separato giustapposta alla pluritarietà del patrimonio autonomo <sup>(255)</sup>, talché l'autonomia altro non sottintendesse, in

---

ha ritenuto che i fondi costituiti a mente dell'art. 2117 c.c., «ove non abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, sono assoggettati alla disciplina comune dettata per le associazioni non riconosciute; sono quindi soggetti giuridici, ancorché privi di personalità, che costituiscono centri di imputazione di rapporti giuridici con altri soggetti dell'ordinamento, compreso tra essi il datore di lavoro che assume l'obbligo di contribuzione» (Cass., 12 marzo 2002, n. 3630, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 453; Cass., 10 aprile 2001, n. 5362, *ivi*, 2001, p. 761; Cass., 23 agosto 2000, n. 11015, *ivi*, 2000, p. 1821), e ciò quantunque la legge istitutiva dei fondi pensione avesse distinto tra fondi costituiti in forma d'associazione, anche non riconosciuta, e fondi costituiti proprio sulla falsariga dell'art. 2117 c.c. (art. 4, commi 1 e 2, d. lgs. 21 aprile 1993, n. 124).

Specie quando alla costituzione del fondo partecipino anche i contributi dei lavoratori dipendenti, dovrebbe perciò applicarsi l'art. 37 c.c. che, con riguardo al fondo comune, esclude il diritto dei singoli associati di chiederne la divisione e di pretenderne la quota in caso di recesso (SANTONI, *Fondi speciali di previdenza*, cit., p. 3).

Talora s'è peraltro contestata la sussunzione del fondo previdenziale nello schema legale dell'associazione, argomentando che si tratterebbe, invero, d'una forma associativa ibrida, partecipe delle caratteristiche del modello societario, se si ha riguardo alle finalità economiche dei partecipanti, e di quelle proprie delle fondazioni, con riguardo alla peculiarità del vincolo di destinazione (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1993, p. 252, in nota 83). Talaltra s'è invece concluso che il fondo previdenziale, quale patrimonio destinato privo di personalità giuridica, prefiguri una alternativa alla fondazione di fatto in cui lo scopo è diversamente perseguito tramite un patrimonio altrui (SANTONI, *Fondi speciali di previdenza*, cit., p. 4).

L'art. 2117 c.c. espressamente esclude che i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza possano formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori particolari dell'imprenditore o del prestatore di lavoro, ma non statuisce alcunché sulla responsabilità sussidiaria del restante patrimonio aziendale, in caso di incapienza del fondo medesimo. Nell'eventualità d'un concorso tra terzi creditori ed iscritti, non vi sarà alcuna *par condicio creditorum*, visti i privilegi degli artt. 2777 e 2778 c.c. Vi sarebbe, invece, pari trattamento con i creditori particolari dell'imprenditore, ove s'escludesse una separazione patrimoniale perfetta, così da ammettere che i creditori del fondo previdenziale incapiente possano rivalersi, diversamente dai creditori dello specifico affare dell'art. 2447 *bis* c.c., sull'intero patrimonio aziendale (DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di castello, 1941, p. 135).

<sup>(255)</sup> Questo, almeno, secondo il tradizionale insegnamento: DURANTE, voce *Patrimonio (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 2; BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 281; PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 2; nonché SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Napoli, 1945, 54: «in relazione ad una determinata destinazione specifica una pluralità di rapporti attivi e passivi facenti capo a più persone (patrimonio autonomo) o ad una persona (patrimonio separato) è costituita in unità e tenuta distinta dagli altri rapporti attivi e passivi delle stesse persone o della stessa persona». In senso conforme

definitiva, se non la somma d'una pluralità di patrimoni separati <sup>(256)</sup>. Adottando quel criterio distintivo, sarebbero perciò stati patrimoni autonomi i fondi pensione, i portafogli di investimento gestiti dagli intermediari finanziari, il fondo dell'associazione non riconosciuta ed il patrimonio della società personale; sarebbero stati patrimoni separati, invece, l'eredità accettata con beneficio d'inventario <sup>(257)</sup>, l'eredità giacente, l'eredità devoluta allo Stato e, per la giurisprudenza, anche l'eredità *sub condicione* <sup>(258)</sup>, al pari del patrimonio del fallito <sup>(259)</sup>, del patrimonio del nascituro e del fondo patrimoniale.

Le origini di quella classificazione risiedono nella imputabilità del patrimonio (e dei correlativi rapporti) alla collettività organizzata, dunque nella aggregazione dei singoli

---

anche la manualistica più recente: cfr., tra gli altri, ZATTI e COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2003, p. 354.

<sup>(256)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 6; DURANTE, voce *Patrimonio (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 5, dove il patrimonio autonomo è appunto descritto come *species* del patrimonio separato.

<sup>(257)</sup> L'eredità accettata con beneficio d'inventario è storicamente inclusa tra i patrimoni separati in quanto destinata, sino all'intera sua capienza, alla soddisfazione d'un ceto creditorio particolare (MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1919, p. 136, ove anche la dote era inclusa nella stessa categoria di genere, siccome destinata a sostenere gli oneri del matrimonio, quindi a soddisfare altra classe creditoria particolare).

L'eredità beneficiata fu esaurientemente definita quale «massa distinta che si amministra separatamente, ed in cui si localizzano e possono soddisfarsi le pretese dei creditori ereditari e legatari, compreso lo stesso erede beneficiato, e che è destinato anzi al loro soddisfacimento» (FERRARA sr., *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, p. 166).

A rigore, l'accettazione beneficiata non limiterebbe il debito dell'erede, prefigurandone piuttosto una responsabilità limitata (*contra* GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, p. 175) agli effetti del capoverso dell'art. 2740 c.c. L'art. 490 c.c. va letto, infatti, in combinato disposto con l'art. 497 c.c.: non solo l'erede non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti (ciò che potrebbe anche prefigurare una limitazione del debito, sulla falsariga di quanto previsto dal capoverso dell'art. 586 c.c. per la successione legittima dello Stato), ma nemmeno può essere costretto al pagamento con i propri beni, salvo la diffida, cui non fosse dato alcun seguito, alla presentazione del conto.

A nulla varrebbe, invece, l'accettazione pura e semplice dell'eredità quando il patrimonio del *de cuius* comprendesse beni che lo stesso avesse a sua volta accettato con beneficio di inventario: l'erede subentra nei rapporti attivi e passivi del *de cuius* con gli stessi poteri e con gli stessi limiti o vincoli di quest'ultimo (Cass., 5 ottobre 1993, n. 9842, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 714; *ivi*, 1994, I, p. 1305, con nota di MORENA: «Poiché l'erede subentra nei rapporti attivi e passivi del *de cuius* con gli stessi poteri e con gli stessi limiti o vincoli di quest'ultimo, nel caso in cui nel patrimonio del *de cuius* vi siano beni di una eredità da questo accettata con beneficio di inventario, il regime giuridico al quale questi beni sono stati assoggettati (art. 490 e ss. c.c.) in seguito a questa accettazione non cessa a causa della successiva delazione neppure quando la relativa eredità sia stata accettata puramente e semplicemente»).

<sup>(258)</sup> Cass., 28 gennaio 1983, n. 808, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, p. 261: «L'eredità condizionata non è una persona giuridica, ma un patrimonio separato sino a che la disposizione non prenda efficacia a seguito dell'avverarsi della condizione, con la conseguenza che l'amministratore di detta eredità non assume la veste di rappresentante di un altro soggetto, ma è titolare del solo potere di gestire e conservare quel patrimonio separato».

<sup>(259)</sup> In senso difforme, con riguardo ai patrimoni in liquidazione, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 224.

cespiti derivata dalla devoluzione allo scopo comune. Senonché, il criterio impiegato, al pari di quello obiettivo del regime di responsabilità [laddove all'autonomia sarebbe corrisposta una segregazione perfetta <sup>(260)</sup>], mentre la separazione sarebbe equivalsa ad una sorta d'impignorabilità relativa <sup>(261)</sup>], sembra aver smarrito quella capacità distintiva: il patrimonio destinato allo specifico affare potrebbe indifferentemente assumere i connotati del patrimonio separato, (elevandosi a struttura di coordinamento di comparti endosocietari) quando composto delle risorse d'una sola impresa, ed al contempo del patrimonio autonomo (trattandosi di segregazione biunivoca), salvo che la delibera costitutiva non disponga altrimenti (art. 2447 *quinquies*, comma 3); di contro dovrebbe trattarsi di patrimonio autonomo, quando composto da risorse d'una pluralità coordinata di imprese <sup>(262)</sup>, che in tal modo parteciperebbero ad una sorta di *joint venture* per la realizzazione del comune specifico affare <sup>(263)</sup>, pur potendo prefigurare un patrimonio separato (a fronte della specializzazione imperfetta), quanto meno con riguardo alle obbligazioni *ex delicto* (sottoposte, per legge, alla responsabilità illimitata della società debitrice).

L'*ubi consistam* dei patrimoni separati è, dunque, nella diversificazione del regime di circolazione e di responsabilità dei singoli beni attuata a soggettività invariata <sup>(264)</sup>. Il maggior loro impiego è l'impulso, in particolare con riguardo agli artt. 2447 *bis* e 2645 *ter* c.c., all'ineludibile riforma del Libro I del codice civile: il fatto che la dichiarazione unilaterale di volontà possa destinare un complesso di beni o rapporti ad uno specifico scopo (o affare) senza che l'efficacia reale del vincolo di destinazione apposto imponga il diaframma dell'attribuzione ad altro soggetto di diritto <sup>(265)</sup>, renderebbe oramai plausibile la codificazione della fondazione non riconosciuta <sup>(266)</sup>.

---

<sup>(260)</sup> Talché ciascuna classe creditoria, distinta in ragione della causa del debito, avrebbe potuto soddisfarsi solo sulla massa di pertinenza, con esclusione d'una solidarietà passiva, anche in via solo sussidiaria, d'altra massa separata.

<sup>(261)</sup> Non dissimile da quella concernente i beni del fondo patrimoniale, ove si ritenesse che il creditore col quale il coniuge avesse contrattato per soddisfare un bisogno familiare possa soddisfarsi anche sul restante patrimonio dei debitori, nell'incapienza del fondo destinato *ex art.* 167 c.c.

<sup>(262)</sup> Lo stesso varrebbe anche per il fondo patrimoniale, da qualificarsi come patrimonio autonomo, e non separato, quando composto da beni parafernali d'entrambi i coniugi.

<sup>(263)</sup> Quanto alla separazione patrimoniale quale struttura di coordinamento tra imprese autonome e distinte: v. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 258.

<sup>(264)</sup> LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 6, dove il patrimonio separato è risolto nell'ambito d'una sola sfera giuridico-soggettiva, per la mancanza d'un soggetto esterno cui imputare la massa separata.

<sup>(265)</sup> Specie persona fisica o ente personificato.

<sup>(266)</sup> Sulla fondazione non riconosciuta, altrimenti detta fiduciaria, ove i beni venivano trasferiti in proprietà degli amministratori, con un vincolo reale di destinazione allo scopo opponibile ai loro eredi, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1993, p. 273; DE GIORGI, *Le fondazioni*, nel *Trattato Rescigno*, 2, Torino, 1999, p. 442, dove è riportato l'argomento dottrinario

## 6. La personificazione del patrimonio destinato

In passato s'è osservato come il diritto talvolta assecondi le istanze della collettività considerando unitariamente le pluralità fisiche, tanto nell'area dei soggetti (persone giuridiche o *universitas personarum*), quanto in quella degli oggetti (*universitas rerum*)<sup>(267)</sup>. In tal senso, il patrimonio separato è l'antitesi della *universitas personarum* e muove, non solo nel novellato diritto societario, dal duplice presupposto che il patrimonio non configuri né un oggetto, né un soggetto di diritto: non un oggetto di diritto, poiché, diversamente, lo si dovrebbe concepire quale universalità<sup>(268)</sup>, dunque quale entità distinta dai singoli beni o rapporti che lo compongono<sup>(269)</sup>; e nemmeno un soggetto di diritto, per l'anacronismo delle

---

che respinse l'ammissibilità della fondazione fiduciaria sulla base del *numerus clausus* dei diritti reali.

La perpetuità del vincolo di scopo apposto ai beni della fondazione ha indotto il legislatore a limitare lo spazio in materia riservato all'autonomia privata. Sul tema, proprio in una rinnovata prospettiva di riforma della disciplina codicistica, PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 419 ss.

<sup>(267)</sup> DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di Castello, 1941, p. 107.

<sup>(268)</sup> Non s'è peraltro escluso, nonostante qualche voce dissenziente, che, in luogo dell'intero patrimonio, almeno il patrimonio separato avrebbe prefigurato una *universitas iuris*, quando non si fosse trattato di destinazione di scopo impressa su di un solo bene. In ciò fu colto il *discrimen* tra patrimonio separato, quale garanzia composta da una pluralità di cespiti, e le garanzie reali del pegno e dell'ipoteca: DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di Castello, 1941, p. 143.

Invero, come si vedrà più oltre (§ 9), altro dalla separazione patrimoniale sono le cause legittime di prelazione che, diversamente dalla prima, non elidono *tout court* la *par condicio creditorum*.

<sup>(269)</sup> A ben vedere, l'ipostasi della personalità giuridica è una finzione di legge necessitata anche dall'unitarietà-inscindibilità del patrimonio indotta dalla qualificazione civilistica dello stesso in termini di universalità di diritto.

Secondo il tradizionale insegnamento, l'espressione *universitas iuris* designa un complesso di beni e rapporti giuridici (attivi e passivi) che, per volontà del legislatore, assumono una destinazione economica unitaria. Poiché il concetto è in tutto analogo a quello dell'universalità dell'art. 816 c.c., è altresì richiesta, ovviamente, l'appartenenza dell'intero compendio patrimoniale alla medesima persona (fisica o giuridica). Sulla distinzione tra l'*universitas facti* dell'art. 816 c.c., estesa anche a compendi immobiliari, ed *universitates iuris*, quali invece sarebbero l'eredità ed il fondo patrimoniale sottratto alla garanzia generica dei creditori personali dei coniugi, BIANCA, *Diritto civile*, VI, Milano, 1999, p. 81 ss.

Quel che distingue l'universalità di fatto (*universitas facti vel hominis*) da quella di diritto (*universitas iuris*) propriamente non corrisponde alla dicotomia universalità di cose (*universitas rerum*) e universalità di rapporti giuridici (*universitas iurium*). La struttura dell'universalità patrimoniale è dunque raffigurata attraverso tre elementi costitutivi: a) la pluralità ontologica dei beni; b) l'unità logica del loro complesso; c) la considerazione giuridica del complesso *sub specie universitatis*. Se i beni della universalità di fatto sono surrogabili soltanto con altro bene del medesimo genere, specie e qualità (si pensi alla fungibilità delle copie del medesimo libro d'una biblioteca), l'universalità di diritto si propone, invece, quale aggregato composto di elementi dotati di maggiore fungibilità, la cui identità è preservata nonostante la sostituzione degli originari elementi con altri appartenenti a generi o specie diversi (l'eredità non muta quand'anche in origine composta da un bene immobile successivamente convertito in danaro: cfr. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, p. 171).

---

Sulla scorta di quelle definizioni, oltre all'eredità, quale complesso destinato alla successione *mortis causa* (RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1977, p. 442; COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, I, Milano, 1929, p. 252), anche il patrimonio della persona ancora in vita è stato talvolta qualificato come complesso *sub specie unitatis*, dunque quale unità distinta dai singoli elementi che lo compongano, così da poter costituire, in quanto tale, l'oggetto di distinti rapporti giuridici (SCHMIDT, *Bürgerliches Recht*, I, Berlin, 1952, p. 63; nonché, nella letteratura italiana di fine Ottocento, BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, IX, Torino, 1895, p. 7: «il patrimonio costituisce una universalità giuridica, emanante dalla personalità stessa di colui al quale i beni appartengono, e rappresentante il valore pecuniario della complessiva sostanza su cui egli esercita il suo potere giuridico»).

L'aver individuato nella destinazione unitaria il connotato intrinseco dell'universalità (quale emanazione della capacità patrimoniale), indusse a prefigurare un generale «vincolo di destinazione» proprio nella funzione di garanzia del credito assolta dall'intero patrimonio del debitore (art. 2740) (si veda GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, I, 1951, p. 163, dove si legge che «il patrimonio del debitore *garantisce* l'adempimento, per cui i beni sono destinati a risentire le conseguenze del mancato adempimento dell'obbligazione da parte del loro titolare»): per questo la destinazione *ope legis* dell'intero suo patrimonio al pagamento (anche) dei debiti sociali avrebbe determinato la nullità, per mancanza della causa di garanzia, della fideiussione prestata dal socio illimitatamente responsabile in favore della propria società (Trib. Padova, 27 febbraio 2002, in *Società*, 2002, p. 1419); ed allo stesso modo s'è deciso che il concordato preventivo con cessione dei beni dovesse necessariamente investire l'intero patrimonio dei soci illimitatamente responsabili, senza alcuna possibilità di distrarne una parte da destinarsi alla soddisfazione dei propri creditori personali (Cass., 29 novembre 1995, n. 12405, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 234).

E' pur vero che, in assenza di separazione patrimoniale, la responsabilità del debitore non può certo ridursi al singolo bene passibile d'esecuzione forzata, estendendosi piuttosto all'intero suo patrimonio (LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, p. 220), mentre l'art. 6 legge fall. riconosce all'insolvente la possibilità di richiedere il proprio fallimento (GALGANO, *L'iniziativa del debitore nel fallimento delle società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 289 ss.), evitandogli i disagi d'una pluralità d'azioni esecutive individuali (artt. 2910 ss. c.c. e 474 c.p.c.), quasi si trattasse dell'implicita concessione d'una disponibilità *uno actu* dell'intero patrimonio, siccome destinato (quale *universitas iuris*) alla procedura concorsuale. Sennonché, altro dalla considerazione unitaria (ai fini della surrogatoria, della revocatoria, del sequestro conservativo ovvero della liquidazione, volontaria o concorsuale, delle passività), sarebbe la configurazione del patrimonio quale universalità di diritto (TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 278): in assenza (non solo d'una definizione normativa ma anche) d'una disciplina organica che lo qualifichi come entità unitaria (nel senso che il patrimonio è la somma di rapporti di cui può farsi un inventario, non anche l'oggetto di una disciplina unitaria, BIONDI, voce *Patrimonio*, in *Noviss. dig. it.*, XII, 1965, p. 616), il patrimonio non può intendersi quale bene in senso giuridico (PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p. 29), il che ne escluderebbe, specie quando appartenesse ad una persona fisica, l'alienabilità per atto tra vivi, ammettendosi l'alienabilità di singoli beni o rapporti, non anche del complesso unitariamente inteso (TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 279, in cui si legge, con riguardo alla ipotizzata alienabilità per atto *inter vivos* del patrimonio della persona fisica, che «in quelle ipotesi non si realizza un trasferimento del patrimonio nella sua interezza ed unità, ma si hanno tante alienazioni quanti sono i beni o le categorie di beni che ne formano l'oggetto, e poco conta che sia unico e contestuale il necessario atto di volontà»).

Il patrimonio può dunque considerarsi una entità giuridicamente rilevante sebbene indistinta dai singoli beni che lo compongano, così da non poter prefigurare, in senso tecnico, una *universitas iuris*. Prova ne sia la comune accezione dell'azienda (art. 2555 c.c.), quale complesso di beni la cui unitarietà promani dall'organizzazione dell'impresa, dunque dalla destinazione al medesimo scopo produttivo divisato dall'imprenditore: escluso che costituisca un ulteriore soggetto di diritto ovvero un patrimonio autonomo o separato, l'azienda è stata perciò qualificata non quale oggetto d'unico diritto (teoria unitaria) (PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 257: «l'*universitas* non si atteggia come un oggetto giuridico nuovo ed autonomo rispetto al complesso di cui è costituito, bensì come disciplina unitaria di talune situazioni rispetto a quel complesso. Sicché –

costruzioni giusnaturalistiche che non seppero distinguere tra patrimonio e capacità patrimoniale <sup>(270)</sup>.

Come l'atto di fondazione, anche la delibera costitutiva dell'art. 2447 *ter* e l'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter* imprimono sulla massa separata un vincolo reale di scopo <sup>(271)</sup>. Senonché, proprio la teorica della fondazione di fatto ha rivelato le asperità dogmatiche connesse alla concezione del vincolo di scopo quale centro di imputazione di beni e rapporti giuridici alternativo alla personalità giuridica. Per la giurisprudenza, infatti, la semplice devoluzione allo specifico scopo non avrebbe importato, in attesa del riconoscimento, una perfetta autonomia dei beni medesimi che, per il solo fatto di avere ricevuto una destinazione unitaria, non si sarebbero distaccati dal patrimonio di provenienza, né sarebbero stati perciò sottratti alla normale garanzia offerta da quel patrimonio alla generalità dei creditori, subordinandone la piena autonomia e separazione al riconoscimento che avrebbe prodotto «il passaggio della proprietà dal precedente titolare ad un nuovo soggetto» <sup>(272)</sup>.

La «personalità giuridica» della fondazione non distinse soltanto l'organizzazione collettiva dalla persona del disponente poiché, rispetto a quella dell'associazione riconosciuta, avrebbe assolto una ulteriore funzione, giustificando la proprietà di beni

---

e questo è un profilo che di solito sfugge agli scrittori – non ci si può domandare se si abbia un diritto (ad es.: di proprietà) sull'*universitas* come tale, bensì se un complesso di cose delle quali un determinato soggetto è proprietario, è (considerato e quindi) disciplinato in certe situazioni come *universitas*», bensì quale espressione di sintesi dei diritti spettanti sui singoli beni che la compongano (teoria atomistica) (sulla irriducibilità dell'azienda alle classificazioni del terzo libro del codice civile, ed in specie alle universalità dell'art. 816 c.c., GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 1, Padova, 2004, p. 88).

<sup>(270)</sup> FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in Riv. dir. civ., 1911, 665: «Non bisogna confondere patrimonio con capacità patrimoniale; certo ogni uomo essendo capace giuridicamente, è anche capace d'acquistare; ma patrimonio significa beni acquistati o complesso di beni, e può l'individuo pur essendo capace, non averne»; DURANTE, voce *Patrimonio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1, ancora con riguardo alla indissolubilità del binomio patrimonio-personalità, per cui «ogni persona avrebbe sempre e necessariamente un patrimonio che "*ossibus inhaeret*", unico, indivisibile e sempre uguale, pur nel mutare dei suoi elementi, in quanto tangibile realizzazione della personalità».

<sup>(271)</sup> Si tratterebbe, in entrambe le fattispecie, d'un vincolo non perpetuo, che cessa quando l'affare si realizzi o divenga impossibile (art. 2447 *novies*), nell'un caso, ovvero con lo spirare dei termini di legge (novanta anni, ovvero la durata della vita del beneficiario-persona fisica), nell'altro

<sup>(272)</sup> Cass., 3 agosto 1967, n. 2096, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 558.

Quell'impostazione evidentemente ancora scontava, nella seconda metà del secolo scorso, la *factio iuris* della personificazione del patrimonio tradottasi nella diversificazione tipologica tra associazione, concepita come personificazione della totalità degli associati, e fondazione, per contro contraddistinta dalla personificazione del patrimonio. Sul graduale superamento della dicotomia *universitas personarum* e *universitas rerum*, che muove dalla considerazione che le fondazioni, al pari delle associazioni, comunque appartengano al più ampio genere delle organizzazioni collettive, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1993, p. 253 ss.

destinati ad uno specifico scopo (ideale, ovvero di pubblica utilità) che, diversamente, avrebbero prefigurato un patrimonio adespota<sup>(273)</sup>, siccome non più appartenenti al fondatore, ma nemmeno ai gestori né ad anonimi beneficiari<sup>(274)</sup>. Per questo la pandettistica vi intravide non una seconda specie di persona quanto, piuttosto, una seconda specie di patrimonio<sup>(275)</sup>.

La medesima tendenza alla personificazione del patrimonio ha pervaso l'intero sistema civilistico, trovando compiute applicazioni nel diritto successorio, dove non solo l'eredità giacente<sup>(276)</sup>, ma anche quella accettata con beneficio d'inventario fu strutturata quale autonoma persona giuridica, convertendo la relazione d'appartenenza dei beni all'erede in una sorta di rappresentanza legale del compendio ereditario concepito come ente autonomo<sup>(277)</sup>. La stessa tecnica è comparsa anche nell'attribuzione al fondo comune di investimento della veste della fondazione<sup>(278)</sup> ovvero dell'associazione non riconosciuta<sup>(279)</sup>, nonché nel dibattito sulla natura dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza (art. 2117 c.c.), cui alternativamente si son attribuiti ora i caratteri propri dell'associazione, ora della società ovvero, specie per il vincolo di destinazione, della stessa fondazione<sup>(280)</sup>.

Nonostante la revisione critica, tuttora in atto, del dogma dell'alterità della società commerciale rispetto alla persona del socio<sup>(281)</sup>, l'elaborazione concettuale del patrimonio

---

<sup>(273)</sup> *Contra* BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, IX, 1, Torino, 1895, p. 14: «Non può esistere patrimonio senza una persona, o fisica, o giuridica, a cui esso appartenga».

<sup>(274)</sup> GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, 75.

<sup>(275)</sup> BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, 1860, p. 979.

<sup>(276)</sup> Ne dà atto, tra gli altri, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1993, p. 148. Qui può aggiungersi che già il diritto giustiniano riconobbe una personalità giuridica ai patrimoni autonomi quali, appunto, l'*hereditas iacens*.

<sup>(277)</sup> BONELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1910, 225 ss.

Invero, il patrimonio ereditario appartiene all'erede beneficiario, come attestano la devoluzione in suo favore dell'attivo residuo alla liquidazione delle passività ereditarie, nonché la decadenza dal beneficio, con conseguente confusione dei patrimoni altrimenti separati, in caso d'inottemperanza al divieto d'alienazione dell'art. 493 c.c.

<sup>(278)</sup> COSTI, *La struttura dei fondi comuni d'investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema delle società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 285 ss.

<sup>(279)</sup> NIGRO, *I fondi comuni di investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 1558 ss.

<sup>(280)</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1993, p. 252, in nota 83.

<sup>(281)</sup> L'esonero del patrimonio del socio dall'azione esecutiva del creditore sociale non è l'unica rilevante implicazione dell'alterità soggettiva dell'ente societario, dalla quale è derivata anche una peculiare disciplina della cessione delle partecipazioni sociali (BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina in tema di acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in AA.VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1995, p. 5 ss.).

Negli anni sessanta del secolo scorso si consolidò il principio per cui al cessionario di partecipazioni sociali non spettasse alcuna garanzia per i vizi occulti o per la mancanza delle qualità

---

promesse o essenziali (artt. 1490-1497 c.c.) dei beni del patrimonio sociale: la *res empti* era concepita quale bene del socio distinto dal patrimonio della società il cui valore e consistenza era ridotto a mero motivo del contratto. Alla disfunzione sinallagmatica si tentò di ovviare tramite diversi rimedi, quali la previsione d'apposite clausole di garanzia che determinassero il prezzo della cessione in ragione del patrimonio sociale netto risultante dal bilancio di esercizio, così da intendere il patrimonio sociale come oggetto mediato della compravendita (Cass., 10 febbraio 1967, n. 338, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 436; Cass., 21 giugno 1996, n. 5773, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 163; Cass., 18 dicembre 1999, n. 14287, in *Riv. not.*, 2000, II, 993; App. Milano, 24 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2, p. 14. In letteratura, PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1997, 247.). In questo modo, il cedente assumeva, in luogo della garanzia connessa alle azioni edilizie di diritto comune, una specifica obbligazione di garanzia, in qualche modo assimilabile alla promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.).

La tesi che, diversamente, incluse nel regolato le garanzie per evizione e vizi anche in mancanza di clausole *ad hoc* derivava peraltro dal presupposto che la cessione di titoli azionari comportasse l'acquisto d'una quota di proprietà sui beni dell'emittente (CALVO, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita di titoli azionari*, in *Contr. e impr.*, 1993, 1110): «la quota o l'azione non è giuridicamente titolo di proprietà dei beni sociali», e ciò quantunque «la sua funzione economico-patrimoniale è in stretto rapporto con quei beni, è condizionata dalla natura e dalla consistenza dell'azienda della società» (Cass., 28 agosto 1952, n. 2784, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1638, annotata da ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori*).

Nulla escludeva, con l'unico correttivo dell'inefficacia invalidante del dolo omissivo per reticenze del cedente (App. Milano, 11 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2003, c. 2099), l'annullabilità della cessione di azioni o quote societarie in caso di artifici o raggiri diretti ad occultare la reale consistenza patrimoniale della società (Cass., 29 agosto 1991, n. 9227, in *Società*, 1992, p. 773, con nota di CARBONE), né, in certi casi, il ricorso al rimedio risolutorio della presupposizione (Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 2210).

La tutela del cessionario non avrebbe invece necessitato né d'una clausola di garanzia *ad hoc*, né d'un vizio del consenso ove l'oggetto della cessione fosse stato qualificato quale *aliud pro alio datum*, nell'inequivoca intenzione del cessionario di acquisire non già un generico *status socii*, bensì la disponibilità del patrimonio sociale, allo scopo di utilizzarlo in conformità della caratteristica destinazione economica (Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Società*, 2000, p. 1205; Cass., 28 marzo 1996, n. 2843, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3391. Sul tema, v. anche ROLLI, *Cessione di partecipazioni societarie e tutela del compratore: aliud pro alio datum?*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 183). Tra queste ipotesi la dottrina è solita annoverare la compravendita d'azioni di società dichiarata fallita o che svolga attività diversa da quella dedotta nella cessione della partecipazione (GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, p. 38; GRECO e COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. al cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 247), mentre la giurisprudenza ne ha escluso la configurabilità con riguardo ad una azienda alberghiera (costituente il patrimonio sociale) priva di licenza di ristorazione e bar anche per persone diverse dagli ospiti dell'albergo (Cass. 20 febbraio 2004, n. 3370, in *Contratti*, 2004, p. 687): l'*aliud pro alio datum* dimostrerebbe che, attraverso la assimilazione della cessione della partecipazione societaria alla cessione d'azienda, i beni sociali divengono, sebbene in via solo mediata, l'oggetto del contratto traslativo, così superando quell'alterità soggettiva sulla quale s'è eretta la teorica della personalità giuridica.

Il superamento dei limiti che dall'alterità soggettiva dell'ente societario derivavano alla responsabilità del cedente è in quella giurisprudenza che considera le azioni (ed allo stesso modo le quote della società) quali «beni di secondo grado», in quanto rappresentativi di diritti su beni che, pur conferiti nel patrimonio della società, ancora appartengono ai singoli soci, differenziandosi dai patrimoni di provenienza (ovvero dal patrimonio di provenienza, in caso di società unipersonale) solo per il peculiare regime di amministrazione, gestione e responsabilità, ciò che, come vedremo, prefigurerebbe come unico elemento differenziale tra autonomia e separazione quello della unitarietà del patrimonio separato, non anche la duplicazione della soggettività assunta quale corollario dell'autonomia patrimoniale perfetta.

(autonomo siccome) personificato ha seguito percorsi teorici distinti da quelli del patrimonio separato: nell'un caso, la legittimazione passiva dei conferenti sarebbe mutata a seconda che li si fosse considerati *uti singuli* ovvero *uti socii* <sup>(282)</sup>; nell'altro, invece, la localizzazione della responsabilità non sarebbe giustificata dal diaframma della personalità giuridica, né da soggettività d'altra natura <sup>(283)</sup>, bensì dalla diversa funzione che la legge riconosca al patrimonio, ovvero ad una sua frazione, in ragione delle molteplici cause del credito, e

---

Quando la giurisprudenza afferma che la personalità giuridica «non è lo statuto di una entità reale diversa dalle persone fisiche, ma una particolare normativa avente pur sempre ad oggetto relazioni fra uomini» (Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329, commentata da GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*) pone le premesse per superare il dogma d'indivisibilità del patrimonio (cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, p. 223: «non si concepiscono più masse patrimoniali, facenti capo a un dato soggetto, poiché, se anche egli le tenga separate, per sua comodità o per espediente amministrativo, esse formano massa unica: così, ad es., nel caso di più aziende (individuali), appartenenti a un medesimo soggetto»): «le società, ancorché personificate, costituiscono centri di imputazione meramente transitori e strumentali, in quanto le situazioni giuridiche che ad esse vengono imputate sono destinate a tradursi in corrispondenti situazioni giuridiche facenti capo ai singoli membri, i quali finiscono quindi per esserne titolari effettivi, sia pure “in una maniera specifica”, che vale a distinguerle dalle altre che ad essi competono come individui. Sicché, pur dovendosi escludere che i beni sociali si trovino nella diretta disponibilità dei singoli soci, dal momento che la loro posizione è di tipo corporativo e può esplicarsi solo per il tramite della organizzazione interna della società, deve riconoscersi che la costituzione di una società di capitali non dà luogo alla creazione di nuovi beni, ma costituisce il presupposto per l'istituzione di un diverso regime di utilizzazione dei beni conferiti, senza tuttavia recidere ogni collegamento con i soggetti che hanno loro impresso quella destinazione, in quanto detti soggetti – proprio in virtù di tale atto – diventano membri di una collettività organizzata, acquistando una posizione giuridica che li abilita a partecipare alla gestione collettiva dei beni in questione» (Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2162. Principio ribadito, da ultimo, dalla Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, in *Società*, 2004, p. 972, commentata da BONAVERA, «Aliud pro alio nella cessione di quote sociali»).

A ben vedere, i presupposti della separazione patrimoniale a soggettività invariata non divergono affatto da quelli che ispirano le dottrine revisioniste del dogma dell'alterità soggettiva dell'ente societario: premesso che «la personalità giuridica non è un dogma, ma è una costruzione giuridica», s'è osservato che «o si duplica la categoria dei soggetti di diritto, e alle persone fisiche si aggiungono le persone giuridiche, alle quali riferire rapporti giuridici (proprietà, debito, etc.) identici a quelli propri delle persone fisiche, oppure si limita alle persone fisiche la categoria dei soggetti di diritto e si duplica la serie di rapporti giuridici ad essi facenti capo, distinguendo (come si distingueva in epoca pre-giusnaturalistica) fra rapporti che fanno capo al singolo *uti singulus* e rapporti che gli fanno capo *uti universus*» (GALGANO, *Cessione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contratto e impresa*, 2004, 542).

<sup>(282)</sup> BONELLI, *I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1903, p. 311; BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1947, p. 220 ss.

<sup>(283)</sup> BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 114: «il patrimonio separato e destinato ad uno scopo non assurge di per sé al rango di soggetto di diritto in mancanza di ulteriori elementi di integrazione quale il conferimento della capacità giuridica ad opera dell'ordinamento»; LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 5: «la vicenda si esaurisce nell'ambito di una sola sfera soggettiva e si connota proprio per la mancanza di un nuovo referente esterno cui imputare la massa separata».

segnatamente degli interessi, tipici o innominati, ad esse sottese siccome meritevoli di tutela (art. 1322, comma 2).

Per questo s'è concluso, in dottrina, che nei patrimoni separati «due o più masse di beni, *pur non cessando di appartenere allo stesso soggetto*, stanno ciascuna a sé», mentre «si deve adoperare l'espressione patrimonio *autonomo*, e non quella di patrimonio separato, quando si vuole indicare, non già il distacco di un determinato nucleo di beni, che continua ad appartenere al medesimo titolare, ma il fatto che si formi, con elementi tratti da un altro o – più spesso – da più altri patrimoni, un patrimonio *a sé stante* e nuovo, *con un proprio soggetto*, o quanto meno, con proprie finalità, sul quale incidono autonomi diritti e obblighi»<sup>(284)</sup>.

## 7. Autonomia patrimoniale e soggettività giuridica

Almeno *prima facie*, la personalità giuridica sembrerebbe coincidere con l'autonomia patrimoniale perfetta. Ed è in questo senso che s'è asserito che il patrimonio separato avrebbe prefigurato una «persona giuridica a metà» o un «patrimonio semiautonomo»<sup>(285)</sup>.

Del rapporto tra il patrimonio separato e la soggettività giuridica si dirà nel § che segue. Per ora basti rimarcare come non sempre l'autonomia patrimoniale, intesa quale assoluta reciproca segregazione dei nuclei dissociati, coincida con la personalità giuridica, e la riprova può trarsi tanto nella società in accomandita per azioni, dove i soci accomandatari non godono della limitazione di responsabilità, quanto nell'art. 38 c.c. (limitatamente alla parte in cui dispone che delle obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune)<sup>(286)</sup> che, pur

---

<sup>(284)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, p. 223 ss. (il corsivo del testo è dell'A.).

<sup>(285)</sup> DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di Castello, 1941, p. 37.

<sup>(286)</sup> Le finalità di garanzia sottese all'art. 38, nella parte in cui dispone, invece, che delle stesse obbligazioni rispondano personalmente e solidalmente anche le persone che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione, derivano dalla mancanza, nello statuto codicistico delle associazioni non riconosciute, di forme di pubblicità relative tanto ai poteri di rappresentanza dei singoli associati quanto, soprattutto, alla consistenza patrimoniale del fondo comune, e quindi nelle istanze di tutela del terzo contraente, che potrebbe perciò fare affidamento sulla solvibilità di chi abbia negoziato con lui. Il nesso d'accessorietà corrente con la responsabilità primaria dell'associazione ha dunque ricondotto la solidarietà passiva nel paradigma legale dell'obbligazione fideiussoria: in questo senso, gli interpreti non hanno esitato ad assoggettare il diritto del terzo creditore alla decadenza dell'art. 1957 c.c. (Cass., 6 agosto 2002, n. 11759, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1475: «La responsabilità solidale prevista dall'art. 38 c.c. per colui che ha agito in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta non concerne, neppure in parte, un debito proprio dell'associato, ma ha carattere accessorio, anche se non sussidiario, rispetto alla responsabilità primaria dell'associazione stessa; consegue che l'obbligazione, avente natura solidale, di colui che ha agito per essa è inquadrabile fra quelle di garanzia *ex lege*, assimilabili alla fideiussione, e che il

attribuendole un'autonomia patrimoniale, tuttavia non conferisce una personalità giuridica all'organizzazione collettiva (non riconosciuta) <sup>(287)</sup>.

Se davvero l'autonomia patrimoniale e la personalità giuridica fossero i termini d'una equazione giuridica, analoga conclusione dovrebbe allora trarsi, per una evidente regola transitiva, anche per il patrimonio separato <sup>(288)</sup>, ove fosse assimilato a quello autonomo, partecipando della medesima natura, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria che ha negato una personificazione del patrimonio del fallito <sup>(289)</sup>. Sarebbe fuorviante comunque asserire che, seppur privo di soggettività propria, il patrimonio separato sia talvolta trattato alla stessa stregua d'una persona giuridica, poiché nella «scienza giuridica *essere trattati* come persona giuridica ed *essere* persona giuridica è la medesima cosa, giacché l'ontologia giuridica deriva dal *trattamento* (*rectius*: qualificazione) operato dalle norme» <sup>(290)</sup>. Per questo dovrebbe convenientemente negarsi una distinta capacità,

---

diritto del terzo creditore è assoggettato alla decadenza di cui all'art. 1957 secondo i principi riguardanti la fideiussione solidale, per cui non si richiede la tempestiva escussione del debitore principale ma, ad impedire l'estinzione della garanzia, è indispensabile che il creditore eserciti tempestivamente l'azione nei confronti, a sua scelta, del debitore principale o del fideiussore». In senso del tutto conforme, v. anche Cass., 27 dicembre 1991, n. 13946, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 12; oltre alla Cass., 26 febbraio 1985, n. 1655, in *Foro it.*, 1985, I, 2672), né ad escludere, a norma dell'art. 1944 c.c., un beneficio di preventiva escussione del fondo comune (Cass., 21 novembre 1984, n. 5954, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 11: «La responsabilità personale e solidale di colui che ha operato in nome e per conto di un'associazione non riconosciuta, non è subordinata al beneficio della preventiva escussione del fondo comune, che opera soltanto se espressamente pattuito dalle parti o indicato dalla legge». Sul difetto di un dovere del terzo contraente di preventiva escussione del fondo comune, v., già nella massima ufficiale, Cass., 20 luglio 1998, n. 7111, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1559).

Considerata la *ratio* dell'art. 38 c.c., l'obbligazione di garanzia graverebbe soltanto coloro che, in concreto, avessero contrattato con il terzo, indipendentemente dalla carica realmente ricoperta: del debito dell'associazione potrebbe perciò rispondere, al pari del fideiussore, il semplice associato e non quanti avessero approvato l'operazione o concorso a darvi esecuzione (si veda, a questo proposito, la massima tratta dalla Cass., 22 luglio 1981, n. 4710, in *Giust. civ. Mass.*, 1981: «La responsabilità personale di cui all'art. 38 c.c. non è a carico di tutti coloro che, essendo a capo dell'ente, hanno comunque approvato l'operazione e concorso a darvi esecuzione, pur senza aver partecipato alla stipulazione del negozio, ma soltanto a carico delle persone che siano entrate in relazione giuridica con il terzo dichiarando la volontà dell'ente, qualunque carica esse ricoprano e ancorché siano semplici associati». Tra i precedenti in termini, cfr. anche il Trib. Milano, 17 novembre 1997, in *Società*, 1998, 678, con nota di ZAMPERETTI; Cass., 21 maggio 1998, n. 5089, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1095).

<sup>(287)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, cit., p. 4.

<sup>(288)</sup> FERRARA, *Patrimonio sotto amministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, 317; BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, 1938, p. 507.

<sup>(289)</sup> La dottrina maggioritaria di lingua tedesca conviene nel ritenere che il patrimonio separato sia privo di personalità giuridica. Cfr., per tutti, OERTMANN, *Kommentar zum B.G.B., Allgemeiner Teil*, Berlin, 1927, p. 255.

<sup>(290)</sup> PINO, *op. cit.*, p. 5 (il corsivo del testo è dell'A.).

anche solo processuale, al patrimonio separato che tuttavia non fallisce, né in proprio, né per attrazione <sup>(291)</sup> all'insolvenza del patrimonio di provenienza <sup>(292)</sup>.

Invero, se si abbandona la finzione naturalistica dell'appartenenza del patrimonio comune dei soci ad una unica persona (art. 2331 c.c.), allora l'autonomia potrebbe davvero assimilarsi alla separazione del patrimonio sociale dai patrimoni dei singoli soci conferenti <sup>(293)</sup>, con l'avvertenza che la diversa nomenclatura alluderebbe, quale espressione convenzionale di sintesi, al complesso di norme organizzative del patrimonio destinato ai sensi dell'art. 2247 c.c., dalla disciplina dei conferimenti a quella del bilancio, composto dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa <sup>(294)</sup>.

## 8. Il patrimonio separato e la soggettività giuridica

Con riguardo alla Riforma societaria che ha introdotto il patrimonio destinato allo specifico affare (art. 2447 *bis*), l'adagio medioevale *non sunt multiplicanda entia sine necessitate* potrebbe assumere un duplice significato: ora escludendo che il patrimonio separato sia altro dal patrimonio autonomo della persona giuridica <sup>(295)</sup>; ora, invece, individuando il *novum* del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 nella contestuale previsione della società per azioni unipersonale, che escluda una invadenza o sovrapposizione della separazione patrimoniale in aree altrimenti riservate alla personalità giuridica <sup>(296)</sup>.

Poiché non ogni patrimonio destinato è indifferentemente patrimonio autonomo o patrimonio separato, né darebbe in ogni caso luogo ad una persona giuridica, il *discrimen* tra le diverse fattispecie fu bene esemplificato, in via di prima approssimazione, dall'art. 7 della XII direttiva comunitaria in materia societaria (89/667 CEE) che introdusse il modello

---

<sup>(291)</sup> A norma dell'art. 155 l. fall., quando è dichiarato il fallimento della società l'amministrazione del patrimonio destinato dell'art. 2447 *bis*, comma 1, lett. a), c.c. è affidata al curatore che vi provvede con gestione separata, al fine di conservarne la funzione produttiva. Come s'è visto, il corrispettivo della cessione al netto dei debiti del patrimonio o il residuo attivo della liquidazione sono acquisiti dal curatore nell'attivo fallimentare, detratto quanto spettante ai terzi che vi abbiano effettuato apporti, ai sensi dell'art. 2447 *ter*, comma 1, lett. d), c.c.

<sup>(292)</sup> Ciò benché chi fallisce è, nel nostro sistema, l'imprenditore, non l'impresa.

<sup>(293)</sup> GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 166, dove l'impiego del termine conferente è peraltro contestato, con riguardo al patrimonio separato dell'art. 2645 *ter*, nel presupposto che il disponente invero non conferisca alcunché, conservando la proprietà dei cespiti destinati allo specifico scopo.

<sup>(294)</sup> DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 19.

<sup>(295)</sup> Ciò che renderebbe ragione delle teorie revisioniste della dogmatica della alterità soggettiva della personalità giuridica.

<sup>(296)</sup> In modo che la separazione patrimoniale possa acquisire una propria identità e funzione giuridica. Su questo punto si veda anche IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 254.

d'impresa a responsabilità limitata, nella forma del patrimonio che l'imprenditore (persona fisica) avesse destinato ad una determinata attività <sup>(297)</sup>.

A quel modello aderì il legislatore portoghese (d.l. 25 agosto 1986, n. 248), non quello italiano che optò, di contro, per la società unipersonale a responsabilità limitata (d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88) <sup>(298)</sup>, superando sia la nullità della s.r.l. costituita per atto unilaterale, sia l'insolvenza sanzionata, in caso di unipersonalità sopravvenuta, con la responsabilità solidale ed illimitata dell'unico socio superstite, ma in tal modo appalesando, tuttavia, la persistente adesione al dogma d'universalità del patrimonio, che solo la duplicazione dei soggetti avrebbe salvaguardato <sup>(299)</sup>.

La riforma societaria ha ricevuto l'impulso dalla legge istitutiva dei fondi comuni di investimento mobiliare cui ha dato continuità, a distanza d'un ventennio, poiché anche la destinazione allo specifico affare degli artt. 2447 *bis* e ss., al pari del *trust* autodichiarato (ma diversamente dalla fondazione), è un atto dispositivo che non muta la titolarità della massa destinata <sup>(300)</sup>. Ne è ben consapevole il legislatore, che proprio nella Relazione al d.lgs. 17

---

<sup>(297)</sup> Questo il testo della norma della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 667: «Uno Stato membro può non consentire la società unipersonale quando la sua legislazione preveda, a favore degli imprenditori unici, la possibilità di costituire imprese a responsabilità limitata ad un patrimonio destinato ad una determinata attività, purché questo tipo di impresa siano previste garanzie equivalenti a quelle imposte dalla presente direttiva, nonché dalle altre disposizioni comunitarie applicabili alle società di cui all'art. 1».

Furono dunque prefigurati modelli radicalmente distinti (specie sul piano della continuità con la risalente tradizione giusnaturalistica) ma che, nella logica della armonizzazione degli ordinamenti comunitari, già poterono segnalarsi per l'equivalenza funzionale delle distinte tecniche di limitazione della responsabilità.

<sup>(298)</sup> Lo stesso accadde oltralpe, dove l'*Enterprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL) fu preferita, in ossequio al dogma d'universalità del patrimonio, alla alternativa figura dell'impresa individuale a responsabilità limitata che avrebbe trovato nel *patrimoine d'affectation* (patrimonio di destinazione) la figura referenziale. Significativa, nelle logiche segregative a soggettività invariata, la proposta, peraltro non accolta, di scindere il patrimonio in tre masse distinte in ragione della destinazione impressa: la prima, destinata all'esercizio dell'impresa; la seconda alla garanzia dei creditori personali con garanzia sussidiaria dei creditori di impresa; la terza, composta da beni affatto personali e, perciò, impignorabili in termini assoluti.

Sulla distinzione tra EURL e *patrimoine d'affectation*, DAIGRE, *La société unipersonnelle en droit français*, in *Rev. intern. dr. comparé*, 1990, p. 664 ss.

<sup>(299)</sup> Con l'introduzione, nel nostro diritto commerciale, della s.r.l. unipersonale la società non poteva oramai più considerarsi una forma d'esercizio solo collettivo dell'impresa. L'organizzazione corporativa della società unipersonale di capitali, ora anche nel tipo S.p.A., avrebbe peraltro assunto mera valenza formale, tant'è che, nel delinearne una nozione unitaria, si concluse che il rapporto societario potesse istaurarsi solo per legge o per contratto, non anche con l'atto d'autonomia contrattuale del singolo subietto di diritto, assimilando la società unipersonale ad una sorta di fondazione con scopo di lucro. In tal senso, OPPO, *Società, contratto, responsabilità (a proposito della nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 187 ss.

<sup>(300)</sup> Principio che per il fondo patrimoniale del diritto di famiglia è stato enunciato, da ultimo, dalla Cass., sez. trib., 6 giugno 2002, n. 8162, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2517, con riguardo alle correlative implicazioni fiscali: «In tema di imposta di registro, il regime di tassazione dell'atto

gennaio 2003, n. 6 ha concepito il patrimonio separato come «operativamente equipollente alla costituzione di una nuova società», con l'ulteriore vantaggio della eliminazione dei costi necessari per costituirlo, mantenerlo ed estinguerlo <sup>(301)</sup>. Per questo il patrimonio dell'art. 2447 *bis*, al pari d'ogni altro patrimonio separato, prefigura «un centro autonomo che non ha altro rapporto col patrimonio che gli sta vicino, che il legame estrinseco d'averne lo stesso soggetto» <sup>(302)</sup>, sì da poterlo distinguere dalle azioni correlate (*tracking stocks* o *target shares*), che attuano una separazione solo contabile, anch'essa di fonte contrattuale, ma opponibile solo ai soci nei loro rapporti interni, non ai terzi creditori <sup>(303)</sup>.

A ben vedere, con l'estensione alle società azionarie dell'unipersonalità prima riservata alle società a responsabilità limitata (art. 2328 c.c.), e soprattutto con l'abrogazione della regola di responsabilità illimitata dell'unico socio persona giuridica (art. 2497 c.c., nel testo previgente), la Riforma societaria non ha solo riservato un trattamento equanime ai diversi modelli societari, avendo piuttosto concluso l'evoluzione avviata, proprio nella

---

costitutivo di un fondo patrimoniale non è né quello stabilito dall'art. 1 della Tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. n.131 del 1986 (atti traslativi a titolo oneroso), né quello previsto dall'art. 3 della Tariffa al citato d.p.r. n. 131 (atti di natura dichiarativa), e neppure quell'altro disciplinato dall'art. 9 della stessa Tariffa (atti diversi, aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale), ma va individuato nella categoria residua di atti prevista dall'art. 11 dello stesso testo normativo, tassati nella misura fissa ivi prevista. Infatti, l'atto costitutivo del patrimonio familiare non ha natura ricognitiva, ma solo costitutiva: esso muta il regime giuridico del bene, costituendolo in patrimonio separato, pur senza che sia creata una nuova soggettività patrimoniale».

Sulla persistente titolarità in capo ai conferenti, anche con riguardo al patrimonio familiare abrogato dalla riforma del 1975, Cass., 31 maggio 1988, n. 3703, in *Giust. civ. Mass.*, 1988: «La costituzione di beni in patrimonio familiare, secondo la previsione degli artt. 167-176 c.c., nel testo anteriore alla riforma introdotta dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, determina un vincolo di destinazione su tali beni, affinché con i loro frutti assicurino il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità della proprietà, né implica l'insorgere di una posizione di diritto in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo alla inalienabilità dei beni. Ne consegue che i familiari del costituente, nel caso di trasferimento dei suddetti beni, non sono portatori di diritti opponibili all'acquirente, né quindi sono abilitati ad un intervento autonomo nella controversia inerente al trasferimento stesso, ma possono spiegare soltanto un intervento *ad adiuvandum*».

<sup>(301)</sup> Sul punto, v. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, 1, Padova, 2004, p. 18.

<sup>(302)</sup> FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, cit., p. 875.

<sup>(303)</sup> La *ratio* della sezione XI del capo V del libro V del codice civile, rubricata «Dei patrimoni destinati allo specifico affare», partecipa delle logiche neoliberaliste che già affidarono al notariato il giudizio d'omologazione degli atti societari già spettante ai tribunali (art. 32, l. 24 novembre 2000, n. 340) (analoga la funzione del correttivo al sistema del riconoscimento concessorio della personalità giuridica degli enti del libro primo del codice civile *ex* d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361), ed è bene esemplificata dalla Relazione illustrativa dello schema di legge delega per la riforma societaria redatta dalla Commissione presieduta da Antonio Mirone: tramite l'articolazione del patrimonio in masse distinte l'egemonia della autonomia statutaria assicura, in alternativa alla moltiplicazione delle strutture societarie (che nella prassi sovente ha assunto solo l'esteriore parvenza d'un gruppo societario), una maggior tutela dei terzi sovventori, edotti delle caratteristiche dell'affare, perciò in grado di meglio valutarne il rischio.

materia commerciale, dal d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88. Per questo è plausibile che l'autonomia sottenda una limitazione di responsabilità connaturata alla (finzione della) personalità giuridica, così da poter riferire la separazione all'effetto segregativo che non discenda da alcuna duplicazione soggettiva, o che non richieda, quantomeno, l'ipostasi dell'appartenenza del compendio destinato a soggettività distinta da quella del conferente.

In questi termini, sarebbe patrimonio autonomo anche il fondo comune dell'associazione non riconosciuta (art. 37 c.c.), quando non lo si considerasse, in deroga alle regole della comunione romanistica, di pertinenza della pluralità dei singoli associati <sup>(304)</sup>. Vi sarebbe, invece, un patrimonio separato quando un complesso di beni o rapporti, pur afferendo alla medesima sfera soggettiva, soggiaccia a discipline speciali quanto alla responsabilità dell'art. 2740 c.c. nonché, quando si trattasse di persona fisica, quanto alle vicende successorie ed al regime matrimoniale <sup>(305)</sup>.

La separazione patrimoniale prefigurerebbe, dunque, una ripartizione o articolazione del medesimo patrimonio in nuclei dalle sorti distinte <sup>(306)</sup>, perciò capaci, oltre che di propri diritti e doveri, anche di mutue relazioni giuridiche, al pari del patrimoni autonomi <sup>(307)</sup>. La struttura della fattispecie è tale che fu assimilata, nei primi decenni del secolo scorso, a quel noto fenomeno che viene comunemente descritto, nel diritto internazionale, come unione personale di Stati <sup>(308)</sup>. L'effetto della separazione s'esaurirebbe, tuttavia, nella sfera giuridica del titolare della massa vincolata, specie nella destinazione unilaterale (o statica)

---

<sup>(304)</sup> Definiscono l'associazione non riconosciuta come ente collettivo costituente un centro autonomo d'interessi, fornito d'un patrimonio distinto da quello dei singoli soci e, seppur privo di personalità giuridica, comunque dotato di propria soggettività (distinta da quella degli associati): Cass., 14 aprile 1986, n. 2601, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 4; Trib. Udine, 20 settembre 1984, in *Riv. notariato*, 1985, 1175, onde riconoscerne la partecipazione alla costituzione d'una società di capitali; Cass., 16 febbraio 1979, n. 1022, *ivi*, 1979, fasc. 2.

D'altra parte, quella soggettività è correlata proprio alla capacità processuale dell'ente: l'associazione non riconosciuta ha rappresentanti che agiscono e stanno in giudizio in nome e per conto dell'associazione, non dei singoli associati (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1999, 228): così, l'esercizio del diritto di querela è stato riservato, in assenza d'apposita previsione statutaria, alla più alta carica associativa, in Cass. pen., 10 marzo 1989, in *Cass. pen.*, 1991, I, 78.

<sup>(305)</sup> LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, pp. 566-570.

<sup>(306)</sup> Nella Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 si legge, quanto al patrimonio destinato allo specifico affare dell'art. 2447 *bis*, comma 1, lett. a), c.c., che si è «essenzialmente in presenza dell'individuazione, all'interno del patrimonio della società, di una parte di questo, la sua separazione giuridica dall'intero, e la sua destinazione ad uno specifico affare, una particolare operazione economica».

<sup>(307)</sup> I rapporti tra masse autonome sono ben esemplificati dal comma 5 dell'art. 2362, dov'è disciplinata l'opponibilità dei contratti che la società avesse concluso con l'unico azionista.

<sup>(308)</sup> FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, p. 875.

(<sup>309</sup>). Per questo s'è criticato l'impiego del termine «conferente», in luogo di quello di «disponente», nella unilateralità della destinazione dell'art. 2645 *ter* (<sup>310</sup>), ov'è altresì acclusa la clausola generale di meritevolezza, talché alla tipizzazione sociale del patrimonio separato dell'art. 2645 *ter* possa contrapporsi il *numerus clausus* dei soggetti di diritto (<sup>311</sup>), espressione d'una eteronomia dei fini che sola ne giustificherebbe l'opponibilità al creditore da fatto illecito (<sup>312</sup>).

La comune natura giuridica rende sostanzialmente fungibili l'autonomia e la separazione dei patrimoni (<sup>313</sup>), se si eccettua l'inopponibilità del vincolo di scopo alle obbligazioni da fatto illecito. Quella equipollenza funzionale è esemplificata dal decreto del Ministero delle attività produttive del 20 aprile 2005 (in Gazz. Uff., 29 aprile, n. 98), concernente la concessione all'ente Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.A. delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica sul territorio nazionale (<sup>314</sup>).

---

(<sup>309</sup>) Lo stesso avverrebbe, invero, anche nella destinazione c.d. dinamica, dove la titolarità del patrimonio separato muta in ragione dell'attribuzione traslativa al terzo gestore fiduciario.

(<sup>310</sup>) GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 166, dove quel termine è contestato nel presupposto che chi costituisca il patrimonio separato non conferisca alcunché, rimanendo proprietario della massa destinata, si da escludersi la nascita d'un ente distinto.

(<sup>311</sup>) La riforma societaria ha ridefinito il complesso delle norme inderogabili (a tutela delle minoranze e dei terzi), ma l'autonomia privata ancora soggiace, quanto ai profili considerati, al principio di tipicità, che ancora non ha abdicato in favore della clausola generale dell'art. 1322, comma 2, c.c. Ne dà atto anche IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 169.

(<sup>312</sup>) In ogni caso, ove l'esecuzione dello specifico affare o ramo d'attività implicasse un apprezzabile rischio di danni ai terzi, la duplicazione delle soggettività, e dunque delle capacità giuridiche, resterebbe la miglior tecnica di specializzazione della responsabilità patrimoniale cui la società possa aspirare.

(<sup>313</sup>) Quella equipollenza emerge anche dalle dottrine tedesche che riferirono la medesima espressione di *Sondervermögen*, dapprima patrimonio speciale della persona fisica (in quanto destinato a soddisfare una esigenza specifica), anche al patrimonio della persona giuridica.

(<sup>314</sup>) Nel disciplinare le attività consentite alla Concessionaria, le sue partecipazioni societarie ed acquisizioni, l'art. 16 del decreto ha infatti previsto che «1. La Concessionaria può svolgere servizi per terzi e può effettuare acquisizioni in altre imprese o rami d'azienda ovvero assumere, anche indirettamente, partecipazioni in società, in Italia e all'estero, nei settori affini, connessi o strumentali con l'oggetto sociale, purché essi non risultino di pregiudizio al migliore svolgimento dei servizi pubblici concessi e concorrano alla equilibrata gestione aziendale. Qualora le attività di servizio per terzi siano svolte direttamente dalla Concessionaria, devono essere svolte in regime di separazione amministrativa e contabile; qualora tali attività superino il 10% del fatturato globale della Concessionaria, sono svolte a mezzo di autonome strutture societarie ovvero previa costituzione di patrimoni separati, secondo le modalità previste dall'art. 2447-bis e seguenti del codice civile. A tal fine, la Concessionaria è tenuta ad effettuare una comunicazione, di norma preventiva, al Ministero per ogni tipo di attività che intende avviare, dichiarando le modalità che intende adottare per il rispetto delle condizioni sopra specificate. 2. La Concessionaria, previa autorizzazione del Ministero, può acquisire altre imprese o rami d'azienda ed assumere, anche indirettamente, partecipazioni in società operanti anche in settori diversi da quelli oggetto del comma 1, in Italia e all'estero, qualora tali acquisizioni non contrastino con gli obiettivi generali e gli obblighi definiti nella presente convenzione, nella legge 14 novembre 1995, n. 481, e nel decreto legislativo n. 79/1999 e non risultino di pregiudizio al migliore svolgimento dei servizi pubblici concessi. Le

## 9. Separazione patrimoniale e cause di prelazione

La Novella societaria ha manifestato il proprio favore per la costituzione del patrimonio destinato allo specifico affare: lo attesta il termine breve dell'opposizione alla deliberazione costitutiva, ed ancor più la esecutività della deliberazione opposta, disposta dal tribunale previa concessione di idonea garanzia.

Quel *favor* legislativo non ha tutelato soltanto l'interesse della società debitrice ad opporre la limitazione di responsabilità poiché, a ben vedere, la separazione patrimoniale giova, in eguale misura, a tutte le classi creditorie: a quella c.d. «generale», che non scontrerebbe alcun concorso con i creditori particolari sul restante patrimonio sociale; ed a quella c.d. «particolare» che potrebbe soddisfarsi con esclusiva sul patrimonio destinato allo specifico affare <sup>(315)</sup>. Un trattamento deteriore riceverebbero i creditori generali, invece, ove la società optasse per una separazione imperfetta che svilirebbe la responsabilità della massa separata a mero privilegio <sup>(316)</sup>.

In ragione dello scopo cui è destinato (e dal quale non può esser distratto), il patrimonio dell'art. 2447 *bis* c.c. è dunque sottratto alle azioni esecutive dei creditori sociali rispetto ai quali, come per i debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia (art. 170 c.c.), la separazione patrimoniale produce la medesima impignorabilità dell'art. 514 c.p.c., anch'essa derivante, è bene rimarcarlo, non già

---

attività di cui al presente comma sono svolte a mezzo di autonome strutture societarie ovvero previa costituzione di patrimoni separati, secondo le modalità previste dall'art. 2447-*bis* e seguenti del codice civile, oltre che, in tale caso, in regime di separazione amministrativa e contabile. La Concessionaria, ove costituisca un patrimonio separato, risponde delle obbligazioni sorte in relazione allo specifico affare esclusivamente nei limiti del patrimonio ad esso destinato e dei diritti ad esso attribuiti, al fine di mantenere l'inattaccabilità del patrimonio sociale per le attività oggetto del servizio. La richiesta di autorizzazione deve essere corredata da idonea documentazione relativa a: a) descrizione delle attività oggetto delle operazioni; b) meccanismi societari o gestionali di sviluppo dell'iniziativa, agli apporti di terzi e le modalità di partecipazione ai risultati dell'attività; c) convenienza economica, realizzabilità e compatibilità finanziaria; d) patti parasociali. Il Ministero rilascia l'autorizzazione entro il termine di quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta e della documentazione allegata, decorso inutilmente il quale l'autorizzazione si intende rilasciata; tale termine potrà essere interrotto per una sola volta, per l'esigenza di richiedere ulteriori informazioni e dati di supporto alla valutazione».

<sup>(315)</sup> La conferma può trarsi anche dalla Relazione al Decreto legge portoghese (25 agosto 1986, n. 248) sull'impresa commerciale individuale a responsabilità limitata dove si legge, al § 2, che ai creditori dell'impresa è sottratto il vantaggio di poter escutere l'intero patrimonio dell'imprenditore, salvo il diritto a che i beni investiti nell'impresa siano destinati al pagamento dei debiti contratti nel corso della sua gestione.

<sup>(316)</sup> Atteso che i creditori particolari potrebbero soddisfarsi sul restante patrimonio sociale, in caso di incapienza del patrimonio destinato allo specifico affare.

dall'intrinseca natura quanto, piuttosto, dalla destinazione data ai beni che ne sono oggetto<sup>(317)</sup>.

Il dispositivo è quello già previsto dall'art. 3 della legge sulla cartolarizzazione dei crediti (l. 30 aprile 1999, n. 130), a norma della quale i crediti relativi a ciascuna operazione (di cartolarizzazione) costituiscono, a tutti gli effetti, un patrimonio separato sia da quello della società, sia da quello relativo ad altre operazioni, così da sottrarlo alle azioni esecutive di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi.

E' questa la responsabilità che accomuna tutti i patrimoni separati, differenziandoli dai beni gravati da pegno (art. 2784 c.c.) o ipoteca (art. 2808 c.c.) che pure sono impropriamente inclusi, talvolta, nel novero dei patrimoni destinati, in quanto vincolati alla garanzia di un dato credito: tutti i beni del debitore, compresi quelli futuri, sono destinati alla garanzia generica dei suoi creditori, nessuno escluso; senonché, la separazione patrimoniale (perfetta) elide la *par condicio creditorum*, non limitandosi a derogarvi, in modo che sui beni destinati possa in via esclusiva rivalersi, fin quando non cessi la devoluzione di scopo, una

---

<sup>(317)</sup> Trib. Alessandria, 11 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 695: «Le previsioni concernenti l'impignorabilità dei mobili indicati nel n. 2 dell'art. 514 c.p.c. fanno eccezione alla regola generale dell'art. 2740 c.c. e come tali sono di stretta interpretazione: segnatamente, gli arredi costituiti da tavoli e mobili di cucina, letti e armadi guardaroba, sono impignorabili non per natura ma per destinazione, ossia in ragione della loro attuale destinazione all'uso nella vita quotidiana del debitore esecutato e della sua famiglia. Il che presuppone che siano rinvenuti (nella specie, è stata esclusa l'impignorabilità degli arredi della cucina e di una camera da letto rinvenuti nella casa da cui il debitore era stato sloggiato, essendo risultato che da oltre un mese egli abitava con la famiglia in casa diversa da quella ove erano restati i mobili da pignorare)».

Analoga la *ratio* dell'inespropriabilità dei beni del patrimonio indisponibile dello Stato: cfr. Cass., 6 agosto 1987, n. 6755, in *Foro it.*, 1987, I, 2984; in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, 771; in *Giust. civ.*, 1987, I, 2781; in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 788; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 189: «Gli immobili appartenenti al patrimonio degli enti pubblici debbono ritenersi impignorabili solo quando esista, in relazione ad essi, un vincolo legale di destinazione a servizio pubblico direttamente costitutivo della loro indisponibilità, senza che l'attività amministrativa di natura provvedimentale, esplicita prima o dopo il pignoramento, sia sufficiente a sottrarre all'espropriazione gli immobili del patrimonio disponibile, conferendo loro una destinazione a servizi pubblici da attuare in futuro. Tuttavia, i suddetti immobili, appartenenti al patrimonio disponibile e privi di specifica destinazione a servizi pubblici all'epoca del pignoramento, si sottraggono allo stesso quando tale destinazione ricevano in concreto nel corso del processo esecutivo, per effetto della costruzione di un'opera pubblica comportante la conversione della natura giuridica del bene staggito con il passaggio dal patrimonio disponibile a quello indisponibile dell'ente (indipendentemente dalla legittimità dell'iniziativa e da un successivo atto formale confermativo), non essendo applicabile il principio della priorità della costituzione del vincolo, ma dovendosi privilegiare sull'interesse privatistico del creditore procedente di ottenere il soddisfacimento del suo credito, quello pubblicistico di soddisfare le esigenze della generalità dei cittadini, conservando al bene la destinazione impressagli ad ufficio o servizio di pubblica utilità»; ed analoga *ratio decidendi* può trarsi dalla Cass., sez. lav., 25 ottobre 1997, n. 10529, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1382: «Fanno parte del patrimonio disponibile dell'ente e sono, pertanto, assoggettabili a pignoramento gli elaboratori dei dati e i relativi terminali, utilizzati da un ente pubblico esercente il servizio pubblico di trasporto, atteso che gli stessi non possono essere

classe creditoria soltanto (peraltro individuata, alla stessa stregua del privilegio, dalla causa del debito), all'interno della quale possa poi ulteriormente distinguersi tra creditori chirografari o privilegiati, nei termini del capoverso dell'art. 2741 c.c. <sup>(318)</sup>).

Esemplificativo, a questo proposito, il *discrimen* tra l'eredità accettata con beneficio di inventario (art. 484 ss. c.c.) e la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (art. 512 ss. c.c.). Ed infatti, i creditori separatisti non ottengono una separazione giuridica del patrimonio del defunto da quello dell'erede, ma acquistano un diritto di soddisfazione privilegiata sui beni ereditari, assimilabile al pignoramento di beni mobili o all'ipoteca sugli immobili, tant'è che in caso di incapienza dei beni escussi potranno rivalersi anche sul patrimonio dell'erede che avesse accettato in modo puro e semplice <sup>(319)</sup>.

S'è argomentato che, di regola, la costituzione d'un patrimonio separato non implichi un nesso di assoluta insensibilità tra due (o più) masse patrimoniali appartenenti al medesimo soggetto, in quanto anche i creditori personali dell'erede che avesse accettato col beneficio dell'inventario potrebbero soddisfarsi (anche) sui beni ereditari, sia pure dopo i creditori del defunto <sup>(320)</sup>. A ciò può qui replicarsi, tuttavia, che con la soddisfazione dei creditori del *de cuius* (e dei legatari) s'esaurirebbe lo scopo del patrimonio destinato, con conseguente cessazione del vincolo di indisponibilità ed inespropriabilità, analogamente a quel che ora avviene, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 155 l. fall., per la retrocessione dei beni separati in esubero alla società fallita <sup>(321)</sup>.

Occorre distinguere tra separazione perfetta ed imperfetta poiché solo la prima giuridicamente assume una precisa identità, in antitesi alle cause legittime di prelazione. Ed

---

considerati come direttamente destinati all'attività di trasporto, ma devono essere compresi tra quelli utilizzati per la migliore organizzazione del servizio pubblico».

<sup>(318)</sup> BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 285, nel senso che altro dai patrimoni separati sono le cause di prelazione che, diversamente dai primi, «non danno vita ad una “esclusiva” a favore dei rispettivi titolari, ma al diritto di questi ad essere collocati – ai fini della distribuzione del ricavato (cioè del cosiddetto stato di graduazione) – con precedenza rispetto a chi non sia assistito da un diritto pozione o, quanto meno, di pari grado».

<sup>(319)</sup> FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, p. 879.

Ciò avverrebbe sulla falsariga dell'ipotesi in cui la delibera costitutiva dell'art. 2447 *ter* disponga che delle obbligazioni contratte nella realizzazione dello specifico affare la società risponda con l'intero suo patrimonio (art. 2447 *quinquies*, 3° comma), dando così luogo ad una disparità di trattamento in danno dei creditori generali, cui resterebbe preclusa ogni azione esecutiva sul patrimonio destinato.

<sup>(320)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 19 ss.

<sup>(321)</sup> In caso di fallimento della società, il patrimonio destinato dell'art. 2447 *bis*, comma 1, lett. a), c.c. è ceduto dalla curatela a terzi o liquidato secondo le regole della liquidazione della società, in quanto compatibili: cessata la segregazione, il corrispettivo della cessione, al netto dei debiti del patrimonio, o il residuo attivo della liquidazione sono acquisiti dal curatore nell'attivo fallimentare, detratto quanto spettante ai terzi che vi abbiano effettuato apporti, ai sensi dell'art. 2447 *ter*, comma 1, lett. d), c.c.

infatti, v'è separazione bilaterale e perfetta, analoga a quella del *trust*, quando il creditore del patrimonio separato non possa rivalersi, nemmeno in via sussidiaria, sul patrimonio residuo del debitore; v'è, all'opposto, separazione solo imperfetta, quando l'azione esecutiva non soffra tale preclusione, salvo, tutt'al più, l'onere di preventiva escussione del patrimonio separato <sup>(322)</sup>, che peraltro figurerebbe nei patrimoni destinati degli artt. 2447 *bis* ss., non anche in quello dell'art. 2645 *ter*.

Orbene, il *quid proprium* della separazione imperfetta è in ciò, che quando s'ammette che ciascuna classe creditoria possa rivalersi su quanto sopravanzato alla liquidazione della massa riservata ad altra classe, la separazione patrimoniale non è svilita a mero privilegio legale, ma cessa addivenendo la confusione tra le masse patrimoniali prima separate. Così si giustificerebbe, nell'eredità beneficiata, l'azione esecutiva dei creditori dell'erede sui beni dell'eredità, malgrado l'art. 490, n. 3, c.c. alluda ad una «preferenza» dei creditori ereditari (v. *infra*) <sup>(323)</sup>: quando lo scopo è perseguito (o divenuto impossibile) <sup>(324)</sup>, i beni destinati cessano d'essergli asserviti. La riprova è nella estinzione del fondo patrimoniale a seguito d'annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 171 c.c.). Ma è altresì, quanto a coerenza sistematica, nel mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili, in cui il S.C. ha ravvisato un *pactum fiduciae*, con obbligo del mandatario di ritrasferire al mandante l'immobile acquistato fiduciariamente <sup>(325)</sup>.

Diversamente dall'ipoteca, che può iscriversi soltanto a garanzia d'un credito condizionale ovvero che possa eventualmente nascere in dipendenza d'un rapporto già esistente (art. 2852 c.c.) <sup>(326)</sup>, i patrimoni destinati offrono la maggior garanzia estesa a crediti futuri che possano sorgere anche in dipendenza di un rapporto ancora non esistente al momento in cui furono costituiti. Essi partecipano, dunque, dei requisiti strutturali della

---

<sup>(322)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, 223.

<sup>(323)</sup> Sul tema, NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1969, p. 137.

<sup>(324)</sup> Al perseguimento dello scopo deve poi equipararsi l'impossibilità sopravvenuta di perseguirlo, cui espressamente allude l'art. 2447 *novies* c.c., nel disciplinare il rendiconto finale dello specifico affare da depositarsi presso l'ufficio del registro delle imprese.

<sup>(325)</sup> Cass., 20 maggio 1976, n. 1798, in *Giust. civ. Mass.*, 1976, 789.

<sup>(326)</sup> Lo stesso vale per la garanzia pignorizia, come può desumersi dal 3° comma dell'art. 2787 c.c., ove è stabilito che la prelazione non abbia luogo ogni qual volta la scrittura di pegno non contenga sufficiente indicazione, oltre che della cosa, anche del credito garantito.

A ben vedere, il vincolo reale sulla cosa, mobile o immobile, è mal tollerato dal nostro sistema che privilegia la piena proprietà, tanto nell'interesse del proprietario (come può desumersi dal numero chiuso dei diritti reali *in re aliena*), quanto nell'interesse dei suoi creditori (con riguardo alla *par condicio creditorum*), che riceverebbero pregiudizio dal vincolo apposto in garanzia di un debito futuro o determinabile soltanto *per relationem*, secondo l'art. 1346.

garanzia *omnibus* <sup>(327)</sup> ma non richiedono alcuna duplicazione della primigenia soggettività giuridica <sup>(328)</sup> né configurano, come detto, un patrimonio adespota (o senza soggetto) assimilabile all'eredità giacente, sostanziandosi piuttosto in un *tertium genus* d'imputazione del patrimonio <sup>(329)</sup> e, dunque, della correlativa responsabilità (a soggettività debitoria invariata). Il che vale non solo con riguardo alla diversificazione (contrattuale) del rischio d'impresa, come per i patrimoni destinati allo specifico affare dell'art. 2447 *bis* c.c., ma anche per ogni altro interesse meritevole di tutela che, giusto il capoverso dell'art. 1322 c.c. (già impiegato per delimitare l'ingiustizia del danno dell'art. 2043), possa perseguirsi tramite la trascrivibilità dell'atto destinatorio del nuovo art. 2645 *ter* c.c.

Il patrimonio separato dunque è altro dalla causa di prelazione che non elide ma deroga alla *par condicio creditorum*, imponendo l'onere di preventiva escussione del bene vincolato alla garanzia specifica (art. 2911 c.c.) <sup>(330)</sup>. Differisce, altresì, dal patrimonio autonomo che, in quanto associato ad altra soggettività, non deroga né elide quella *par condicio*, dandovi piuttosto compiuta applicazione, assecondando le istanze d'unità ed indivisibilità del patrimonio: per questo, definendo la società azionaria, l'art. 2325 c.c. non allude alla responsabilità limitata del socio, stabilendo piuttosto che delle obbligazioni sociali risponda soltanto la società col suo patrimonio <sup>(331)</sup>.

---

<sup>(327)</sup> Siccome estesi alla responsabilità per debiti futuri analoghi a quelli che, nelle garanzie bancarie, s'estendono ad obbligazioni nascenti da «operazioni che venissero in seguito consentite», benché, ovviamente, qui propriamente non si tratti di garantire un debito altrui, proprio per l'assenza di soggettività del patrimonio separato.

<sup>(328)</sup> Già la dottrina dei primi decenni del secolo scorso considerava il patrimonio separato «un centro autonomo che non ha altro rapporto col patrimonio che gli sta vicino, che il legame estrinseco d'avere lo stesso soggetto» (FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, 875).

<sup>(329)</sup> E segnatamente del complesso di beni e rapporti giuridici che lo compongano. Sulla nozione di patrimonio invalsa in dottrina (in assenza d'espressa definizione legislativa), FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, 865; DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Torino, 1930, 108; TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 273, dove il patrimonio è definito come una «entità composita, risultante da elementi suscettibili di valutazione economica»; DURANTE, voce *Patrimonio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1: «Il termine patrimonio (dal giustiniano *patrimonium*) designa un'entità composita, formata dall'insieme delle situazioni soggettive suscettibili di valutazione economica (intesa come estimabilità pecuniaria)»; nonché, da ultimo, GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 155, che definisce il patrimonio quale «costruzione intellettuale dei giuristi».

<sup>(330)</sup> Cfr. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, II, 2006, 181: «l'art. 2645 *ter* non dà vita a due categorie comunicabili di creditori, perché quelli il cui credito è sorto per la realizzazione degli interessi, potranno liberamente rivalersi anche sui beni non vincolati, senza che la norma preveda la sussidiarietà, non ipotizzabile, dunque, perché questo meccanismo, per il suo carattere speciale e la sua rilevanza anche processuale, avrebbe preteso una previsione espressa, se non di legge, almeno nel titolo, cioè nel contratto di destinazione».

<sup>(331)</sup> In difetto, tra l'altro, d'una responsabilità, solidale e sussidiaria, del socio per il debito da fatto illecito della società (che distinguerebbe il patrimonio autonomo da quello separato).

## 10. Responsabilità limitata e limitazione del debito

A norma dell'art. 2740 c.c., il debitore risponde dell'adempimento dell'obbligazione con l'intero suo patrimonio (comma 1), salve le limitazioni di responsabilità, peraltro ammesse soltanto nei casi stabiliti dalla legge (comma 2) <sup>(332)</sup>.

Nell'era moderna, le teorie patrimonialistiche dell'obbligazione hanno appalesato il nesso di strumentalità tra l'art. 2740 c.c. e la soddisfazione del credito, elevando la responsabilità del debitore ad elemento qualificante e strutturale dell'obbligazione, al pari del dovere di prestazione (inadempito) <sup>(333)</sup>. Invero, se si conviene che il patrimonio non concreti l'oggetto della responsabilità, ma il mezzo per darle compiuta attuazione, una volta acclarato che nel diritto civile i rapporti non sorgono né si svolgono tra patrimoni <sup>(334)</sup>, bensì tra soggetti di diritto <sup>(335)</sup>, potrebbe ribadirsi che il patrimonio non sia propriamente *in obligatione* ma, tutt'al più, soltanto *in solutione* <sup>(336)</sup>, riconoscendo alla Novella societaria il merito d'aver assecondato, con gli artt. 2447 *bis* e ss., l'aspirazione della classe

---

<sup>(332)</sup> Quanto alle limitazioni legali della responsabilità patrimoniale, talvolta la legge sottrae taluni beni alla garanzia di tutti i creditori, senza eccezione alcuna: così è per i beni demaniali (art. 822 c.c.) e per quelli del patrimonio indisponibile dello Stato e degli altri enti territoriali locali (art. 826 c.c.), oltre che per i beni indicati all'art. 514 c.p.c., la cui impignorabilità, è bene sottolinearlo, comunque discende non già dall'intrinseca natura quanto, piuttosto, dalla destinazione che è loro data. Talaltra, invece, il patrimonio del debitore garantisce, sempre per legge, soltanto l'adempimento di alcune obbligazioni: così è per i creditori dell'eredità, che non potranno soddisfarsi sul patrimonio dell'erede che accetti con beneficio di inventario (art. 490 c.c.), e per quelli che, edotti dell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia, non potranno soddisfarsi sui beni che i coniugi avessero conferito nel fondo patrimoniale (art. 170 c.c.). In altri casi ancora la garanzia è ammessa, salvo esser però circoscritta ad una quota parte del patrimonio del debitore o del credito azionato: così è per la pignorabilità sino al quinto delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti (art. 545 c.p.c.) (REDENTI, *La pignorabilità del salario*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1906, 383, dove sono sottolineate le dannose implicazioni sociali dell'estensione della responsabilità patrimoniale anche ai beni strettamente necessari al sostentamento del debitore) e per la responsabilità sussidiaria dei coniugi in regime di comunione legale, limitata alla metà del credito (art. 190 c.c.).

<sup>(333)</sup> BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1946, 45 e 59 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1953, 187 ss. e 262 ss.

<sup>(334)</sup> *Contra* BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 615: «I rapporti giuridici di diritto privato corrono difatti *fra unità patrimoniali*, nell'interno delle quali non sempre l'individuo umano, solo o associato con altri individui, è parte integrante» (il corsivo è dell'A.).

<sup>(335)</sup> TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 274.

<sup>(336)</sup> FERRARA sr., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 658 ss., a confutazione delle teorie del Bonelli, con riguardo all'art. 1949 del codice civile del 1865: «L'*actio* del creditore è sempre un'*actio in personam*, solo la persona non è più nella sua totalità responsabile, ma solo come *soggetto di patrimonio*, perciò è l'*actio* nello stadio di realizzazione della responsabilità, diretta sul patrimonio».

imprenditoriale a che la responsabilità ne fosse limitata, per ciascun singolo affare, allo specifico patrimonio all'uopo destinato <sup>(337)</sup>.

Altro dal debito è la responsabilità: l'uno concerne la specifica prestazione dedotta *in obligatione*; l'altra l'intero patrimonio del debitore <sup>(338)</sup>. Pur non condividendosi l'assunto di quanti identifichino la responsabilità limitata nel «debito senza responsabilità» <sup>(339)</sup>, è indubbio che la teorica dei patrimoni separati molto debba alla pandettistica tedesca che per prima teorizzò i patrimoni di scopo (*Zweckvermögen*) e seppe altresì dissociare i concetti di debito e di responsabilità (*Schuld und Haftung*) <sup>(340)</sup>: quale tecnica più evoluta di localizzazione della responsabilità, il patrimonio separato muove dal presupposto che l'obbligazione possa non gravare sull'intero patrimonio del debitore, poiché la sanzione esecutiva è ridotta, *ex ante*, ad una quota parte di quel patrimonio, in ragione della devoluzione di scopo impressagli.

Secondo il tradizionale insegnamento, si ha responsabilità limitata «quando una certa categoria di beni appartenenti al debitore è sottratta all'azione esecutiva di tutti o di alcuni dei suoi creditori» <sup>(341)</sup>. Altro dalla responsabilità (*Haftung*) è il debito (*Schuld*), ed altro dalla limitazione della responsabilità, che riduce il «diritto dei creditori a soddisfarsi su qualsiasi bene del debitore, in modo che per certi crediti quel diritto viene concentrato su certi beni, senza però che per questo fatto l'importo di quei crediti debba necessariamente

---

<sup>(337)</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 2004, 18.

<sup>(338)</sup> Tra gli argomenti addotti a sostegno della scindibilità (e dunque della distinzione) del debito dalla responsabilità, la dottrina italiana s'è avvalsa delle (discusse e controverse) figure di «responsabilità senza debito», quali sarebbero la fideiussione, il pegno o l'ipoteca prestata da un terzo ed il condebito solidale, ovvero del «debito senza responsabilità» quale, invece, l'obbligazione naturale (DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di Castello, 1941, 29 ss.; nonché a ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, 487 ss. ove tutti i rilievi critici del caso). Se l'inesistenza d'una obbligazione in senso tecnico ha reso problematica la distinzione quanto alla fattispecie dell'art. 2034 c.c., una ipotesi di debito in assenza di responsabilità è stata invece scorta, oltre che nella fattispecie transeunte dell'insolvenza dell'obbligato (Invero, l'attuale insolvenza non corrisponde affatto all'assenza di responsabilità patrimoniale: il legislatore ha esteso la garanzia dell'art. 2740 anche ai beni che saranno acquisiti dal debitore inadempiente soltanto in epoca futura, di modo che, da quel momento, divengano passibili di pignoramento), proprio nell'impignorabilità, assoluta o relativa, del suo patrimonio, siccome soggetta a limitazione legislativa della responsabilità (LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, 315).

<sup>(339)</sup> Ed infatti, altro dall'assenza di responsabilità è limitarne l'estensione ad un complesso di beni o rapporti giuridici che non esauriscano l'intero assetto patrimoniale del debitore, seppur ciò precluda l'intera esazione coattiva del credito inadempito.

<sup>(340)</sup> Sulla dicotomia tra debito (*Schuld*) e rispondenza (*Haftung*), D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da D'Amelio, Firenze, 1943, p. 431 ss.

<sup>(341)</sup> NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1945, *sub art.* 2740, 11.

essere ridotto», è la limitazione del debito, nella quale «certi crediti sono, in vero, ridotti in una determinata misura, senza che il diritto dei creditori a soddisfarsi su qualsiasi bene del debitore (responsabilità patrimoniale) venga comunque diminuito» <sup>(342)</sup>.

Mentre la limitazione del debito incide sull'oggetto della prestazione dovuta, ed in specie sul *quantum debeatur*, la limitazione della responsabilità incide sui beni del patrimonio del debitore, limitandone ad alcuni soltanto l'azione esecutiva del creditore. I termini della distinzione sono bene esemplificati dalla responsabilità (non colposa) dell'ultimo comma dell'art. 1783 c.c., altra da quella dell'erede che accetti col beneficio dell'inventario <sup>(343)</sup>.

Analogo regime potrebbe prospettarsi nella responsabilità armatoriale, ove nell'art. 275 c. nav. fosse scorta una limitazione del debito (coerentemente, del resto, alla lettera della rubrica della norma) <sup>(344)</sup>. Se la natura del beneficio concesso all'armatore è controversa, è plausibile, invece, che l'ultimo comma dell'art. 275 c. nav. prefiguri un patrimonio separato, che peraltro potrebbe non coincidere con la limitazione della responsabilità (v. *infra*), laddove è stabilito che sulla somma alla quale è limitato il debito dell'armatore possano soddisfarsi i creditori soggetti alla limitazione, nell'ordine di preferenza del capoverso dell'art. 2741, ma «ad esclusione di ogni altro creditore» <sup>(345)</sup>.

---

<sup>(342)</sup> LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, 151, in nota 168, dove il distinguo è impiegato per descrivere in termini di limitazione della responsabilità (e non già del debito) il beneficio goduto dall'armatore della nave ex artt. 275 e ss. c. nav.

<sup>(343)</sup> Quando non versi in colpa (art. 1785 *bis*), delle cose portate dal cliente in albergo l'albergatore risponde nel limite dell'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio giornaliero (art. 1783, comma 3): propriamente si tratterebbe, qui, di limitazione del debito, non della responsabilità, atteso che il cliente potrebbe rivalersi, sino alla concorrenza del massimale di legge, su tutti i beni dell'albergatore, la cui responsabilità non è limitata, ad esempio, al solo complesso aziendale destinato all'attività alberghiera.

<sup>(344)</sup> Il punto invero è piuttosto controverso, benché la giurisprudenza, scomposta l'obbligazione nel duplice elemento del debito e della responsabilità, abbia conseguentemente concluso che «la limitazione del debito armatoriale incide sicuramente ed in via immediata sulla obbligazione in quanto esso per prima cosa limita l'oggetto della prestazione dovuta, ma non incide, almeno direttamente, sulla responsabilità, nulla rilevando che l'acquisizione del beneficio sia connessa ad una manifestazione di volontà del debitore e condizionata da una predeterminata garanzia patrimoniale (deposito della somma limite). Né rileva alcunché che, occasionalmente, tutti i crediti possano essere soddisfatti nella loro interezza, essendo determinante invece la predeterminazione, da parte del legislatore, della somma destinata al soddisfacimento dei crediti, quale che sia il loro ammontare»: cfr. App. Venezia, 10 agosto 1978, in *Dir. maritt.*, 1978, 462, nei motivi. Si legge, sempre in parte motiva, che «anche in casi come quello del limite del risarcimento complessivo dovuto dall' esercente dell'aeromobile per danni a terzi sulla superficie (art. 967 c. nav.) i crediti dei danneggiati possono trovare piena soddisfazione senza che la dottrina abbia mai dubitato dell'esistenza di una ipotesi di limitazione del debito».

<sup>(345)</sup> Altro dalla causa di prelazione che la modifichi, derogandovi, è il patrimonio separato che di contro elide totalmente la *par condicio creditorum*.

Nell'art. 490 c.c. è invece stabilito che l'erede è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati non «oltre il valore dei beni a lui pervenuti» (comma 2), il che potrebbe sottendere, almeno *prima facie*, una responsabilità analoga a quella del terzo comma dell'art. 1783 c.c., se non fosse per la correlazione sistematica col successivo art. 497 c.c., a norma del quale «l'erede non può essere costretto al pagamento con i propri beni»<sup>(346)</sup>, quando abbia regolarmente adempiuto all'obbligo di presentare il conto<sup>(347)</sup>. L'erede succede nel debito del *de cuius*, non acquista beni gravati da un onere o vincolo reale (come avverrebbe, invece, per il terzo acquirente dell'immobile ipotecato) giacché, diversamente, dovrebbe prefigurarsi una debito senza obbligato o, se si vuole, una «responsabilità senza debito»<sup>(348)</sup>. Ed è in qualità di debitore che dei debiti e dei legati l'erede risponde nel limite del valore dei beni ereditati (*intra vires hereditatis*), senza che i creditori del defunto ed i legatari possano peraltro espropriarne, nemmeno in via sussidiaria, i beni personali (*cum viribus hereditatis*)<sup>(349)</sup>: per questo la giurisprudenza ammette la legittimazione passiva in proprio dell'erede nel giudizio di condanna al pagamento dell'intero debito ereditario, salva l'eccezione di responsabilità limitata entro il valore dei beni ereditari<sup>(350)</sup>.

Alla stessa stregua s'è qualificata in termini di limitazione del debito il patto in favore del socio che non agisca in nome e per conto della società, a norma dell'art. 2267 c.c.: il debito sarebbe limitato, qui, al valore quota di partecipazione, salvo il diritto del creditore sociale di soddisfarsi su ogni bene del socio-debitore solidale<sup>(351)</sup>. diversamente da quanti per contro vi intravedono una limitazione di responsabilità in senso proprio, analoga a quella

---

Quanto alla configurabilità, nell'art. 275 c. nav., d'un mezzo di limitazione del patrimonio destinato al soddisfacimento del debito, BERLINGIERI, *Armatore ed esercente di aeromobile*, in *Dir. maritt.*, 1957, p. 307.

<sup>(346)</sup> Pur mancando, nel corpo dell'art. 586, una clausola corrispondente a quella dell'art. 497, è da ritenere che in analoga condizione versi lo Stato che, in assenza d'altri successibili, risponde dei debiti ereditari e dei legati non oltre il valore dei beni acquistati (art. 586, 2° comma, c.c.).

<sup>(347)</sup> In senso conforme, MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 8.

<sup>(348)</sup> La condizione dell'erede non può associarsi a quella del terzo acquirente d'immobile ipotecato che, pagando il creditore ipotecario, non è liberato dal debito proprio, prefigurando un adempimento del terzo (art. 1180), sebbene nell'interesse proprio (alla liberazione della *res empti* dal vincolo reale): *contra* FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 331.

<sup>(349)</sup> Per questo si tratterebbe di limitazione della responsabilità, benché autorevole dottrina intraveda nella fattispecie anche la contestuale limitazione del debito: GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 185.

<sup>(350)</sup> Cass., 14 marzo 2003, n. 3791, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2747.

<sup>(351)</sup> BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1991, *sub* art. 2740, 63.

di cui godono gli associati, anche nell'associazione non riconosciuta, i soci accomandanti e quelli delle altre società di capitali <sup>(352)</sup>.

In questo contesto, il limite dimensionale del dieci per cento del patrimonio sociale netto, oltre il quale non è consentita la separazione patrimoniale dell'art. 2447 *ter*, non prefigurerebbe una limitazione del debito, ma una limitazione della responsabilità. E' in questo senso che va letta ed interpretata la clausola del terzo comma dell'art. 2447 *quinquies*, dov'è stabilito che delle obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde «nei limiti del patrimonio ad esso destinato». Ove il legislatore delegato della riforma societaria avesse in materia accolto una norma corrispondente a quella dell'art. 1783 c.c., delle obbligazioni contratte nella realizzazione dello specifico affare la società avrebbe sì risposto non oltre il valore del dieci per cento del patrimonio netto, ma con tutti i suoi beni (presenti e futuri), dunque senza distinzione tra creditori della massa separata e creditori generali della società. La limitazione del debito avrebbe distolto i beni separati dall'affidamento in essi riposto dal creditore dello specifico affare <sup>(353)</sup>, privando l'istituto della peculiare funzione di garanzia (*cavendi causa*).

## 11. La responsabilità limitata e il patrimonio separato

Il pregio dei patrimoni destinati allo specifico affare (art. 2447 *bis* ss.) è, all'evidenza, nella diversificazione del rischio d'impresa devoluta dal legislatore all'autonomia privata, quindi nella separazione che (di regola) preserva la società dalle azioni esecutive dei creditori del patrimonio destinato, incoraggiando l'intrapresa di nuove attività e favorendo, quindi, la massima circolazione della ricchezza. Non è corretto, tuttavia, identificare il patrimonio separato, quale genere d'appartenenza del patrimonio dell'art. 2447 *bis*, con la limitazione della responsabilità <sup>(354)</sup>, poiché, diversamente, non si comprenderebbe perché l'atto di destinazione non possa, *sic et simpliciter*, considerarsi nullo: altro dalla causa devolutiva di quell'atto sarebbe, difatti, considerarne la limitazione di responsabilità la minima unità effettuale, che sempre prefigurerebbe una frode al divieto dell'art. 2740 c.c. <sup>(355)</sup>.

---

<sup>(352)</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, 499.

<sup>(353)</sup> E segnatamente del terzo sovventore dell'affare, specie *ex art. 2447 decies* c.c.

<sup>(354)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, 12 ss., che nella commistione di quei concetti giuridici intravide un «evidente errore di metodo, giacché la limitazione della garanzia è predisposta per il perseguimento di una funzione, ma non può essere la funzione del patrimonio separato».

<sup>(355)</sup> Sull'illiceità della causa desunta dallo scopo in concreto divisato dai contraenti, Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4: «La causa del contratto si identifica con la

Pur integrandone la caratteristica fisionomica, la limitazione di responsabilità non può dunque costituire il fine primario (o addirittura esclusivo) divisato dal disponente, trattandosi, piuttosto, d'effetto conseguente alla funzionalizzazione della massa separata, al pari del vincolo di inalienabilità-indistrainabilità dallo scopo (cui rimedierebbe, tuttavia, il meccanismo della surrogazione reale). Per questo la destinazione dell'art. 2645 *ter* non muta la *ratio* dell'art. 2740 c.c., talché l'interesse meritevole di tutela ivi contemplato non possa esaurirsi nella immunità del disponente alle azioni esecutive dei suoi creditori <sup>(356)</sup>. La riprova è nei precedenti giurisprudenziali sul *trust* interno con finalità abusive o fraudolente <sup>(357)</sup>, benché, sul piano dei rimedi, debba distinguersi tra separazione patrimoniale in frode alla legge, affetta da nullità, e separazione patrimoniale in frode dei creditori (ovvero dei legittimari) al cui proposito elusivo rimedierebbe (non già la nullità, per contrarietà all'ordine pubblico economico, bensì) la tutela revocatoria (ovvero, in ambito successorio, l'azione di riduzione) <sup>(358)</sup>.

Parte della dottrina non è persuasa della effettiva incidenza del patrimonio separato sulla responsabilità dell'art. 2740 c.c. <sup>(359)</sup>. Per questo, quanto ai dispositivi di tutela dei terzi creditori o aventi causa, alla declaratoria di nullità s'è preferita, benché talvolta difficoltosa da esperirsi, la revocatoria, ordinaria o fallimentare, dell'atto di destinazione.

Quand'anche se ne escludesse la più severa sanzione della nullità, il patrimonio separato in frode dei creditori incorrerebbe nella sanzione dell'art. 388 c.p., con la quale è punito <sup>(360)</sup> chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna o dei quali sia in corso l'accertamento dinanzi l'Autorità giudiziaria,

---

funzione economico sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle due parti si propone di realizzare; ne consegue che si ha illiceità della causa, sia nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge, qualora entrambe le parti attribuiscono al negozio una funzione obiettiva volta al raggiungimento di una comune finalità contraria alla legge».

<sup>(356)</sup> PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 181.

<sup>(357)</sup> Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295.

<sup>(358)</sup> Questo, almeno, quando si convenga che l'abuso della separazione patrimoniale concreti, escluso nell'art. 2740 un principio d'ordine pubblico (come già dimostrarono la legge che ammise la società unipersonale e la ratifica della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento del *trust* del diritto straniero), un atto in frode dei creditori, non anche in frode alla legge.

<sup>(359)</sup> FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 31: «ragionando diversamente tutti gli atti di alienazione, e, più in generale tutti gli atti di disposizione, dovrebbero considerarsi come limitativi della responsabilità patrimoniale e ricadere sotto il divieto posto dall'art. 2740 c.c. E se non lo sono gli atti di alienazione *a fortiori* non possono esserlo gli atti di separazione, che certamente rappresentano un *minus* rispetto ad essi».

<sup>(360)</sup> Con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 ad euro 1032.

compia atti simulati o fraudolenti, sui beni propri o altrui. La giurisprudenza lo ha stabilito con riguardo al *trust* <sup>(361)</sup>, ma la regola dovrebbe necessariamente valere anche per le altre fattispecie, e segnatamente per il fondo patrimoniale, spesso impiegato proprio per finalità elusive <sup>(362)</sup>.

E' bene precisare che l'art. 2740 c.c. implica uno *status* debitorio di soggezione, ma non attribuirebbe, per ciò solo, una corrispondente pretesa al creditore, qualificabile in termini di diritto soggettivo perfetto <sup>(363)</sup>, affinché il debitore preservi la garanzia generica offerta nel momento in cui sorse l'obbligazione <sup>(364)</sup>: se così non fosse, quella potestà

---

<sup>(361)</sup> Cass., 23 novembre 2004, n. 48708, in *Riv. pen.*, 2005, 582, proprio con riguardo al *trust* in danno dei creditori, rispetto ai quali alla sentenza è equiparato il lodo arbitrale di condanna del promissario acquirente inadempiente.

Sul tema, LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, p. 333 ss.

<sup>(362)</sup> L'asserto è supportato da copiosa casistica giudiziale. Si vedano, con riguardo alle sole pronunce degli ultimi anni, Cass., 7 marzo 2005, n. 4933, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 3; Cass., 23 settembre 2004, n. 19131, *ivi*, 2004, 9; Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, in *Giust. civ.*, 2005, I, 997; Cass., 17 marzo 2004, n. 5402, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3; Trib. Napoli, 6 dicembre 2001, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, II, 482; Cass., 15 marzo 2001, n. 6665, in *Giust. civ.*, 2003, I, 174; Cass., 27 marzo 2001, n. 4422, *ivi*, 2001, I, 2654; Cass., 29 novembre 2000, n. 15297, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2461; Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2584; Trib. Taranto, 22 marzo 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 1258; Cass., 22 gennaio 1999, n. 591, in *Giur. it.*, 2000, 516; Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, in *Fall.*, 1998, 679; Trib. Napoli, 16 gennaio 1997, in *Giur. merito*, 1998, 449; Trib. Nocera Inferiore, 14 marzo 1996, *ivi*, 1997, 294; Trib. Milano, 17 novembre 1994, in *Gius.*, 1995, 456; Cass., 18 marzo 1994, n. 2604, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 340.

<sup>(363)</sup> La tutela dell'interesse creditorio ha indotto a strutturare la responsabilità patrimoniale dell'art. 2740 c.c. quale autonomo rapporto giuridico, così da attribuirle finanche la natura di diritto soggettivo: cfr. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, p. 287.

<sup>(364)</sup> Condivisibile, dunque, l'assunto per cui l'art. 2740 non configurerebbe né un obbligo in senso tecnico del debitore, né un diritto soggettivo perfetto in capo al creditore: in questi termini ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, 497. In senso conforme NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974, 2, dove si esclude che, per quanto rilevante, l'interesse creditorio alla garanzia generica dell'art. 2740 c.c. «possa assumere una propria posizione autonoma e, quindi, la veste di un'autonoma (rispetto al credito) situazione di vantaggio (a sua volta qualificabile in termini di diritto soggettivo) avente a contenuto una pretesa, cui dovrebbe, poi, corrispondere, nel debitore, uno specifico obbligo a mantenere nel proprio patrimonio beni sufficienti ad assicurare che, in caso di inadempimento, il creditore possa ottenere coattivamente l'equivalente pecuniario della prestazione».

In buona sostanza, se la giurisprudenza ha riconosciuto un diritto all'integrità del proprio patrimonio (si pensi ai precedenti sulla risarcibilità della *chance* perduta), è dunque difficile ipotizzare un analogo diritto all'integrità dell'altrui patrimonio, e segnatamente all'integrità del patrimonio del proprio debitore, in funzione dell'azione esecutiva che l'avente diritto eserciterebbe in caso di inadempimento: al riguardo potrebbe ravvisarsi, tutt'al più, un interesse legittimo di diritto privato, giammai un diritto soggettivo (GENTILE, *Il nuovo codice civile commentato*, libro sesto, *Della tutela dei diritti*, Napoli, 1958, *sub* art. 2740, p. 195).

Altro è, invece, la responsabilità del terzo che privi il creditore della garanzia generica fornitagli dal patrimonio del proprio debitore (inadempiente). Si tratterebbe, in questo caso, di responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.), ma non propriamente per induzione all'inadempimento, posto che altro dal debito è la correlativa responsabilità patrimoniale: esemplificativa, in questo

creditoria equivarrebbe ad un diritto reale di garanzia, ed in specie ad una sorta di pegno generale sulla totalità dei beni del debitore; né si comprenderebbe perché l'azione pauliana non richieda soltanto l'*eventus damni*, necessitando altresì della dolosa preordinazione dell'atto dispositivo (art. 2901 c.c.)<sup>(365)</sup>.

Come non incorre in responsabilità il creditore che pignori beni il cui valore sopravanzi l'importo del credito inadempito, parimenti non incorrerebbe in alcuna sanzione il debitore che riducesse, per effetto della costituzione del patrimonio separato, la garanzia generica sulla quale fece affidamento il creditore, cui la legge appresta appositi dispositivi di tutela. Non induce a diverse conclusioni né l'art. 641 c.p., che punisce chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contragga una obbligazione col proposito di non adempierla, né quella dell'art. 218 legge fall., col quale è analogamente punito l'abusivo ricorso al credito dell'imprenditore commerciale che dissimuli il proprio dissesto: a ben vedere, il disvalore sociale della condotta incriminata non è nel non aver conservato l'integrità dell'originaria garanzia (generica), bensì nell'aver assunto l'obbligazione nella consapevolezza d'arrecare ad altri un ingiusto pregiudizio<sup>(366)</sup>.

## **12. Il patrimonio destinato allo specifico affare quale paradigma di patrimonio separato**

I patrimoni destinati allo specifico affare dimostrano che il patrimonio può scindersi in masse distinte, senza che ne muti la titolarità o appartenenza, smentendo il dogma

---

senso, la responsabilità degli amministratori per il danno arrecato ai creditori che fecero affidamento sull'integrità del patrimonio della società loro debitrice (Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 75; in *Danno e resp.*, 1999, p. 341; in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 1318, dove si legge che la responsabilità dell'amministratore sorge se ed in quanto abbia (colposamente) cagionato una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da renderlo inidoneo per difetto ad assolvere la funzione di garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. In senso conforme, v. anche il Trib. Monza, 13 gennaio 2000, in *Giur. milanese*, 2000, p. 250).

<sup>(365)</sup> MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 7.

<sup>(366)</sup> Ne prende atto ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, 499.

Ad opposta conclusione pare conduca, invece, l'art. 388 c.p., in materia d'atti simulati o fraudolenti commessi da chi intenda sottrarsi all'adempimento di obblighi civili per i quali sia emessa una sentenza di condanna. D'altra parte, come è tenuto ad assicurare la possibilità della esecuzione coattiva della prestazione *in obligatione*, così il debitore potrebbe ritenersi parimenti tenuto a garantire la destinazione dei propri beni all'espropriazione forzata, se non fosse, però, che una argomentazione di tal fatta condurrebbe inevitabilmente a prefigurare quali elementi costitutivi dell'obbligazione tanto il dovere di prestazione, quanto quello di conservazione della garanzia patrimoniale, con conseguente identità dei concetti di debito e responsabilità (*Schuld und Haftung*).

giusnaturalistico della sua universalità ed indivisibilità <sup>(367)</sup>. Ed infatti, se ogni persona giuridica ha un patrimonio autonomo, e se non ogni patrimonio autonomo è persona giuridica <sup>(368)</sup>, la separazione patrimoniale dell'era contemporanea elide l'esigenza di configurare un patrimonio adespota per giustificare la deroga all'art. 2740 c.c. a soggettività invariata nel presupposto che, comunque, il patrimonio non concreti un centro di imputazione di rapporti giuridici a sé stante, necessitando d'un referente soggettivo <sup>(369)</sup>.

La delibera dell'art. 2447 *ter* c.c. non sovverte la concezione soggettivista del patrimonio di *civil law* che ancora conserva gli attributi romanistici della pienezza ed esclusività poiché, diversamente dalla *trust property*, non vi sarebbe dissociazione alcuna tra proprietà formale e proprietà sostanziale <sup>(370)</sup>, trattandosi d'affidamento a sé stesso ma, questa volta, sempre con godimento nell'interesse proprio, talché l'unico elemento d'estrinseca coesione delle masse separate sia davvero la titolarità della medesima società commerciale.

Poiché chi amministra il patrimonio destinato allo specifico affare sono i medesimi organi gestori societari, è definitivamente superata l'illusione per la quale per patrimonio separato debba intendersi il solo nucleo patrimoniale sottratto all'amministrazione del

---

<sup>(367)</sup> Realizzato (o divenuto impossibile) l'affare, gli amministratori o il consiglio di gestione redigono un rendiconto finale che, accompagnato da una relazione dei sindaci e del revisore contabile, è depositato presso l'ufficio del registro delle imprese: la riprova che il patrimonio destinato appartenga alla società è nel fatto che, integralmente liquidate le passività dell'affare, le attività sopravanzate si confondano col patrimonio sociale di derivazione, come accade per l'eredità accetta con beneficio di inventario, una volta soddisfatte le pretese dei creditori ereditari e legatari.

<sup>(368)</sup> Questa la conclusione cui giunse FERRARA sr., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 680, nella sua critica al saggio di Bonelli pubblicato nella stessa rivista l'anno precedente.

<sup>(369)</sup> E' proprio questo l'impianto concettuale sul quale il diritto romano fondò la categoria delle *res nullius* e quella delle *res extra commercium*, insuscettibili d'appartenere ad alcuno in ragione della peculiare destinazione (si pensi ai beni del demanio). Ed a logiche del tutto analoghe doveva rispondere, evidentemente, anche la categoria delle *res communes omnium*, ove furono inclusi quei beni che, appartenendo a tutti, in sostanza non appartenevano ad alcuno ma non, questa volta, per l'intrinseca loro natura, bensì per l'assenza d'un interesse del singolo a riservarne a sé il dominio o il godimento esclusivo.

A ben vedere, l'accostamento delle *res nullius* ai patrimoni adespota della dottrina pandettistica tedesca evidenzia come gli aspetti più controversi in materia non concernano i profili descrittivi, bensì quelli attinenti alla titolarità che ben presto da criterio di classificazione dei beni diverrà lo statuto giuridico della responsabilità patrimoniale del debitore.

<sup>(370)</sup> Sebbene non manchino precedenti in cui è contestata sia la dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale (*equitable ownership*), sia la contestuale sussistenza di plurimi diritti reali a diverso contenuto, risolvendosi l'intero fenomeno in una piena attribuzione traslativa, con obbligazione dell'avente causa in favore del terzo (se non dello stesso dante causa): cfr. Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in motivazione.

titolare per essere affidato alla gestione di un terzo <sup>(371)</sup>. Parimenti, i patrimoni degli artt. 2447 *bis*-2447 *decies* c.c. hanno disatteso l'assunto per cui il patrimonio separato consti di beni (o rapporti) per legge destinati alla realizzazione d'uno scopo sì particolare, ma che necessariamente risponda, tuttavia, ad interessi estranei alla sfera soggettiva del titolare o conferente <sup>(372)</sup>.

Limitare la responsabilità dell'art. 2740 c.c. altro non significa se non sottrarre uno o più beni del debitore all'azione esecutiva di un creditore ovvero d'una categoria omogenea di creditori <sup>(373)</sup>. Per questo la Riforma societaria indirettamente ha corretto, in assenza di definizione legislativa <sup>(374)</sup>, la classica nozione dottrinale di patrimonio <sup>(375)</sup>, concepito quale complesso unitario di beni e rapporti imputati al medesimo soggetto <sup>(376)</sup>, in funzione della

---

<sup>(371)</sup> Su questi aspetti, specie con riguardo alle dottrine germaniche, PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 11 ss.

<sup>(372)</sup> FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 676.

<sup>(373)</sup> NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, *sub artt.* 2740-2899, Bologna-Roma, 1945, p. 11.

<sup>(374)</sup> Una singolare costante delle codificazioni dell'era moderna ispiratesi al *Code Napoléon* è l'assenza d'una formula che descriva o definisca il concetto giuridico di patrimonio. In questo senso, non fece eccezione il legislatore italiano del 1942, che non fornì alcuna nozione di patrimonio, e tanto meno di patrimonio separato, benché già ne fossero espressione gli istituti della dote, del patrimonio familiare e dell'eredità beneficiata.

Pur non fornendone alcuna espressa nozione o organica disciplina, il codice civile del 1942 fa comunque largo impiego del concetto giuridico di patrimonio. Senza alcuna pretesa di completezza, ne recano espressa menzione le norme che disciplinano le persone giuridiche del primo libro (artt. 16, 1° e 2° comma, 24, ultimo comma, 28 e 30 c.c., mentre analoga previsione era contenuta nel secondo comma dell'art. 33 c.c., relativo alla registrazione della persona giuridica nell'apposito registro, abrogato dall'art. 11, 1° comma, lett. d), del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361), il regime dei beni dell'assente (art. 48 c.c.) e dello scomparso (artt. 51 e 56 c.c.), l'amministrazione dei beni del minore (art. 334 c.c.). Il medesimo concetto compare altresì nel diritto di famiglia, quanto alla comunione legale tra coniugi (art. 192 c.c.), in materia successoria, quanto alla separazione del patrimonio dell'erede da quello del defunto (artt. 490 e 514 c.c.), ed è il referente primario del rimedio revocatorio dell'art. 2901 c.c. Alla gestione di «patrimoni» mobiliari (ora, giusta l'art. 24 t.u.f., gestione di portafogli di investimento) alludeva l'art. 8 della legge 2 gennaio 1991, n. 1. In materia societaria, il concetto di patrimonio ricorre, in particolare, negli artt. 2325 e 2447 *bis* c.c., relativi alla responsabilità della società di capitali ed ai cespiti che la stessa dedichi a specifici affari. In termini di patrimonialità sono invece aggettivati il fondo costituito dai coniugi per soddisfare i bisogni della famiglia (art. 167 c.c.), la prestazione dedotta in obbligazione a norma dell'art. 1174 c.c. ed il rapporto giuridico che il contratto costituisce, regola ed estingue ai sensi dell'art. 1321 c.c. E' parimenti patrimoniale anche il danno ingiusto dell'art. 2043 c.c., così da contrapporlo a quello risarcibile a norma dell'art. 2059 c.c., nonché la responsabilità dell'art. 2740 c.c.

<sup>(375)</sup> Sulla nozione di patrimonio quale «costruzione intellettuale dei giuristi» GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 155.

<sup>(376)</sup> Benché la divergente rappresentazione quale complesso di beni (e non già di diritti) abbia condotto a qualificarlo quale oggetto di diritto, il patrimonio è dunque contraddistinto, in tutte le definizioni dottrinarie succedutesi nel corso degli anni, dal duplice requisito della riferibilità ad un medesimo soggetto di diritto e della suscettibilità di stima economica, rappresentandone gli elementi quali valori di scambio o valori d'uso. Cfr., TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 273; DURANTE, voce *Patrimonio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 1.

*par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.)<sup>(377)</sup>: il correttivo è nel criterio di imputazione, non più quello (soggettivo) connesso alla mera titolarità, bensì quello (oggettivo) della devoluzione di scopo, così che l'unitarietà divenga un attributo solo estrinseco al patrimonio della società.

In passato s'osservò come l'attribuzione d'una personalità giuridica al patrimonio separato non avrebbe sollevato l'interprete dalla più grave questione di riconoscerne l'effettiva titolarità di diritti e doveri<sup>(378)</sup>. A questo riguardo s'osservi, ora, che la responsabilità della società è responsabilità limitata in senso proprio, quando circoscritta ai beni e rapporti descritti nella delibera costitutiva dell'art. 2447 *ter*, lett. b), non irresponsabilità per i debiti del patrimonio destinato allo specifico affare. Per questo, in un sistema che definisce l'imprenditore (art. 2082 c.c.) ma non anche l'impresa, può dirsi che i patrimoni destinati allo specifico affare traggano legittimazione proprio dalla riserva di legge del capoverso dell'art. 2740 c.c.<sup>(379)</sup>.

---

<sup>(377)</sup> L'indivisibilità del patrimonio strumentale alla *par condicio creditorum* in dottrina è stata auspicata per «ragioni di certezza del diritto, in quanto non sarebbe chiaro o accertabile con facilità se un bene rientri o meno nel patrimonio per così dire ordinario o generale, ovvero in un patrimonio speciale; per ragioni di tutela del creditore e dei terzi, che potrebbero vedersi opporre limiti, vincoli, ostacoli, alle loro azioni esecutive per soddisfare i propri interessi; per ragioni di circolazione giuridica dei beni, in quanto i vincoli sono mal tollerati perché ostacolano il traffico giuridico e rendono frastagliato e impacciato il mercato»: così ALPA, *I principi generali*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, 286 ss.

<sup>(378)</sup> VOCINO, voce *Patrimoni separati*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, fondato da Scialoja, V, 1, Milano, 1939, p. 232.

<sup>(379)</sup> Ed in questa prospettiva, l'unipersonalità della S.p.A. ha reso ineludibile una riflessione critica sul dogma d'alterità della società di capitali rispetto alle persone dei soci che sola oramai varrebbe, sul piano delle convenzioni semantiche, a distinguere l'autonomia dalla separazione dei patrimoni.

## CAPITOLO III

### Sezione I

#### **Il fondo patrimoniale**

SOMMARIO: 1. La costituzione del fondo patrimoniale. - 2. Il fondo patrimoniale come patrimonio separato. - 3. Natura ed estensione del vincolo di scopo. - 4. L'oggetto del vincolo di scopo e l'evidenza pubblicitaria. - 5. La revocatoria del fondo patrimoniale. - 6. Il fallimento del coniuge. - 7. L'equivalenza delle fonti dell'obbligazione agli effetti della responsabilità del fondo patrimoniale. - 8. L'opponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito. - 9. L'impignorabilità del fondo per le sole obbligazioni da contratto. - 10. La cessazione del fondo patrimoniale.

#### **1. La costituzione del fondo patrimoniale**

Dalla lettera dell'art. 167 si evince che il fondo patrimoniale è quel complesso composito di beni che ciascun coniuge (destinazione c.d. statica), quando non vi provveda un terzo (destinazione c.d. dinamica), possa destinare «a far fronte ai bisogni della famiglia», dunque al soddisfacimento dei bisogni propri e dei loro discendenti legittimi, legittimati o adottivi.

Quando i beni che lo compongono siano conferiti dai coniugi, il fondo patrimoniale, strutturalmente analogo al *trust* autodichiarato, dev'essere costituito per atto pubblico, al pari della destinazione (atipica) dell'art. 2645 *ter* e dell'atto costitutivo della fondazione (art. 14 c.c.). E' invece ammessa la costituzione testamentaria della destinazione (c.d. dinamica) ai bisogni familiari, quando al conferimento provveda il terzo. In ogni caso, si tratterà d'un atto di liberalità essenzialmente gratuito, perciò soggetto sia alle norme sulla donazione sia, riducendo la garanzia patrimoniale generica *ex* art. 2740, al rimedio revocatorio, ordinario (art. 2901 c.c.) o fallimentare (art. 64 l. fall.) (*v. infra*).

La gratuità non può essere esclusa adducendo che i coniugi, costituendo il fondo patrimoniale, adempiano all'obbligo giuridico di far fronte ai bisogni della famiglia, in funzione della tutela della solidarietà familiare: per la Corte di Cassazione, altro dall'obbligo di contribuzione dell'art. 143 c.c. è la costituzione del patrimonio destinato dell'art. 167 c.c. che ha essenza e finalità certamente distinte ed ulteriori, non consistenti nella soddisfazione dei bisogni della famiglia, ma nel vincolare alcuni beni a tale scopo, anche solo eventuale, sì da sottrarli alla garanzia generica di tutti i creditori <sup>(380)</sup>.

---

<sup>(380)</sup> Così nei motivi della Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, in *Giust. civ.*, 2005, I, 997, che testualmente concludono escludendo che la costituzione del fondo patrimoniale possa considerarsi *ex se*, ricadendo così in una delle esenzioni previste dalla seconda parte dell'art. 64 l. fall., come atto

Quand'anche costituito da entrambi i coniugi, la struttura del fondo patrimoniale equivarrebbe, in sostanza, a quella della dichiarazione unilaterale di *trust*; quando a costituirlo fosse un terzo, invece, l'analogia strutturale riguarderebbe l'attribuzione traslativa della massa separata al *trustee* <sup>(381)</sup>. In ogni caso, una volta conferito nel fondo, il bene d'esclusiva proprietà del coniuge conferente cesserebbe d'esser tale, divenendone comproprietari entrambi i coniugi <sup>(382)</sup>, salvo che non fosse diversamente stabilito nell'atto di costituzione (art. 168 c.c.).

La costituzione del fondo patrimoniale non muta la titolarità dei beni conferiti dai coniugi, imprimendovi soltanto un vincolo di destinazione, affinché con i loro frutti sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Per questo deve escludersi l'insorgenza d'un diritto soggettivo, reale o personale, in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, ai quali non spetterebbe alcuna azione diretta alla realizzazione dello scopo <sup>(383)</sup>, diversamente da quanto previsto per i beneficiari dell'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter*, né una legittimazione passiva nei confronti dei creditori che agissero in revocatoria <sup>(384)</sup>.

## 2. Il fondo patrimoniale come patrimonio separato

---

compiuto in adempimento di un dovere morale nei confronti dei componenti della famiglia, a meno che non si dimostri in concreto l'esistenza di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del *solvens* di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione.

<sup>(381)</sup> LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, 246.

<sup>(382)</sup> Principio desumibile dai precedenti che, in materia di azione revocatoria, ne hanno attribuito la legittimazione passiva ad entrambi i coniugi, non al solo coniuge debitore che avesse destinato il bene in sua proprietà esclusiva a far fronte ai bisogni della famiglia: cfr. Cass., 17 marzo 2004, n. 5402, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3.

<sup>(383)</sup> Azione che, esemplificando, i figli potrebbero esercitare nei confronti del genitore che distragga i beni dallo scopo di destinazione, ovvero li confonda con i propri.

<sup>(384)</sup> Cass., 17 marzo 2004, n. 5402, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3: «I figli dei coniugi che hanno proceduto alla costituzione di un fondo patrimoniale non sono parte necessaria nel giudizio, promosso dal creditore con azione revocatoria, diretto a far valere l'inefficacia di tale costituzione, giacché il fondo patrimoniale non viene costituito a beneficio dei figli, ma per far fronte ai bisogni della famiglia, com'è confermato dal fatto che esso cessa con l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 171 c.c.). E la circostanza che il giudice, all'atto della cessazione del fondo patrimoniale, possa attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo stesso, non può essere valorizzata al punto di attribuire ai figli stessi la legittimazione passiva nei giudizi che investano il fondo patrimoniale, trattandosi di mera eventualità i cui presupposti devono essere verificati soltanto al momento della cessazione del fondo».

Con il divieto di costituzione della dote <sup>(385)</sup> e l'abolizione del patrimonio familiare, il fondo patrimoniale, introdotto con la Riforma del diritto di famiglia del 1975, attualmente è la sola convenzione matrimoniale che consenta ai coniugi la destinazione di uno o più beni alla soddisfazione dei bisogni familiari <sup>(386)</sup>: è per questo, dunque, che l'istituto è solitamente incluso nel novero dei patrimoni separati <sup>(387)</sup>, in quanto destinato al soddisfacimento di specifici scopi che prevalgono sulla funzione di garanzia per la generalità dei creditori <sup>(388)</sup>.

La responsabilità del fondo patrimoniale è analoga a quella dell'art. 2645 *ter* <sup>(389)</sup>, ma differisce da quella dei patrimoni destinati allo specifico affare, per i quali opererebbe una separazione patrimoniale perfetta, quando la deliberazione costitutiva non disponesse diversamente (art. 2447 *quinquies*, comma 3). Lo si deduce dalla lettera dell'art. 170 c.c., dov'è disposto che «l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia», senza preclusione alcuna, tuttavia, circa la pignorabilità dei beni residui, in caso di incapienza del fondo destinato *ad sustinenda onera matrimonii*: il debito in esubero graverebbe, perciò, sul patrimonio personale del coniuge, sebbene in misura variabile a seconda del regime patrimoniale prescelto.

---

<sup>(385)</sup> Nella teoria generale del patrimonio separato, il patrimonio dotale è assunto ad eccezione alla regola della indefettibile indistruttibilità dallo scopo di destinazione in corrispondenza della impignorabilità derivante dalla limitazione della garanzia dell'art. 2740, quando i coniugi avessero convenuto, nel costituirlo, la libera disponibilità dei beni dotali: PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 24, in nota 82.

<sup>(386)</sup> Un vincolo di destinazione figurava anche nella dote, apportata al marito «per sostenere i pesi del matrimonio» (art. 177 c.c.), e nel patrimonio familiare, costituito dai coniugi per destinarne ogni utilità «a vantaggio della famiglia» (art. 165 c.c.). Sull'ammissibilità d'una trasformazione del patrimonio familiare in fondo patrimoniale, v. Trib. Genova, 3 febbraio 1989, in *Dir. famiglia*, 1991, 580.

<sup>(387)</sup> CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, Torino, 2001, 85; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, Milano, 1996, 32; AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, *Comm. cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, *sub* art. 167, 21; DEL VECCHIO, *Contributo all'analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo*, in *Riv. not.*, 1980, 325; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1977, 515. Nel senso che il fondo patrimoniale costituisca, invece, un patrimonio autonomo, LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 1991, 54.

<sup>(388)</sup> Principio espressamente ribadito, da ultimo dalla Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2584.

<sup>(389)</sup> Ed infatti, i beni conferiti nel patrimonio separato dell'art. 2645 *ter* ed i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per tale scopo.

Sebbene si discuta sulla valenza innovativa della fattispecie <sup>(390)</sup>, è indubbio che l'art. 170 c.c. riproduca, quanto meno, il limite alla espropriabilità che, in deroga al generale principio dell'art. 2740 c.c., già trovò compiuta espressione, sebbene limitatamente ai frutti dei beni conferiti, con riguardo agli istituti della dote e del patrimonio familiare, vigenti sino alla Riforma del 1975. Anche in questo caso la limitazione di responsabilità giova ai coniugi, ma parimenti ne beneficiano i creditori della massa separata, talché la clausola di garanzia esclusiva favorisca l'accesso al credito destinato a soddisfare i bisogni della famiglia, sulla falsariga di quel che accade per l'apporto di terzi nei patrimoni destinati allo specifico affare <sup>(391)</sup>.

In materia è peraltro controverso se la precettività delle norme sulla comunione legale riguardi, in quanto richiamate dall'ultimo comma dell'art. 168 c.c., la sola gestione ed amministrazione dei beni destinati a soddisfare i bisogni della famiglia, ciò che escluderebbe quelle norme che, applicate per analogia, determinerebbero una responsabilità sussidiaria del fondo patrimoniale per le obbligazioni personali dei coniugi <sup>(392)</sup>.

Qualche motivo per dubitare della qualificazione della comunione legale in termini di patrimonio di destinazione sussiste, specie ove si considerasse che i beni che la compongono rispondono d'ogni obbligazione che i coniugi avessero congiuntamente assunta (art. 186, lett. d), c.c.), e ciò quand'anche il debito non fosse contratto per soddisfare i bisogni della famiglia <sup>(393)</sup>. Pertanto, se si propende per l'attribuzione d'una autonomia patrimoniale

---

<sup>(390)</sup> Per taluni, il patrimonio separato dell'art. 167 altro non costituirebbe se non un «ammodernamento» del precedente patrimonio familiare (CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, Milano, 1984, p. 84). Altri vi intravedono, invece, un istituto affatto diverso, non una mera versione ammodernata dell'istituto abrogato (CARRESI, voce *Fondo patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XIV, 1989, p. 1).

<sup>(391)</sup> Rispetto ai quali, giova ricordarlo, la separazione patrimoniale riduce il costo del capitale di debito, quale grandezza inversamente proporzionale al *rating* della società azionaria sovvenuta.

<sup>(392)</sup> OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 113 ss., che nella comunione legale, giusta la mera sussidiarietà della responsabilità (pro quota) e la sola postergazione del creditore personale, non rinviene un vincolo di destinazione analogo a quello dell'art. 170 c.c.; *contra* BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 2001, p. 136, dove si legge che «conformemente alle regole della comunione i beni del fondo rispondono solo in via sussidiaria per le obbligazioni personali di uno dei coniugi o derivanti da atti di straordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro coniuge. I beni possono cioè essere aggrediti solo in quanto non siano risultati sufficienti i beni personali dell'obbligato e comunque solo nei limiti della sua quota».

<sup>(393)</sup> Ne prende atto anche SESTA, *Lezioni di diritto di famiglia*, Padova, 1997, 167: «lo scopo di soddisfare i bisogni della famiglia è in realtà proprio del “regime primario” che, indipendentemente dal regime secondario prescelto, coinvolge tutti i beni e tutte le rendite dei coniugi, compresi anche i beni personali». Sul tema, v. anche BUSNELLI, *La comunione legale nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, 41, dove la comunione legale è assimilata alla società di persone, e segnatamente alla società semplice.

perfetta, alla stregua di classificazioni già adottate nella prima metà del secolo scorso <sup>(394)</sup> anche il fondo patrimoniale potrebbe allora costituire un patrimonio separato chiuso, costituito per soddisfare un più limitato ceto creditorio, non anche per garantire un diritto di prelazione che, in caso di incapienza del patrimonio destinato, consenta il pignoramento dei beni del patrimonio residuo di provenienza. In senso analogo, dovrebbe del pari escludersi una responsabilità sussidiaria del fondo patrimoniale per i debiti personali dei coniugi, diversamente da quanto disposto dall'art. 190 c.c. per l'eventualità in cui i beni della comunione non fossero sufficienti a soddisfare i debiti su di essa gravanti.

### 3. Natura ed estensione del vincolo di scopo

La *ratio* del vincolo di destinazione impresso sui beni conferiti nel fondo patrimoniale è stata dapprima ricondotta, in dottrina, all'adempimento dei doveri di contribuzione dell'art. 143 <sup>(395)</sup>, mentre in giurisprudenza era accolta una lata accezione del bisogno del nucleo familiare, che avrebbe incluso non solo quanto strettamente indispensabile al suo sostentamento, ma anche tutto ciò che avesse contribuito ad assicurarne il pieno mantenimento e l'armonico sviluppo, con la parziale esclusione delle mere esigenze voluttuarie ovvero di finalità speculative <sup>(396)</sup>.

L'eccessiva dilatazione giurisprudenziale del concetto di bisogno familiare avrebbe peraltro scontato qualche inconveniente sistematico, paventandosi sia l'inopinata riemersione del preminente interesse della famiglia-istituzione che per i compilatori del 1942 giustificò la potestà maritale, sia il rischio di snaturare un istituto che, per la latitudine del perimetro applicativo, avrebbe perduto ogni ragion d'essere proprio in rapporto all'art. 2740

---

<sup>(394)</sup> Sulla distinzione teorica tra patrimonio separato chiuso e patrimonio separato aperto, DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di Castello, 1941, 129 ss.

<sup>(395)</sup> CORSI, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, t. II, Milano, 1984, p. 95. Sul fondo patrimoniale come patrimonio di destinazione, v. anche MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 384.

<sup>(396)</sup> Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, in *Foro. it.*, 1985, I, 558; in *Vita not.*, 1983, 1646; in *Giust. civ.*, 1984, I, 663: «In tema di esecuzione sui beni del fondo patrimoniale e sui frutti di essi, il disposto dell'art. 170 c.c. - nel testo di cui alla l. 19 maggio 1975 n. 151 - per il quale detta esecuzione non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ad bisogni della famiglia, va inteso non in senso restrittivo, come riferentesi cioè alla necessità di soddisfare l'indispensabile per l'esistenza della famiglia, bensì - analogamente a quanto, prima della riforma di cui alla richiamata legge n. 151 del 1975, avveniva per i frutti dei beni dotali - nel senso di ricomprendere in detti bisogni anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente speculativi».

c.c. <sup>(397)</sup>). In questo senso, alla giurisprudenza che ne include il negozio costitutivo tra gli atti a titolo gratuito, nel presupposto che non rilevino, in senso contrario (ed in specie agli effetti dell'art. 64 l. fall.), i doveri di solidarietà familiare nascenti dal matrimonio <sup>(398)</sup>, può attribuirsi una funzione compensativa del maggior *favor* riconosciuto al coniuge debitore, favorendo la declaratoria d'inefficacia della separazione patrimoniale in frode al creditore.

Sul piano processuale, il giudizio sulla effettiva inerenza del debito ai bisogni della famiglia involge un accertamento di fatto, istituzionalmente demandato al giudice di merito, come tale censurabile, in sede di legittimità, per solo vizio di motivazione <sup>(399)</sup>. Incombe sul coniuge che la invochi la prova dell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia <sup>(400)</sup>, mentre il nesso di pertinenza allo scopo potrebbe ammettersi anche in via presuntiva poiché opinare in senso contrario implicherebbe, per il creditore procedente, un onere di allegazione e prova di circostanze negative <sup>(401)</sup>.

In questo modo, muta sensibilmente il regime di conoscibilità del vincolo di destinazione in funzione del beneficio della responsabilità limitata: quando fosse contratta da entrambi (così ingenerando una destinazione presuntiva *ex art. 167 c.c.*), i coniugi che intendessero sottrarre i beni del fondo patrimoniale all'azione esecutiva dei loro creditori personali dovrebbero convenientemente appalesare l'indifferenza dell'obbligazione assunta ai bisogni del nucleo familiare, mentre nel novellato diritto societario è stabilito che gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbano recare espressa menzione del vincolo di destinazione giacché, in mancanza, ne risponderebbe la società con l'intero suo patrimonio (art. 2447 *quinquies*, ultimo comma).

---

<sup>(397)</sup> CIAN e CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, App., III, Torino, 1980, 829, in cui è esclusa l'estensione dell'art. 170 c.c. ai bisogni nascenti dall'esercizio di attività professionali o imprenditoriali, anche se condotte da entrambi i coniugi ovvero nell'ambito di un'impresa familiare *ex art. 230 bis c.c.*

<sup>(398)</sup> Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, in *Giust. civ.*, 2005, I, 997.

<sup>(399)</sup> Cass., 18 settembre 2001, n. 11683, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1950; in *Vita not.*, 2001, 1314.

<sup>(400)</sup> AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, *Comm. al cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, *sub art. 170*, 324; GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 301, in cui è ribadito che grava sul coniuge opponente *ex secondo comma* dell'art. 615 c.p.c. provare tutti gli estremi del limite all'espropriabilità e cioè: 1) l'estraneità dell'obbligazione ai bisogni della famiglia; 2) la conoscenza, da parte del creditore, di siffatta estraneità.

<sup>(401)</sup> GRASSO, *Persone e famiglia*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da Rescigno, Torino, 2001, 396. In senso conforme, BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 1994, 108.

#### 4. L'oggetto del vincolo di scopo e l'evidenza pubblicitaria

Diversamente dal *trust*, ma analogamente al vincolo di scopo dell'art. 2645 *ter*, non tutti i beni indistintamente sono passibili di destinazione ai bisogni della famiglia, dovendosi necessariamente trattare di beni immobili, beni mobili registrati o titoli di credito (art. 167 c.c.). Né è ammesso, almeno per la dottrina maggioritaria <sup>(402)</sup>, il conferimento d'un complesso aziendale, che pure potrebbe essere destinato allo specifico affare dell'art. 2447 *bis* c.c.

Come per la delibera assembleare da depositare ed iscrivere nel registro delle imprese agli effetti dell'art. 2436 c.c., così l'opponibilità del vincolo di destinazione impresso sui beni conferiti nel fondo patrimoniale esige peculiari forme di pubblicità. Ed è proprio in rapporto alle forme di pubblicità dichiarativa che, a ben vedere, le limitazioni imposte dalla legge sulla natura dei beni che possono esser conferiti nel fondo assumono senso compiuto: ed infatti, se per l'ultimo capoverso dell'art. 167 c.c. i titoli di credito dovranno essere vincolati rendendoli nominativi mediante annotazione del vincolo o in altro modo idoneo, l'art. 2647 c.c. prevede, invece, la trascrizione del fondo che abbia ad oggetto beni immobili, mentre l'art. 162 c.c. ne prescrive l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

S'è dibattuto se, pur in difetto di puntuale trascrizione, la costituzione del fondo patrimoniale potesse opporsi al terzo creditore o avente causa, dunque se la formalità necessitasse ai fini di pubblicità dichiarativa, ovvero degradasse a mera pubblicità notizia <sup>(403)</sup>. Il dubbio risaliva alla esegesi dell'art. 2647 c.c., nel testo privato del quarto comma che sanciva l'inopponibilità del vincolo di destinazione in difetto di trascrizione, benché possa oramai ritenersi, con la Suprema Corte di Cassazione, che l'opponibilità della convenzione discenda dalla sola annotazione a margine dell'atto di matrimonio, senza ammettersi deroghe o equipollenti, quali sarebbe la trascrizione, così svilita a mera pubblicità notizia (art. 162 c.c.) <sup>(404)</sup>.

---

<sup>(402)</sup> *Contra* MAZZOCCA, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, II, Milano, 1977, 48.

<sup>(403)</sup> Sulla questione, ZACCARIA, *La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia: le posizioni della dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 454; OBERTO, *Pubblicità dei regimi patrimoniali*, *ivi*, 1990, II, p. 232.

<sup>(404)</sup> Cass., 19 novembre 1999, n. 12864, in *Vita not.*, 1999, 1434: «La costituzione del fondo patrimoniale, di cui all'art. 167 c.c., dev'essere ricompresa tra le convenzioni matrimoniali e, pertanto, è soggetta alle medesime disposizioni dell'art. 162 c.c., circa le forme delle convenzioni medesime, *ivi* inclusa quella del comma 3, che ne condiziona l'opponibilità ai terzi all'annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione del vincolo stesso, ai sensi dell'art. 2647 c.c., con riferimento agli immobili che ne siano oggetto, resta degradata a mera pubblicità - notizia, inidonea ad assicurare detta opponibilità. Ne consegue che, come in ogni caso in cui la legge dispone che per l'opponibilità di determinati atti è necessaria una certa forma di

## 5. La revocatoria del fondo patrimoniale

Il fondo *ad sustinenda onera matrimonii* non è costituito in adempimento di un dovere giuridico, escludendosene l'obbligatorietà per legge. Si tratta, per consolidata giurisprudenza, d'un atto a titolo gratuito, privo di remunerazione in favore del disponente, perciò suscettibile di revocatoria, ordinaria <sup>(405)</sup> e/o fallimentare <sup>(406)</sup>.

---

pubblicità, che la forma di pubblicità costituita dalla suddetta annotazione non ammette deroghe o equipollenti e che resta anche irrilevante l'effettiva conoscenza della costituzione del fondo che il terzo abbia altrimenti potuto conseguire, pur dovendosi escludere che l'annotazione predetta assuma in tal modo una funzione costitutiva, giacché l'unico effetto che condiziona è l'opponibilità ai terzi, mentre non incide a qualunque altro effetto sulla validità ed efficacia dell'atto. (Nella specie la S.C., in applicazione di tali principi, ha escluso che la costituzione del fondo potesse essere divenuta opponibile ad un terzo per effetto di una comunicazione a lui indirizzata da parte dei costituenti tramite una lettera)».

In questo senso, in dottrina, già GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1993, p. 114.

<sup>(405)</sup> Da ultimo, cfr. la Cass. 17 gennaio 2007, inedita.

Tra gli altri, v. Cass., 17 giugno 1999, n. 6017, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1417: «In tema di azione revocatoria, l'atto di costituzione del fondo patrimoniale, essendo atto a titolo gratuito, può essere dichiarato inefficace nei confronti del creditore, purché ricorrano le condizioni di cui al n. 1 dell'art. 2901 c.c.»; in senso conforme, Cass., 22 gennaio 1999, n. 591, in *Giur. it.*, 2000, 516: «La costituzione del fondo patrimoniale, che è un atto a titolo gratuito anche se effettuata da entrambi i coniugi, non sussistendo, neanche in tale ipotesi, alcuna contropartita a favore dei costituenti, può essere dichiarata inefficace nei confronti dei creditori, a mezzo di azione revocatoria ordinaria, in quanto rende i beni conferiti aggredibili solo a determinate condizioni, così riducendo la garanzia generale spettante ai creditori sul patrimonio dei costituenti»; nonché Trib. Taranto, 22 marzo 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 1258: «Poiché la costituzione di fondo patrimoniale è atto a titolo gratuito che rende i beni conferiti aggredibili dai creditori solo a determinate condizioni e riduce, pertanto, la garanzia generale dei creditori stessi sul patrimonio dei costituenti, è ammissibile l'azione revocatoria ordinaria finalizzata a rendere inefficace nei confronti dei creditori la costituzione del fondo»; oltre alla Cass., 18 marzo 1994, n. 2604, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 340; Cass., 27 marzo 2001, n. 4422, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2654: «L'atto di acquisto di un immobile successivamente costituito in fondo patrimoniale è suscettibile di azione revocatoria da parte del creditore, nel concorso delle condizioni di legge dettate dall'art. 2901 c.c., anche se compiuto in epoca successiva rispetto al credito vantato, poiché, rispondendo il debitore con tutti i suoi beni, presenti e futuri, dell'adempimento delle proprie obbligazioni (art. 2740 c.c.), il creditore ha diritto di soddisfarsi anche sui beni entrati nel patrimonio del debitore stesso dopo l'insorgere del credito, poiché il suo diritto è ben suscettibile di risultare pregiudicato anche da atti di disposizione che cadano su beni che ancora non esistevano, al momento della nascita del credito, nel patrimonio del debitore»; nonché Cass., 9 aprile 1996, n. 3251, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2959; in *Fam. e dir.*, 1996, 475; in *Dir. fam.*, 1996, 1382: «Con riguardo a beni conferiti in fondo patrimoniale, l'art. 170 c.c. – secondo cui l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia – non limita il divieto di esecuzione forzata ai soli crediti (estranei ai bisogni della famiglia) sorti successivamente alla costituzione del fondo. Ne consegue che detto divieto estende la sua efficacia anche ai crediti sorti prima di tale data, ferma restando in questo caso la possibilità per il creditore di agire in revocatoria ordinaria, qualora ne ricorrano i presupposti, al fine di far dichiarare l'inefficacia nei propri confronti dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale».

<sup>(406)</sup> Cass., 23 marzo 2005, n. 6267, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 3; Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Giust. civ.*, 1991, I, 566; in *Fall.*, 1991, 365; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 666; in *Nuova giur.*

L'inefficacia rimedierebbe, dunque, alla pignorabilità del fondo alle sole condizioni dell'art. 170 c.c. Ai fini dell'*eventus damni* dell'art. 2901 c.c. non è richiesto, tuttavia, che la destinazione patrimoniale renda impossibile la soddisfazione del credito, bastando il solo aggravamento del pericolo dell'incapienza del restante patrimonio del debitore.

Quanto al requisito soggettivo, ove la costituzione del fondo succeda l'insorgenza del credito, sarebbe necessaria e sufficiente la mera consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore (*scientia damni*), dunque la mera conoscenza di tale pregiudizio da parte del debitore, cui possa equipararsi la agevole sua conoscibilità, senza che assumano rilevanza l'intenzione di ledere la garanzia patrimoniale generica del creditore (*consilium fraudis*).

Anche in materia, il termine di prescrizione della revocatoria ordinaria dovrebbe decorrere, in applicazione degli artt. 2903 e 2935 c.c. in combinato disposto, non dal momento del compimento dell'atto di cui è richiesta la declaratoria di inefficacia, ma dal giorno in cui di quell'atto fosse stata data pubblicità ai terzi (<sup>407</sup>).

## 6. Il fallimento del coniuge

La revocatoria fallimentare del fondo patrimoniale ne semplifica le caratteristiche fisionomiche: l'inefficacia dell'atto compiuto nei due anni che precedano la sentenza di fallimento ne certifica la gratuità, mentre l'opponibilità del vincolo di scopo alla curatela ne attesta la natura di patrimonio separato, in quanto tale escluso dalla massa attiva pur appartenendo al coniuge fallito.

Nel testo originario, il n. 3 dell'art. 46, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 annoverava i redditi dei beni costituiti in patrimonio familiare tra i beni non compresi nel fallimento. La riforma del diritto di famiglia del 1975 abolì il patrimonio familiare, sostituendolo con l'omologo fondo patrimoniale, ma la lettera dell'art. 46 l. fall. permase affatto inalterata.

La giurisprudenza che applicò quella norma concorsuale inizialmente ritenne che i beni costituiti in fondo patrimoniale, in caso di fallimento di uno dei coniugi, dovessero essere appresi pro quota all'attivo del fallimento, formando una massa separata, destinata a

---

*civ. comm.*, 1991, I, 640; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, II, 681; in *Riv. notar.*, 1991, fasc. 5: «L'atto di costituzione del fondo patrimoniale (art. 167 c.c.) compiuto dal fallito nel biennio anteriore al fallimento, rientrando nel *genus* degli atti a titolo gratuito, è soggetto ad azione revocatoria da parte del curatore del fallimento, ex art. 64 l. fall., atteso che esso, creando un patrimonio di scopo che resta insensibile alla dichiarazione di fallimento ed impedendo che i beni compresi in tale patrimonio siano inclusi nella massa attiva, incide riduttivamente sulla garanzia derivante alla generalità dei creditori dall'art. 2740 c.c.».

soddisfare i creditori con ragioni attinenti l'interesse della famiglia. Quella impostazione muoveva dall'idea che la specialità dell'art. 170 c.c. in favore dei creditori consapevoli della pertinenza dell'obbligazione ai bisogni della famiglia fosse invero assimilabile ad una causa di prelazione, cosicché, per analogia con l'art. 2911 c.c., tali creditori non potessero concorrere nella distribuzione dell'attivo del coniuge fallito se non dopo aver richiesto la liquidazione del fondo patrimoniale <sup>(408)</sup>.

Per la giurisprudenza successiva, invece, «i beni costituiti in fondo patrimoniale, pur dopo il soddisfacimento dei creditori per debiti contratti nell'interesse della famiglia, non perdono la loro specifica destinazione e non viene meno, rispetto ad essi, la deroga al principio di responsabilità *ex art. 2740 c.c.* In tal senso la disciplina dettata dall'art. 170 c.c. (“l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia”) rende appieno la volontà del legislatore, che non ha formulato alcuna eccezione in relazione al fallimento dei coniugi. La liquidazione dei beni del fondo patrimoniale, indipendentemente dal mancato espresso riferimento nell'elencazione dell'art. 46, legge fall., non può, pertanto, interessare la massa dei creditori. Né si può ritenere, come pure è stato prospettato, che in caso di fallimento dei coniugi, i beni del fondo patrimoniale, ferma la destinazione allo scopo di far fronte ai bisogni della famiglia, verrebbero acquisiti al fallimento, andando a costituire una massa separata. La creazione di masse separate non può essere, infatti, realizzata in funzione della causa del credito (debiti contratti o meno per i bisogni della famiglia) e della posizione soggettiva di buona fede dei creditori (conoscenza o meno da parte dei creditori della estraneità del debito rispetto ai bisogni della famiglia) (Cass. 28 novembre 1990, n. 11449), poiché l'inclusione dei beni nella massa attiva del fallimento è semplicemente l'espressione dell'appartenenza dei beni del patrimonio destinato *ex art. 2740 c.c.* alla garanzia dei creditori ed è perciò improspettabile quando questa destinazione, anche solo in via sussidiaria, è esclusa da altra destinazione. Pertanto non è pensabile che il curatore possa gestire, nel solo interesse dei creditori per debiti familiari, una massa di beni per i quali è escluso il concorso, anche in via residuale, degli altri creditori ammessi al passivo. In questo contesto, si deve, invece, ritenere che i creditori per debiti inerenti ai bisogni della famiglia possono esperire l'azione esecutiva individuale, trattandosi di beni

---

<sup>(407)</sup> Così applicando il principio di diritto della Cass., 19 gennaio 2007, n. 1210, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>(408)</sup> Trib. Ragusa, 8 marzo 1990, in *Giur. comm.*, 1991, II, 61.

non compresi nel fallimento, rispetto ai quali non opera il divieto di azioni esecutive individuali *ex art. 51, legge fall.*»<sup>(409)</sup>.

Come il patrimonio destinato allo specifico affare, anche il fondo patrimoniale (art. 167 ss. c.c.) dunque non fallisce, né in proprio, né in estensione del fallimento del coniuge imprenditore. Tuttavia, mentre il patrimonio destinato allo specifico affare, quand'anche capiente, è appreso dalla curatela, la convenzione matrimoniale soggiace ad un distinto regime dell'insolvenza, atteso che tra i beni non compresi nel fallimento il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha ora finalmente incluso, in luogo dei redditi dei beni costituiti in patrimonio familiare, proprio «i beni del fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'art. 170 c.c.» (art. 46, n. 3, l. fall.)<sup>(410)</sup>. Ne deriva che, in assenza di revocatoria, la destinazione di scopo dell'art. 167 c.c. è indifferente all'insolvenza del coniuge e prevale sulla funzione di garanzia della generalità dei creditori<sup>(411)</sup>.

## **7. L'equivalenza delle fonti dell'obbligazione agli effetti della responsabilità del fondo patrimoniale**

L'intera disciplina del fondo patrimoniale gravita intorno al vincolo di destinazione impresso sui beni che lo compongono. A confermarlo è il semplice fatto che, quando contratta per ragioni inerenti al vincolo di scopo, agli effetti dell'art. 170 c.c. a nulla varrà distinguere, quanto alla fonte che la origina, tra obbligazione da contratto ed obbligazione *ex delicto*, come attesta la regola giurisprudenziale per la quale «ove la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio, ancorché consistente in un fatto illecito, abbiano inerenzia diretta ed

---

<sup>(409)</sup> Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2584, in parte motiva.

<sup>(410)</sup> Rispetto al fallimento del coniuge opera, dunque, il medesimo effetto segregativo del *trust*, i cui beni non sono attratti nella massa fallimentare in caso di fallimento del *trustee* (BLANDINI e DÈ COSTANZO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 421 ss.).

<sup>(411)</sup> In senso difforme, nell'erronea convinzione di poter assimilare il patrimonio separato alle garanzie reali del pegno e dell'ipoteca, Trib. Ragusa, 8 marzo 1990, in *Giur. comm.*, 1991, II, 61, nella massima che segue: «I beni costituiti in fondo patrimoniale, in caso di fallimento di uno dei coniugi, devono essere appresi pro quota all'attivo del fallimento, e formeranno oggetto di una massa separata rispetto al restante dell'attivo, essendo destinati al soddisfacimento dei creditori che non conoscevano che i debiti contratti dai coniugi erano stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia. La speciale disciplina prevista dall'art. 170 c.c. in favore dei creditori consapevoli della pertinenza dell'obbligazione contratta ai bisogni della famiglia è assimilabile ad una causa di prelazione. Per analogia dall'art. 2911 c.c. tali creditori non potranno concorrere nella distribuzione dell'attivo del coniuge fallito se non hanno domandato anche la liquidazione del fondo patrimoniale».

immediata con le esigenze familiari, deve ritenersi operante la regola della piena responsabilità del fondo»<sup>(412)</sup>.

Per l'odierna dottrina, la locuzione «debiti contratti» per soddisfare i bisogni della famiglia dunque non deve indurre a ritenere che unica fonte dell'obbligazione possa essere, agli effetti dell'espropriabilità nel regime dell'art. 170 c.c., l'accordo dell'art. 1325, n. 1, c.c.

A questo proposito si afferma che «ciò che conta per il legislatore è, in definitiva, la (non) riconducibilità della fonte del rapporto obbligatorio al soddisfacimento di bisogni della famiglia»<sup>(413)</sup>. Ne è indubbiamente valorizzato il vincolo di destinazione che prevale, quale criterio di specializzazione della responsabilità patrimoniale del debitore, sulla natura dell'obbligazione inadempita, così da superare l'illazione secondo la quale nell'obbligazione da fatto illecito l'estraneità ai bisogni del nucleo familiare debba considerarsi *in re ipsa*, essendo il debito preordinato a riparare la lesione di un interesse giuridicamente tutelato o a scontare una punizione inflitta in ragione di una condotta antiggiuridica<sup>(414)</sup>. Per questo può condividersi l'assunto di chi ritiene non possa escludersi *a priori* «che nell'illecito civile il danno arrecato corrisponda ad un vantaggio diretto o indiretto della famiglia e che, nei limiti di tale vantaggio, il fondo debba rispondere dell'obbligazione risarcitoria»<sup>(415)</sup>.

Ad analoghe conclusioni perviene anche la giurisprudenza, che muove da un rigorosa lettura dell'art. 170 c.c. per superare l'obiezione secondo la quale la previa *scientia creditoris* non potrebbe in alcun modo conciliarsi con l'obbligazione risarcitoria dell'art. 2043 c.c., concludendo che «il legislatore ha inteso precludere ai creditori che al momento del sorgere dell'obbligazione erano a conoscenza di detta estraneità di soddisfarsi sui beni

---

<sup>(412)</sup> Così nella massima tratta dalla Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, in *Famiglia e dir.*, 2004, 351 ss. In senso del tutto conforme, v. la Cass., 5 giugno 2003, n. 8991, in *Diritto e giust.*, 2003, f. 25, 107: «Dal tenore dell'art. 170 c.c., ai sensi del quale non è consentita l'esecuzione sui beni e sui frutti del fondo patrimoniale per debiti estranei ai bisogni della famiglia (e sempre che i creditori siano edotti di tale finalità), si ricava che la possibilità di aggressione di detti beni e frutti da parte dei creditori è segnata dalla oggettiva destinazione dei debiti assunti alle esigenze familiari. Pertanto, il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo va ricercato non già nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse ed i bisogni della famiglia, per cui anche le obbligazioni risarcitorie da illecito devono ritenersi comprese nella previsione normativa, con conseguente applicabilità della regola della piena responsabilità del fondo ove la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbiano inerenza diretta ed immediata con le esigenze familiari».

<sup>(413)</sup> GALASSO e TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, *Comm. al cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1999, *sub art.* 170, 306.

<sup>(414)</sup> Si veda, in proposito, la motivazione resa in Trib. Potenza, 1° ottobre 1998, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 195. In dottrina, nel senso che l'obbligazione da fatto illecito (art. 2043 cc.) non possa in alcun modo considerarsi contratta nell'interesse della famiglia, GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1947, 354.

del fondo, ma non impone quale ulteriore requisito in positivo l'effettiva conoscenza da parte degli stessi della corrispondenza del credito alle esigenze del nucleo»<sup>(416)</sup>.

Da tempo si ammetteva la procedibilità *in executivis* sui beni conferiti nel fondo patrimoniale anche per le obbligazioni di fonte non contrattuale a contenuto restitutorio, compensativo o contributivo in rapporto ad atti o fatti che avessero incrementato le disponibilità economiche della famiglia o che ne avessero soddisfatto un'esigenza di vita<sup>(417)</sup>. Del pari, un nesso obiettivo con esigenze del nucleo familiare può oggi riscontrarsi, dunque, anche con riguardo ad obbligazioni *ex delicto*, così da doversene ammettere la piena soddisfazione sul patrimonio separato<sup>(418)</sup>: diversamente, ne deriverebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra crediti egualmente riconducibili alle esigenze del medesimo nucleo familiare. Il caso di scuola è quello del fatto illecito del coniuge che induca il proprio dante causa all'inadempimento nei riguardi del primo acquirente per poi acquistare egli stesso l'immobile compravenduto destinandolo al fondo patrimoniale<sup>(419)</sup>. Ma si potrebbe astrattamente pensare anche alla responsabilità per danni cagionati dalla rovina dell'immobile conferito nel fondo (art. 2053 c.c.) e finanche dagli animali adibiti alla coltivazione del podere che soddisfi un preminente interesse del nucleo familiare (art. 2052 c.c.).

## 8. L'opponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito

Diversa questione è se anche l'impignorabilità dei beni destinati ai bisogni della famiglia dipenda dalla natura dell'atto o fatto alla fonte del debito (personale) inadempito.

Quando se n'è occupata, la dottrina s'è espressa, in sostanza, favorevolmente alla più ampia precettività del principio di equivalenza delle fonti dell'obbligazione: premesso che

---

<sup>(415)</sup> BIANCA, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, p. 117.

<sup>(416)</sup> Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, cit., in motivazione. Va qui segnalato che la prevalenza del vincolo di scopo sul titolo dell'obbligazione non è motivata dal S.C. attraverso l'applicazione analogica, della quale si dirà più oltre, del limite all'espropriabilità concepito per l'obbligazione da contratto, né poteva essere altrimenti, atteso che l'inopponibilità del vincolo di scopo alle obbligazioni da fatto illecito (connesse ai bisogni della famiglia) costituisce una applicazione, non già un'eccezione, del più generale principio dell'art. 2740 c.c.

Nel senso che sarebbe legittimato a soddisfarsi sui beni del fondo anche il creditore ignaro della estraneità del debito ai bisogni della famiglia, AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, *Comm. al cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, *sub* art. 170, p. 325. Al riguardo, v. anche GALASSO e TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., 305.

<sup>(417)</sup> BIANCA, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, cit., 116, le cui argomentazioni sono fedelmente riprodotte nella parte motiva della Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, in *Famiglia e dir.*, 2004, 351.

<sup>(418)</sup> In senso del tutto conforme, BIANCA, *op. ult. cit.*, 117.

l'elemento distintivo delle obbligazioni per le quali non possa procedersi *in executivis* sul fondo patrimoniale è dato dalla estraneità ai bisogni della famiglia, s'è concluso che il vincolo di destinazione potesse opporsi anche alla obbligazione *ope legis*, quando in alcun modo connessa allo scopo dell'art. 167 c.c. Diversamente, s'argomentò, il fondo patrimoniale avrebbe risposto anche dell'arricchimento ingiustificato (art. 2041 c.c.) del patrimonio (personale) di ciascun coniuge <sup>(420)</sup>, menomando la *ratio* della separazione patrimoniale del diritto di famiglia.

L'equivalenza delle fonti dell'obbligazione è così estesa anche al fatto illecito del coniuge, attraverso l'applicazione analogica del limite d'inespropriabilità dall'art. 170 c.c. riferito alle obbligazioni *ex contractu* <sup>(421)</sup>. In questo modo, quale ne sia la fonte, è esclusa una responsabilità del fondo patrimoniale per obbligazioni che esulino dal vincolo di scopo <sup>(422)</sup> che dunque prevarrebbe, in ogni caso, sulla natura (contrattuale o aquiliana) del titolo esecutivo.

Una simile impostazione è coerente col principio di equivalenza già enunciato dal S.C., allorché il criterio identificativo dei crediti ammessi a soddisfarsi in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo fu individuato non già nella natura delle obbligazioni (*ex contractu* o *ex delicto*), bensì nella relazione esistente tra il fatto che le avesse generate ed i bisogni della famiglia, con la conseguenza che, ove la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio, ancorché consistente in un fatto illecito, avesse avuto inerenza diretta ed immediata con le esigenze familiari, dovesse ritenersi operante la regola della piena responsabilità del fondo <sup>(423)</sup>. In tal modo, il patrimonio separato dell'art. 167 c.c. differirebbe dai beni in comunione

---

<sup>(419)</sup> Questo, in estrema sintesi, il fatto deciso dalla Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, cit. *supra*.

<sup>(420)</sup> GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 301: «Qualche dubbio è sorto, invece, con riguardo alla determinazione obiettiva delle obbligazioni di cui è escluso il soddisfacimento coattivo: che secondo alcuni interpreti, puntigliosamente attenti alla formulazione letterale, sarebbero soltanto quelle di fonte contrattuale; ma la sostanziale infondatezza d'una simile limitazione appare evidente, sol che si consideri, per esempio, un credito per ingiustificato arricchimento del patrimonio personale d'uno solo dei coniugi».

<sup>(421)</sup> BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 2001, p. 137: «Sebbene la formula normativa faccia riferimento ad obbligazioni nascenti da contratto, s'impone la sua applicazione analogica ai debiti aventi titolo extraneogoziale, nel senso che il fondo non risponde per debiti aventi un titolo extraneogoziale estraneo ai bisogni della famiglia (es.: illecito extracontrattuale)».

<sup>(422)</sup> Sulla estensione del vincolo di destinazione *ex art. 170 c.c.*, Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, già citata.

<sup>(423)</sup> Cfr. Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, nella motivazione che può leggersi per esteso in *Famiglia e dir.*, 2004, 351 ss., della quale è qui di seguito riportato un passo piuttosto significativo: «il tenore dell'art. 170 c.c., ai sensi del quale non è consentita l'esecuzione sui beni e sui frutti del fondo patrimoniale per debiti estranei ai bisogni della famiglia, e sempre che i creditori siano edotti di tale finalità, rende evidente che è l'oggettiva destinazione dei debiti assunti alle esigenze familiari che segna la possibilità di aggressione di detti beni e frutti da parte dei creditori, in piena coerenza

legale: poiché i creditori personali del coniuge non possono agire sui beni e sui frutti del fondo patrimoniale, né chiedere la liquidazione della quota del coniuge loro debitore, la disciplina della comunione legale, che patrimonio separato non è, potrà esser richiamata solo per regolare la gestione e l'amministrazione del fondo patrimoniale, non anche per definirne il regime di responsabilità <sup>(424)</sup>.

S'è obiettato che, in questo modo, si ridurrebbe sensibilmente la garanzia generica dei creditori personali da fatto illecito, assecondando finalità elusive che assicurerebbero al coniuge una immunità aquiliana in violazione di principi di ordine pubblico, giacché la vittima dell'illecito, specie quando parte offesa dal fatto-reato, scontrerebbe le limitazioni temporali dell'azione pauliana, dovendo altresì provare la conoscenza e la dolosa preordinazione del pregiudizio (*scientia e consilium fraudis*) per potere agire esecutivamente sui beni del fondo patrimoniale <sup>(425)</sup>. All'obiezione potrebbe replicarsi, tuttavia, che l'universalità della responsabilità patrimoniale da tempo non è più concepita quale principio d'ordine pubblico, come dimostrato dal riconoscimento di modelli giuridici stranieri di limitazione della responsabilità, come il *trust* e l'*Anstalt* <sup>(426)</sup>, e nondimeno, ora, dalla destinazione atipica dell'art. 2645 *ter*.

D'altra parte, è pur vero che dalla condanna aquiliana inflitta al singolo coniuge deriverebbe un debito personale: benché alla separazione patrimoniale non corrisponda alcuna alterità soggettiva, è plausibile che, negando l'opponibilità del vincolo di scopo alla obbligazione derivante da fatto illecito, s'introduca, in sostanza, una responsabilità per debito altrui, dunque un criterio di imputazione non contemplato nel titolo nono del quarto libro del codice civile <sup>(427)</sup>.

## 9. L'impignorabilità del fondo per le sole obbligazioni da contratto

Alla distinzione tra creditori chirografari e privilegiati, l'ultima riforma societaria ha aggiunto, agli effetti del medesimo art. 2741 c.c., la distinzione tra creditori da contratto (volontari) e creditori da fatto illecito (involontari). Se la regola codificata nel terzo comma dell'art. 2447 *quinquies* è trasposta dal diritto societario al comparto gius-familiare,

---

con la funzione stessa dell'istituto di vincolare inderogabilmente i beni conferiti nel fondo patrimoniale ed i loro frutti al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, sottraendoli alla generica garanzia di tutti i creditori».

<sup>(424)</sup> BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 52 ss.

<sup>(425)</sup> Trib. S. Remo, 29 ottobre 2003, in *Vita not.*, 2005, p. 843.

<sup>(426)</sup> STOLFI, voce *Anstalt: I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.

*l'alterum non laedere* potrebbe allora giustificare la pignorabilità della massa separata quantunque il debito inadempito non fosse in alcun modo connesso alla necessità di soddisfare i bisogni del nucleo familiare. In altri termini, il criterio selettivo dei creditori legittimati a soddisfarsi sul fondo patrimoniale non sarebbe più quello del solo vincolo di scopo, una volta esclusa un'equivalenza delle fonti dell'obbligazione inadempita agli effetti della più ampia garanzia generica (art. 2740 c.c.) connessa all'inopponibilità della destinazione dell'art. 167 c.c.

Ancor prima dell'introduzione del fondo patrimoniale, ritenuto che le limitazioni alla pignorabilità dei frutti della dote e del patrimonio familiare fossero legislativamente previste, con regola d'eccezione rispetto a quella dell'art. 2740 c.c., per le sole obbligazione di fonte contrattuale, la dottrina negava che la destinazione ai bisogni della famiglia fosse opponibile anche alle obbligazioni di fonte legale <sup>(428)</sup>. In sostanza, il vincolo di destinazione poteva in tal guisa opporsi alle sole obbligazioni contrattualmente assunte dal marito per scopi estranei ai bisogni della famiglia, così da preservare la generale pignorabilità per debiti originati da altra fonte, tra cui, appunto, il fatto illecito <sup>(429)</sup>.

Si tratta di un impianto argomentativo che non è affatto superato dalla Riforma del 1975, se sol si consideri che con riguardo al fondo patrimoniale è sostanzialmente riprodotta la clausola già adottata per stabilire quando fosse consentita l'esecuzione sui frutti della dote e del patrimonio familiare <sup>(430)</sup>.

Attenga allo specifico affare intrapreso dalla società di capitali (v. *infra*) o ai bisogni della famiglia (art. 167 c.c.), è indubbio che l'opponibilità del vincolo di destinazione appalesi, rispetto al principio dell'art. 2740 c.c., una marcata eccezionalità, determinando una duplicazione patrimoniale ad unisoggettività invariata che valga, in sostanza, ad

---

<sup>(427)</sup> LONGO, *Responsabilità aquiliana ed esecutività sui beni del fondo patrimoniale*, in *Famiglia e dir.*, 2004, p. 356.

<sup>(428)</sup> FERRARA sen., *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941, p. 358, il quale così scriveva: «se il marito andando in automobile investe una persona, la sua obbligazione di risarcimento è eseguibile sui frutti dotali? Certamente. Io credo che l'eccezione contenuta nell'art. 186 debba essere interpretata restrittivamente, nel senso che sono esclusi solo i crediti nascenti da contratti conclusi da terzi col marito per scopi estranei alla famiglia, mentre per tutte le altre obbligazioni nascenti da altre fonti si rientra nel regime generale della pignorabilità».

<sup>(429)</sup> TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1963, p. 242: «se, in conformità dei principii, i frutti dotali dovrebbero dirsi espropriabili per ogni sorta di debiti del marito, e la fonte di ogni limitazione è da porsi pertanto nell'art. 188, la conclusione logica non può esser altra che per i crediti extracontrattuali la pignorabilità è liberamente ammessa».

<sup>(430)</sup> Con più precisione, così disponeva il secondo comma del novellato art. 170 c.c.: «L'esecuzione sui frutti dei beni costituenti il patrimonio familiare non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia».

assicurare il beneficio della responsabilità limitata <sup>(431)</sup>. La clausola dell'art. 170 c.c. allude espressamente ad obbligazioni da contratto, sebbene nella più lata accezione comprendente anche gli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.) <sup>(432)</sup>, in guisa da poter far ritenere che l'eccezionalità di quel criterio di responsabilità a tutt'oggi ne precluda l'estensione analogica alle obbligazioni da fatto illecito. E' di questo avviso quella giurisprudenza di merito che in tempi recenti ha ribadito come l'espressione «debiti contratti» contenuta nell'art. 170 c.c. in concreto delimiti l'inespropriabilità del fondo alle sole «attività poste in essere dai coniugi nell'ambito dell'autonomia contrattuale e non anche, invece, con riferimento alle obbligazioni riconducibili al parametro dell'art. 2043 c.c.» <sup>(433)</sup>.

Ad analoghe conclusioni conduce anche una più attenta e coerente disamina del requisito soggettivo richiesto per l'opponibilità del vincolo di scopo che la dottrina non ha esitato a ricondurre alla causa dell'atto di assunzione dell'obbligazione <sup>(434)</sup>. Ed infatti, è opinione diffusa che la conoscenza dell'estraneità del debito alle esigenze familiari presupponga una obbligazione da contratto, se non altro per la natura dell'illecito aquiliano come fonte (involontaria) dell'obbligazione che nasce in assenza del consenso delle parti <sup>(435)</sup>. Pertanto, se l'estensione della responsabilità del fondo alle obbligazioni da fatto illecito trae giustificazione dalla lettera dell'art. 170 c.c. che non richiede l'estremo positivo della *scientia creditoris* in merito alla obiettiva riconducibilità del debito ai bisogni familiari <sup>(436)</sup>, per contro, il fatto che la legge, agli effetti della impignorabilità del fondo patrimoniale,

---

<sup>(431)</sup> Poiché quel che accomuna il patrimonio sociale dedicato allo specifico affare al fondo patrimoniale è la fisionomia della separazione patrimoniale, che non produce alcun trasferimento di beni o rapporti in capo ad altra società, già in essere o costituenda, creando piuttosto una duplicazione del patrimonio a titolarità invariata, si può poi aggiungere che, almeno con riguardo alla quota del coniuge obbligato *ex art. 2043*, nessuna responsabilità per debito altrui possa ravvisarsi allorché la vittima del fatto illecito aggredisse i beni del fondo patrimoniale *Contra LONGO, Responsabilità aquiliana ed esecutività sui beni del fondo patrimoniale*, cit., p. 356

<sup>(432)</sup> E' qui il caso di riproporre, dopo averlo fatto *supra*, un passo tratto da BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 115 ss.: «Le obbligazioni che hanno titolo diverso da quello negoziale, occorre ammetterlo, non rientrano nella previsione normativa. In tal senso depongono sia il riferimento all'atto di assunzione dell'obbligazione (si parla di debiti *contratti*) sia il riferimento agli scopi dell'assunzione del debito, con evidente riguardo alla causa dell'atto. Indicativo, ancora, il riferimento alla conoscenza del creditore in ordine a tali scopi come estranei ai bisogni della famiglia del debitore».

<sup>(433)</sup> Trib. Sanremo, 29 ottobre 2003, in *Diritto e giust.*, 2004, 93, nella parte motiva.

<sup>(434)</sup> BIANCA, *Questioni di diritto patrimoniale nella famiglia*, cit., p. 115.

<sup>(435)</sup> Così nella motivazione resa dal Trib. Sanremo, 29 ottobre 2003, cit., in un caso di opposizione ad una esecuzione forzata promossa in forza d'una sentenza di condanna risarcitoria per illecito sfruttamento di brevetto vegetale, in cui si legge che il «riferimento testuale alla conoscenza del creditore dell'estraneità del credito ai bisogni della famiglia ribadisce ulteriormente che tale limite alla esecutività dei beni del fondo non può che avere ad oggetto obbligazioni contrattuali essendo profilabili solo per quest'ultime il requisito della previa *scientia creditoris*».

espressamente esiga il medesimo requisito soggettivo con riguardo però all'estraneità del debito al vincolo di scopo potrebbe allora comportare (giusta l'involontarietà dell'obbligazione *ex delicto*) un diverso regime di responsabilità a seconda della fonte, contrattuale (art. 1218 c.c.) o aquiliana (art. 2043 c.c.), dell'obbligazione inadempita.

A consolidare la convinzione che l'art. 170 c.c. configuri «una limitazione alla pignorabilità dei beni limitatamente ai debiti nascenti da obbligazioni contrattuali e non possa invece anche riferirsi alle obbligazioni da fatto illecito sorte in capo ad uno dei coniugi» contribuirebbero anche considerazioni a valenza sistematica, per le evidenti implicazioni d'ordine pubblico economico che ne deriverebbero: l'opponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni (in alcun modo connesse alla soddisfazione dei bisogni del nucleo familiare ma derivanti) da fatto illecito assicurerebbe al coniuge che conferisse ogni suo bene nel fondo patrimoniale una sostanziale immunità dalla responsabilità civile, e ciò quand'anche si trattasse di illecito doloso o, addirittura, quand'anche lo stesso fatto, oltre all'illecito dell'art. 2043 c.c., integrasse una grave fattispecie di reato<sup>(437)</sup>.

Definitivamente superata l'idea che l'estraneità ai bisogni della famiglia sia connaturata all'obbligazione da fatto illecito, poiché grava sui coniugi che la invocano nel giudizio di opposizione all'esecuzione (art. 615 c.p.c.) la prova (anche solo presuntiva) della conoscenza da parte del creditore precedente dell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia, si può certamente ipotizzare, ove non si distinguesse tra fonte contrattuale ed aquiliana, che quel che non ammetta il diritto positivo potrebbero talvolta consentirle le asperità probatorie del processo civile<sup>(438)</sup>.

## **10. La cessazione del fondo patrimoniale**

Nell'elencazione delle cause di cessazione del fondo patrimoniale non è inclusa la risoluzione consensuale (art. 171 c.c.), talché, trattandosi di convenzione integrativa del principale regime di comunione o separazione dei beni, il vincolo di scopo debba persistere fin quando permanga il rapporto matrimoniale.

Quale logico corollario, l'inammissibilità dell'istanza con la quale i coniugi chiedessero la cessazione del fondo per alienarne i beni e destinarne il ricavato ad altre

---

<sup>(436)</sup> Si veda, in proposito, ancora la Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, nella parte motiva.

<sup>(437)</sup> Trib. S. Remo, 29 ottobre 2003, in *Dir. e famiglia*, 2004, 101.

<sup>(438)</sup> BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 50: «La limitazione dell'esecuzione da parte dei creditori viene pertanto fondata su un criterio soggettivo che segue le sorti delle difficoltà di provare i fatti contrari e delle lungaggini del giudizio».

esigenze sopravvenute <sup>(439)</sup>. Ove s'opinasse in senso contrario <sup>(440)</sup>, sarebbe opportuno che lo scioglimento consensuale fosse, per legge <sup>(441)</sup>, assoggettato ad autorizzazione giudiziale, nell'evidente interesse d'eventuali figli minori.

Ove il fondo patrimoniale fosse costituito a beneficio dei figli, e non per soddisfare i bisogni della famiglia, la separazione patrimoniale non cesserebbe né con l'annullamento, né con lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio: non s'applicherebbe, in buona sostanza, l'art. 171 c.c., bensì l'art. 2645 *ter*, talché i figli dei coniugi conferenti divengano litisconsorti (necessari) nel giudizio promosso dal creditore che agisse per la revocatoria dell'atto di destinazione <sup>(442)</sup>.

---

<sup>(439)</sup> Trib. minori Perugia, 25 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 687. Nella specie, il tribunale minorile rigettò l'istanza d'autorizzazione alla revoca della convenzione matrimoniale (costitutiva del fondo), proposta nell'interesse dei coniugi, genitori di figlio ancora minorenne. L'autorizzazione allo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale è negata anche dal Trib. Savona, 24 aprile 2003, in *Famiglia e diritto*, 2004, 67.

<sup>(440)</sup> Trib. Roma, 14 marzo 2002, in *Riv. notariato*, 2003, II, 722, sebbene la risolubilità fosse motivata nel presupposto dell'assenza di figli minori.

<sup>(441)</sup> Ciò che richiederebbe, evidentemente, una emenda al testo dell'art. 171 c.c.

<sup>(442)</sup> Lo si potrebbe desumere dai precedenti che negano una legittimazione passiva dei figli dei coniugi costituenti il fondo patrimoniale nel giudizio, promosso dal creditore con azione revocatoria, diretto a far valere l'inefficacia di tale costituzione, nel presupposto che il patrimonio separato non sia costituito a beneficio dei figli, ma per far fronte ai bisogni della famiglia: cfr. Cass., 17 marzo 2004, n. 5402, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3.



## CAPITOLO III

### Sezione II

#### **Il trust di common law**

SOMMARIO: 1. Il *trust* di *common law*. - 2. La costituzione del fondo segregato. - 3. I soggetti. - 4. Il *trust* e la fiducia. - 5. Il *trust* quale patrimonio separato. - 6. L'invalidità del *trust* (straniero). - 7. La surrogazione reale dei beni destinati. - 8. Il *trust* «interno». - 9. La natura internazional-privatistica della Convenzione de l'Aja. - 10. Il *trust* come negozio atipico. - 11. La trascrivibilità del *trust*. - 12. La *fiducie* francese. - 13. La responsabilità del fondo fiduciario per le obbligazioni da fatto illecito. - 14. L'equivalenza delle fonti dell'obbligazione nell'impignorabilità del *trust fund*.

#### **1. Il trust di common law**

Tra gli istituti della *common law*, il *trust* è, probabilmente, quello oramai divenuto più familiare al civilista italiano <sup>(443)</sup>. Le multiformi strutture e funzioni dell'istituto difficilmente si prestano a formule definitorie. L'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364 <sup>(444)</sup>, descrive il *trust* quale complesso di rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente, con atto tra vivi o *mortis causa*, qualora dei beni siano posti sotto il controllo di un *trustee*, nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato. Resta, tuttavia, la polisemia d'un lemma che designa il rapporto giuridico che faccia capo al *trustee*, ma anche la finalità dell'affidamento della massa separata, dunque il vincolo impresso sui beni che la compongano (c.d. *trust property*) <sup>(445)</sup>.

Per comprendere il *trust* occorre ripercorrerne le origini storiche.

La *law of trust* risale allo *use* inglese dell'era feudale, quale forma di attribuzione della titolarità giuridica d'un bene nell'interesse altrui concepita per eludere gli onerosi

---

<sup>(443)</sup> Per una compiuta definizione dottrinale dell'istituto, oltre a LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Vita not.*, 1992, 973, v. anche FRANCESCHELLI, *Il «trust» nel diritto inglese*, Padova, 1935, p. 138, che descrive l'istituto come «rapporto fiduciario derivante dalla volontà privata o dalla legge, in virtù del quale colui (fiduciario, *trustee*) che ha su determinati beni la proprietà formale (*trust ownership, legal estate*) o la titolarità, è tenuto per effetto della proprietà sostanziale (*beneficiary ownership, equitable estate*) che non è in lui, a custodirli e (o) amministrarli, o comunque a servirsene a vantaggio di uno o più beneficiari, tra i quali può essere compreso, o di uno scopo» e, per la dottrina francese, LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, p. 31, in cui l'istituto è definito come «un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public».

<sup>(444)</sup> Legge in vigore dal 1° gennaio 1985.

<sup>(445)</sup> LUPOI, *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 171.

tributi che gravavano la proprietà terriera <sup>(446)</sup>. In quell'epoca, il trasferimento della proprietà avveniva *secundum ius*, ma le limitazioni alle potestà dominicali dell'avente causa erano oggetto d'un dovere soltanto morale, poiché la *common law* non riconosceva valenza giuridica né all'obbligazione fiduciaria, né alla più generale *causa fidei* <sup>(447)</sup>.

Fu dunque la giurisdizione di equità <sup>(448)</sup>, che sino alla metà del secolo decimonono rimarrà distinta da quella delle corti di *common law* (*Judicature Acts*, 1873-1875), ad intervenire, apportando una serie di rimedi correttivi contro gli abusi del *trustee* infedele, risoltisi nella nota dissociazione del diritto dominicale in potestà gestorie, connesse alla titolarità formale (*legal estate*), ed in facoltà di godimento, connesse all'appartenenza economica dei beni (*equitable estate*) <sup>(449)</sup>. Per questo i beni in *trust* non prefigurano, all'evidenza, un patrimonio adespota, per la *common law* appartenendo al *trustee*, benché l'*equity* ne riferisca l'*interest* al beneficiario: è in questo modo che nell'Inghilterra del tredicesimo secolo al diritto dominicale s'aggiunse l'obbligazione equitativa del *trustee*, tenuto ad agire nell'interesse del promissario disponente e, quindi, dei beneficiari <sup>(450)</sup>.

Se lo si compara alla fiducia di *civil law*, il *trust* denota una maggior competitività, per il minor formalismo e la duttilità che ne consente innumerevoli applicazioni pratiche, elevandosi a modello delle separazioni patrimoniali che il nostro legislatore ha codificato nel settore familiare, successorio, societario e finanziario. La polivalenza del *trust* ne suggerisce l'impiego sia nella gestione di capitali privati (anche da parte di istituti bancari), sia come strumento di finanziamento dell'impresa (speculare a quello dell'art. 2447 *decies*), sia come modello di destinazione a scopi di pubblica utilità (*Charity trust*), in alternativa alla fondazione (che richiederebbe una duplicazione della soggettività giuridica), e finanche

---

<sup>(446)</sup> MALAGUTI, *Il trust*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di Galgano, Bologna, 1999, p. 186.

<sup>(447)</sup> Nel senso che «si può parlare di fiducia in tutti quei casi in cui il fiduciante ha la certezza morale che la propria volontà sia adempiuta; e dalla certezza morale dell'adempimento nasce la discrezionalità del fiduciario, determinata dalla mancanza di precetti dettagliati, che contribuiscono a definire le fattispecie di abuso», PUTTI, *Negoziario fiduciario*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2003, p. 927.

<sup>(448)</sup> L'*Equity*, diversamente dalla *common law*, non avrebbe composto un sistema organico di norme, quanto, piuttosto, un complesso di glosse e correttivi apportati alla stessa *common law* (di qui la nozione di *equity* quale «*supplementary law*»): se la *common law* attribuì al *trustee* un diritto di proprietà pieno ed assoluto, l'*equity* dunque stabilì che quel diritto dovesse esercitarsi nell'interesse altrui.

<sup>(449)</sup> Per una più dettagliata e puntuale ricostruzione storica dell'istituto, GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, p. 453.

<sup>(450)</sup> Ed è alla matrice obbligatoria, quale *ius ad rem*, che, a ben vedere, la dottrina italiana riconduce la definizione di *trust* quale «obbligazione, non nascente dallo *ius civile*, che grava sul titolare di un diritto, ha per oggetto le forme di godimento e il finale trasferimento del diritto a terzi

quale garanzia della massa dei creditori nel corso di una procedura concorsuale (il caso è quello del commissario giudiziale nominato dal Tribunale che agisca quale *trustee* dei beni della società in liquidazione al fine di destinarne il patrimonio ai creditori della procedura di concordato preventivo).

## 2. La costituzione del fondo segregato

L'intesa fiduciaria che connota il *trust* è altro dall'accordo dell'art. 1321 c.c.: la riprova può desumersi dalla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, dal cui campo d'applicazione furono espressamente esclusi il *trust* ed i rapporti che ne fossero derivati tra il disponente, il *trustee* ed il beneficiario (art. 1, comma 2, lett. g).

Le moderne dottrine non negano un'ascendenza contrattuale al *trust*, specie nelle forme più involute di interposizione reale di persona prossime al mandato ben noto ai *civil lawyers*, ma è nella unilateralità che rinvergono la costante del negozio istitutivo<sup>(451)</sup>, che è atto recettizio, passibile del rifiuto del *trustee*, quando non si tratti di *trust* auto dichiarato, nel qual caso efficace benché i beneficiari non ne avessero avuta conoscenza<sup>(452)</sup>, sulla falsariga di quanto disposto per l'obbligazione del fideiussore (art. 1936, comma 2, c.c.).

E' proprio sul piano formale che permane, quale portato storico del dualismo tra le fonti di *common law* e d'*equity*, la genesi strutturalmente complessa della figura: nel *trust* costituito *inter vivos* all'atto istitutivo si aggiunge quello traslativo<sup>(453)</sup> dei beni dal disponente al *trustee*<sup>(454)</sup>, sulla falsariga di quel che avviene, a ben vedere, nel collegamento funzionale tra atto di fondazione ed atto di dotazione<sup>(455)</sup>.

---

ed è tutelata nell'ambito di un ordinamento distinto dallo *ius civile*, ma ad esso non contrapposto» (LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Vita not.*, 1992, 973).

<sup>(451)</sup> MANES, *L'atto istitutivo di trust fonte di obbligazioni*, in FRANZONI (a cura di) *Le obbligazioni*, III, 1, Torino, 2005, p. 704.

<sup>(452)</sup> Nella casistica di *common law*, tuttavia, la mancata comunicazione al beneficiario ha implicato, talvolta, una declaratoria di nullità per simulazione, accertato che il *trust* fu istituito al solo scopo d'opporre la segregazione patrimoniale ai creditori del disponente.

<sup>(453)</sup> Assente, invece, nel *trust* autodichiarato ed in quello testamentario.

<sup>(454)</sup> Poiché non è la contestualità a connotarli, l'atto istitutivo e quello traslativo potrebbero anche non coincidere, potendo il negozio dispositivo precedere o seguire quello istitutivo così da assumere, nella seconda ipotesi, una fisionomia non dissimile da quella del contratto definitivo che dia concreta attuazione al programma divisato in quello preliminare (nel caso di specie, nell'atto istitutivo). In questo senso, si osservi come la soggezione all'imposta fissa di registro *ex art. 11 della Tariffa*, parte I, del d.p.r. 26.4.1986, n. 131 sia giustificata proprio dalla mera natura programmatica dello strumento istitutivo, mentre l'assenza della liberalità tipica della donazione comporta la soggezione alla stessa imposta fissa di registro ma, come si dirà a breve nel testo, non anche l'astrazione causale dell'atto dispositivo.

<sup>(455)</sup> Sul quale convengono le magistrature civili (Cass. 27 febbraio 1997, n. 1806, in *Arch.civ.*, 1998, 72) ed amministrative (Cons. Stato, 3 febbraio 1996, n. 97, in *Foro amm.*, 1996, 419). Sull'inscindibile connessione tra i due atti dovuta alla sostanziale unitarietà del negozio di

Talvolta i nostri giudici hanno qualificato il *trust* quale fatto giuridico di separazione patrimoniale, a condizione che il disponente non si identificasse col *trustee* <sup>(456)</sup>: altro dall'identità soggettiva tra disponente e beneficiario, giudicata ammissibile in quanto la titolarità formale del *trustee* avrebbe escluso una interposizione fittizia di persona, sarebbe stata l'identità tra disponente e *trustee* (*trust* c.d. autodichiarato), che avrebbe arrecato, invece, un ingiusto pregiudizio alla massa dei creditori <sup>(457)</sup>.

Può tuttavia ritenersi ammissibile il *trust* «autodichiarato», altrimenti detto «statico» o «unilaterale», perché a diversa conclusione non conduce la lettera dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja <sup>(458)</sup>, né il sistema positivo che ammette, oltre alla fiducia c.d. statica, la costituzione unilaterale di patrimoni separati tanto nel diritto di famiglia (art. 167 c.c.), quanto in quello successorio (art. 490 c.c.) e societario (art. 2447 *ter* c.c.). D'altra parte, l'ordinamento inglese consente l'istituzione del *trust* con attribuzione traslativa al *trustee*, ma parimenti consente, dagli inizi del secolo decimonono, il *trust* c.d. autodichiarato, privo d'alterità soggettiva tra disponente e *trustee* (*declaration of trust*) <sup>(459)</sup>.

Quanto a struttura e funzioni, la *declaration of trust* è dunque analoga alla deliberazione costitutiva dell'art. 2447 *ter*, ma soprattutto all'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter*, per il quale è peraltro richiesta la forma solenne *ad transcriptionem*, mentre l'atto istitutivo (*inter vivos*) del *trust* è a forma libera, da provarsi per iscritto solo quando avente ad oggetto beni immobili. In ogni caso, la volontà del disponente, al pari di quella del fideiussore (art. 1937 c.c.), deve desumersi in modo espresso ed inequivoco, non ammettendosi sovrapposizioni con la *causa donandi*.

### 3. I soggetti

L'unico soggetto indispensabile alla configurazione di un *trust* permane il *trustee*:

---

fondazione, GALGANO, voce *Fondazione: I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, LXIV, Roma 1989, p. 2, nel presupposto che l'atto di dotazione (essendone privo, diversamente dall'istituzione di erede e dal legato) ripeta il proprio requisito causale nell'atto di fondazione.

<sup>(456)</sup> Condizione, questa, sempre richiesta nel progetto di *fiducie* francese.

<sup>(457)</sup> Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 469. Si trattava, nel caso di specie, d'un *trust* autodichiarato costituito con la finalità di reperire risorse destinate all'educazione dei discendenti del disponente. Si sarebbe sostanzialmente trattato, perciò, di un duplicato del fondo patrimoniale che può essere costituito dal singolo coniuge e dallo stesso amministrato, destinandone i frutti ai bisogni del nucleo familiare.

<sup>(458)</sup> Bartoli, *Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L'aja sui trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, 364, dov'è concluso che l'art. 2, § 1, Conv., alludendo ad un disponente e ad un *trustee*, non implichi che costoro debbano essere soggetti distinti, limitandosi il testo convenzionale a stabilire che, per aversi un *trust*, occorra una fattispecie in cui qualcuno svolga il ruolo di disponente e qualcuno (non necessariamente altro dal disponente) quello del *trustee*.

<sup>(459)</sup> Il *leading case* fu quello deciso in *Ex Parte Pye* (1811) 18 VES 140.

non il *settlor* (persona fisica o giuridica), come nell'ipotesi del *trust* giudizialmente dichiarato (*constructive trust*, *resulting trust* ed *implied trust*); non anche un beneficiario (persona fisica o giuridica) ben determinato, che manca tanto nei *charitable trusts*, in tutto assimilabili alle nostre fondazioni (<sup>460</sup>), quanto nei *trusts* discrezionali, ove la scelta del beneficiario è di volta in volta rimessa al *trustee*.

Posto che la destinazione dell'art. 2645 *ter* richieda un beneficiario determinato, lo scopo di pubblica utilità non riferibile a soggetti individuati richiederebbe, necessariamente, la costituzione d'un *trust* (<sup>461</sup>), poiché altro sarebbe l'erezione d'una fondazione, quand'anche fiduciaria: la duplicazione delle soggettività è una tecnica di specializzazione della responsabilità affatto distinta, sebbene equipollente *quoad effectum*, dalla separazione patrimoniale.

Tra le previsioni del *deed of trust* potrebbe figurare il *protector*, persona fisica o giuridica dotata di poteri di controllo e di veto sugli atti gestori del *trustee*. Nel diritto dei *trust*, quale legge straniera richiamata dal *trust* interno, il disponente è privo di legittimazione attiva nei confronti del gestore, diversamente da quanto accadrebbe nella separazione patrimoniale dell'art. 2645 *ter*, che pure prefigurerebbe un «frammento di *trust*» (di diritto interno) (<sup>462</sup>).

#### 4. Il *trust* e la fiducia

Nella struttura basilare, il *trust* è assimilabile alla fiducia (<sup>463</sup>), e segnatamente alla fiducia c.d. dinamica, quando il *settlor* trasferisca il cespite vincolato al *trustee*, che ne divenga intestatario obbligandosi però ad amministrarlo nell'esclusivo interesse del disponente o di un terzo (*beneficiary*) (<sup>464</sup>).

---

<sup>(460)</sup> ZOPPINI, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *Giur. it.*, 1997, 41.

<sup>(461)</sup> MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impresa*, 2006, 629.

<sup>(462)</sup> LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 172, nel senso che tutto ciò che è nell'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter* è anche nel *trust* che tuttavia presenterebbe, rispetto allo schema fiduciario di diritto interno, maggior completezza regolamentare.

<sup>(463)</sup> Sui concetti di proprietà fiduciaria e di contratto fiduciario, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 517 ss. Sul tema anche PUTTI, *Negoziario fiduciario*, cit., 927; GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548 ss., dove si osserva come il *trust* estate assecondi le stesse esigenze pratiche sottese allo *Zweckvermögen*: la destinazione permanente d'un dato patrimonio (o sua frazione) ad un determinato scopo; sulla *Zweckvermögenstheorie*, (ovvero teoria dei patrimoni destinati ad uno scopo), più diffusamente M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 99 ss.

<sup>(464)</sup> Sul distinguo tra fiducia c.d. statica, nella quale il fiduciario è già titolare del diritto che si obblighi a trasferire all'altro contraente o al terzo, e fiducia c.d. dinamica, dove il negozio

La semantica tradisce il limite della fiducia, che è nell'affidamento che il fiduciante riponga nella probità e lealtà del fiduciario che potrebbe validamente disporre del diritto trasferitogli, anche in violazione dell'obbligo assunto. Il *discrimen* è, dunque, nella mera obbligatorietà del vincolo di destinazione che non ne consentirebbe l'opponibilità ai terzi <sup>(465)</sup>, mentre l'istituto anglosassone garantisce una segregazione patrimoniale ad efficacia reale <sup>(466)</sup> che, attraverso i rimedi reipersecutori (*tracing* o *following the trust*) approntati dall'*equity*, accorda al costituente (ed al beneficiario) una tutela ben più incisiva di quella altrimenti riconosciutagli in *civil law* <sup>(467)</sup>.

Altro dalla fiducia romanistica, basata sul trasferimento al fiduciario del diritto, pieno ed assoluto, dell'art. 832, è la fiducia c.d. germanistica, specie ove si convenga che non attribuisca al *trustee* alcuna proprietà di diritto comune <sup>(468)</sup>, legittimandolo piuttosto ad esercitarla <sup>(469)</sup>, nelle forme del deposito in amministrazione o della gestione patrimoniale che tuttavia attribuirebbe al fiduciario ogni potere, compreso quello di alienare i beni del

---

fiduciario è invece preceduto da un atto di trasferimento del diritto del fiduciante al fiduciario, v. Cass., 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 10.

<sup>(465)</sup> E' appena il caso di osservare che nell'eventualità in cui il bene fosse alienato in violazione del vincolo di scopo, il fiduciante potrebbe agire nei riguardi del fiduciario per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni, ma non anche nei riguardi del terzo avente causa, rispetto al quale il *pactum fiduciae* non produce effetto alcuno. Sullo iato tra fiducia romanistica e *trust*, anche PUTTI, *Negoziario fiduciario*, cit., 927.

<sup>(466)</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, cit., 552 ss.

<sup>(467)</sup> GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, p. 457: «La particolarità della *law of trust* rispetto al nostro diritto delle relazioni fiduciarie nasce dal fatto che il diritto inglese ha avuto meno esitazioni del nostro, e degli altri diritti di *civil law*, a considerare che se un bene è affidato ad un terzo *fiduciae causa* con una destinazione di scopo, esso non entra nel patrimonio di costui al medesimo titolo di altri beni, e quindi non è a disposizione dei suoi creditori i quali possono aggredire solo i beni che appartengono a quest'ultimo nel senso che essi sono destinati a soddisfare il suo interesse al quale quello dei creditori è preferibile, mentre qualunque bene entri nella sfera formalmente proprietaria di un soggetto per essere da questo gestito al fine di soddisfare un interesse alieno rimane al servizio di quello scopo e non vi è ragione che ne sia distratto per soddisfare l'interesse dei creditori del suo occasionale gestore».

<sup>(468)</sup> Nella fiducia germanica, la proprietà, nei termini noti al civilista italiano siccome trasfusi nell'art. 832 c.c., è stata talvolta riconosciuta al fiduciario ricorrendo all'espedito della soggezione a condizione risolutiva.

<sup>(469)</sup> La diversa conformazione, basata sulla ammissibile scissione tra titolarità ed esercizio del diritto, derivava, nel sistema tedesco, dal § 185 B.G.B., per cui anche il non titolare avrebbe potuto validamente disporre della *res*, purché autorizzato dal titolare. Sul tema, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 958.

Sulla titolarità del fiduciante, Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Notariato*, 1998, 307: «La separazione dei beni conferiti dai fiducianti rispetto al patrimonio della società fiduciaria è principio vigente nel nostro ordinamento fino dalla emanazione della disciplina della società fiduciaria. Nel rapporto con la società fiduciaria al fiduciante è riconosciuto lo *status* di "effettivo proprietario", in virtù del quale gli è attribuita una tutela di carattere reale, azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato».

fiduciante reinvestendone i frutti percetti, con l'obbligo di rendere il conto della gestione<sup>(470)</sup>.

Poiché il *settlor* non è esposto agli abusi del *trustee*, già nei primi decenni del secolo scorso la dottrina italiana ritenne di non poter svilire il *trust* ad un mero rapporto fiduciario<sup>(471)</sup>. E' la realtà del vincolo di scopo connaturato alla proprietà fiduciaria la ragione della progressiva diffusione del *trust* anche in ambito continentale, giacché la *dual ownership* preclude la pignorabilità dei beni segregati ai creditori personali del *trustee*, salvaguardando l'affidamento del beneficiario dalla pretesa del terzo creditore o avente causa del *trustee*<sup>(472)</sup>. L'atto dispositivo produce una *deminutio patrimonii* per il disponente, non anche un corrispondente arricchimento del *trustee*, che non potrà ritrarre alcun vantaggio (se si eccettuano i compensi dovuti per l'attività gestoria) dalla titolarità del fondo fiduciario, così da escludersi un contratto di donazione. Ciò non significa, tuttavia, che si tratti d'un atto traslativo astratto, poiché l'indefettibile requisito causale può trarsi *aliunde*, e segnatamente nella segregazione patrimoniale divisata nell'atto istitutivo<sup>(473)</sup>: il *pactum fiduciae* assurge a

---

<sup>(470)</sup> Trib. Trani, 29 settembre 2003, in *Società*, 2004, 488: «Nell'ambito dell'amministrazione fiduciaria delle azioni e dei valori mobiliari (di tipo germanistico) deve distinguersi tra una fiducia c.d. statica e una fiducia c.d. dinamica, facendo specifico riferimento al complesso dei poteri conferiti dal fiduciante al fiduciario. Mentre la prima (detta anche deposito in amministrazione) si fonda sulla pattuizione che la proprietà dei titoli rimane in capo al fiduciante con l'obbligo da parte della società fiduciaria di restituire gli stessi titoli ricevuti, i quali non si confondono mai con il suo patrimonio mobiliare, l'amministrazione dinamica (detta anche gestione patrimoniale) conferisce alla società fiduciaria ogni potere, compresi anche quelli di vendere i titoli stessi e di reinvestire i frutti percepiti, con il solo obbligo di restituire al fiduciante il risultato utile della gestione, in denaro o in titoli, con il relativo rendiconto; in questo secondo caso i titoli ricevuti in amministrazione si confondono nel patrimonio della società fiduciaria, e questa assume direttamente su di sé ogni diritto od obbligo derivante dalla gestione dei valori ad essa conferiti, compreso anche l'obbligo di integrare il versamento della quota sociale sottoscritta per conto del suo fiduciante».

<sup>(471)</sup> GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 551.

<sup>(472)</sup> Sull'estensione dell'effetto segregativo, GAMBARO, *Trust*, cit., 468: «I beni trasferiti con il negozio costitutivo formano un patrimonio separato rispetto a quello del fiduciario-*trustee* e non possono essere aggrediti dai suoi creditori. Nemmeno però possono essere aggrediti dai creditori del costituente se non tramite azione pauliana e sempre che ne esistano gli estremi».

<sup>(473)</sup> MANES, *L'atto istitutivo di trust fonte di obbligazioni*, cit., 704. In giurisprudenza, in senso conforme il Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in *Vita not.*, 2003, 1297; in *Foro it.*, I, 1295, in *Giur. merito*, 2004, 469: «Non è possibile sanzionare con la nullità l'atto di trasferimento dei beni dal "settlor" al "trustee" in quanto "negozio astratto di trasferimento" sia perché, (...) la configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita, trova fondamento nello stesso principio dell'autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, 2° comma, c.c., sia (e soprattutto) perché la causa del trasferimento, che è ben lungi dall'essere "astratto", si deve rinvenire nel collegato negozio istitutivo di "trust" (che si concretizza nei suoi scopi proprio attraverso il predetto trasferimento) per il quale la meritevolezza degli interessi realizzati è stata *ex lege* sancita dalla convenzione de L'Aja del 1985 e dalla disciplina legislativa che ne ha dato esecuzione. L'art. 6 della convenzione (la cui operatività discende dall'estremità della legge regolatrice prescelta) non prevede alcun limite in

causa del negozio dispositivo, dunque non può ridursi a mero motivo dell'atto d'autonomia privata, come tale giuridicamente irrilevante agli effetti dell'opponibilità al terzo del rapporto fiduciario <sup>(474)</sup>.

## 5. Il *trust* quale patrimonio separato

I beni della *trust property*, già nella definizione datane dalla Convenzione dell'Aja, compongono un compendio distinto dal restante patrimonio del *trustee*, e segnatamente un patrimonio separato, poiché non rientrano nel regime matrimoniale né nella successione ereditaria del *trustee*, e nemmeno sono esposti alle azioni esecutive dei suoi creditori personali (art. 11, Conv.).

Quel patrimonio è amministrato e gestito dal *trustee*, che può dunque disporre, nel rispetto di quanto stabilito nell'atto istitutivo e dalle prescrizioni di legge, con obbligo di renderne il conto. Nei giudizi che riguardino la massa separata, che non prefigura una persona giuridica né altro ente autonomo, legittimato attivo e passivo è il *trustee*, in tale sua qualità.

La separazione patrimoniale emerge nella prevalenza dell'*Equity* sulla *common law* che esclude il *trust fund* dal fallimento del *trustee*: diversamente, i creditori concorsuali s'arricchirebbero, ingiustificatamente, a spese del *cestui que trust*, poiché ad essi non potrebbero spettare diritti maggiori di quelli spettanti, nei riguardi del beneficiario, al *trustee* dichiarato fallito. Emerge, altresì, dall'autonoma capacità contributiva del *trust*: per l'Agenzia delle Entrate, l'affidamento dei beni in *trust* configura un autonomo centro unitario di produzione di reddito, talché non possa considerarsene il *trustee* il soggetto passivo d'imposta.

Specie quando s'abbia riguardo al modello c.d. autodichiarato, in cui manca una attribuzione traslativa dal disponente al *trustee*, al *trust* bene s'attaglia, dunque, la nozione di patrimoni separati coniata dalla dottrina italiana sin dalla prima metà del secolo scorso, che li

---

relazione ai legami oggettivi e soggettivi intercorrenti tra gli elementi del rapporto fiduciario e la legge regolatrice».

<sup>(474)</sup> *Contra* SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, 161 ss.: «la cosiddetta *causa fiduciae* in sostanza si risolve in un'arbitraria e non consentita astrazione parziale dalla causa del negozio tipico. Una vendita, una donazione, una disposizione di ultima volontà fiduciaria non sono possibili, perché la funzione cui sarebbero piegate dalla c.d. *causa fiduciae* sarebbe incompatibile con la causa propria di questi negozi».

intese quali «masse di beni» che «*pur non cessando di appartenere allo stesso soggetto, stanno ciascuna a sé*»<sup>(475)</sup>.

## 6. L'invalidità del *trust* (straniero)

Seppure concepito, in origine, in funzione dell'elusione dei tributi che nell'età feudale gravavano le proprietà terriere, il *trust* della *common law* dunque non concreta, *ex se*, un atto simulato o in frode ai creditori. Poiché occorre valutarne la meritevolezza in concreto, il fine divisato dal *settlor* non potrebbe risolversi, tuttavia, nella mera elusione dell'art. 2740 c.c., passibile della duplice sanzione dell'art. 2901 c.c. e dell'art. 388 c.p.<sup>(476)</sup>.

La meritevolezza dello scopo di segregazione è, nel *trust* straniero, la medesima dell'art. 2645 *ter* e va dunque acclarata, ai sensi degli artt. 1322 e 1324 c.c., con riguardo all'atto istitutivo<sup>(477)</sup>. La violazione di norme imperative del diritto interno implica il disconoscimento del *trust*, con disapplicazione della legge straniera richiamata nell'atto istitutivo che, a quel punto, dovrà considerarsi nullo, in conformità delle invalidità del quarto libro del codice civile: per il collegamento funzionale che li avvince, specie quando cronologicamente distinti, le nullità dell'atto istitutivo produrrebbero l'astrattezza dell'attribuzione patrimoniale dell'atto dispositivo che dal primo ripeta, quale atto a causa esterna, l'attributo dell'art. 1325, n. 2, c.c., in evidente assonanza con la nullità dell'atto di fondazione con conseguente nullità, per attrazione, dell'atto di dotazione<sup>(478)</sup>.

Le sorti dell'atto dispositivo, ovviamente, non muterebbero quando, in luogo della nullità, fosse eccepita l'inesistenza o mancata produzione dell'atto istitutivo, che non

---

<sup>(475)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, 223 (il corsivo del testo è dell'Autore). Cfr. anche PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, 2, dove si legge che «il patrimonio separato e il patrimonio autonomo hanno un'identica natura giuridica, e si differenziano l'uno dall'altro, perché il primo appartiene ad un unico soggetto, e il secondo a più soggetti».

<sup>(476)</sup> Cfr. Cass., 23 novembre 2004, n. 48708, in *Riv. pen.*, 2005, 582, sulla responsabilità del promissorio acquirente che, costituendo il *trust*, intese sottrarsi al lodo arbitrale (equiparato, agli effetti dell'art. 388 c.p., alla sentenza resa in giudizio) costitutivo della cessione definitiva della partecipazione societaria dedotta nel preliminare di vendita inadempito.

<sup>(477)</sup> Anche per l'atto che istituisce il *trust* può prefigurarsi un contenuto minimo essenziale, sulla falsariga di quanto disposto, per il patrimonio destinato allo specifico affare, dall'art. 2447 *ter* c.c. L'atto dovrà quantomeno indicare, oltre allo scopo divisato dal *settlor*, anche: 1) la persona del disponente; 2) il *trustee*; 3) i beneficiari; 4) i beni conferiti nel fondo fiduciario, in caso di contestualità dell'atto istitutivo e dell'atto dispositivo; 5) la soggezione del *trust* agli effetti del suo riconoscimento in forza della Convenzione dell'Aja; 6) la durata della segregazione patrimoniale; 7) la legge che regoli il *trust*; 8) i poteri conferiti al fiduciario e gli obblighi che questi assuma MANES, *L'atto istitutivo di trust fonte di obbligazioni*, in FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, III, 1, Torino, 2005, p. 705 ss.

<sup>(478)</sup> Cons. Stato, 3 febbraio 1996, n. 97, in *Foro amm.*, 1996, 419, con l'ulteriore precisazione che la nullità dell'atto di dotazione comporta l'impossibilità di realizzare lo scopo specificato nel negozio di fondazione.

consentirebbe la sussunzione dell'attribuzione traslativa in alcuno schema causale di diritto positivo <sup>(479)</sup>: quell'astrattezza, a ben vedere, non consentirebbe alcun vaglio di meritevolezza ai sensi del capoverso dell'art. 1322 c.c. <sup>(480)</sup>.

## 7. La surrogazione reale dei beni destinati

Il *trust fund* diverrebbe figura prossima all'*universitas iuris*, quando ad una disciplina atomistica dei singoli beni o rapporti giuridici fosse preferita una qualificazione funzionalmente unitaria della massa (separata siccome) vincolata allo specifico scopo.

In funzione del *tracing* (*the trust property*) del beneficiario, i beni acquistati dal *trustee* dunque si sostituirebbero a quelli in origine trasferitigli in *legal ownership*, prefigurando una surrogazione reale analoga a quella dei beni acquistati dal coniuge col prezzo dell'alienazione dei beni parafernali (art. 179, comma 1, lett. f) <sup>(481)</sup>, ed al *novum* del pegno rotativo invalso nella prassi bancaria, dove i beni in garanzia rilevano non nella loro individualità, ma per il loro valore economico <sup>(482)</sup>.

Nell'eventualità in cui il *trustee*, senza esservi autorizzato, alienasse i beni affidatigli <sup>(483)</sup> impiegandone il corrispettivo nell'acquisto d'un bene d'altra natura <sup>(484)</sup>, il beneficiario

---

<sup>(479)</sup> Non nella vendita, per difetto di corrispettivo; né nella donazione, mancando lo spirito di liberalità.

<sup>(480)</sup> Trib. Trieste, Ufficio del Giudice tavolo, 7 aprile 2006, in *Notariato*, 2006, 539.

In assenza dell'atto istitutivo, la nullità dell'attribuzione traslativa è conseguenza imposta dall'impossibilità di stabilire quale legge le parti abbiano prescelto per la disciplina del *trust*, così da non poterne valutare la contrarietà all'ordinamento giuridico italiano, né l'eventuale impiego in funzione d'una frode alla legge nazionale.

<sup>(481)</sup> Cass., 20 gennaio 2006, n. 1197, in *Giust. civ. Mass.*, 2005: «In tema di comunione legale tra coniugi, il denaro ottenuto a titolo di prezzo per l'alienazione di un bene personale rimane nella esclusiva disponibilità del coniuge alienante anche quando esso venga dal medesimo accantonato sotto forma di deposito bancario sul proprio conto corrente, giacché il diritto di credito relativo al capitale non può considerarsi modificazione del capitale stesso, nè è d'altro canto configurabile come un acquisto nel senso indicato dall'art. 177, comma 1, lett. a, c.c., cioè come un'operazione finalizzata a determinare un mutamento effettivo nell'assetto patrimoniale del depositante. Pertanto, il coniuge può utilizzare le somme accantonate sul di lui conto corrente, provenienti dall'alienazione di un bene personale, ai fini della surrogazione reale di cui all'art. 179, comma 1, lett. f, c.c.».

<sup>(482)</sup> Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, in *Foro it.*, 2000, I, 528: «È legittimo il c.d. "pegno rotativo", che si realizza quando nella convenzione costitutiva della garanzia - avente efficacia obbligatoria - le parti prevedano la possibilità di sostituire i beni originariamente costituiti in garanzia, con la conseguenza che la sostituzione posta in essere non determina effetti novativi sul rapporto iniziale a condizione che le sostituzioni risultino da atti scritti aventi data certa, che avvenga la consegna del bene e che questo bene offerto in sostituzione abbia un valore non superiore a quello sostituito».

<sup>(483)</sup> Si faccia il caso di azioni di società.

<sup>(484)</sup> Quale potrebbe essere, a mero titolo esemplificativo, un bene immobile. S'osservi, a questo proposito, che consimile surrogazione richiederebbe, nel nostro sistema, l'adempimento degli

potrebbe perciò rivendicare la proprietà del bene di nuova acquisizione – ciò che equivarrebbe, in buona sostanza, ad una ratifica dell'operato del *trustee* infedele <sup>(485)</sup> – in alternativa alla garanzia riconosciutagli dall'*Equity* sull'intero suo valore.

In tal modo, la surrogazione reale diverrebbe un efficace dispositivo di conservazione del vincolo di destinazione <sup>(486)</sup>, rimediando agli abusi della gestione infedele della massa separata, a tutela dei beneficiari dell'art. 2645 *ter* c.c., dei creditori del patrimonio destinato allo specifico affare (art. 2447 *bis* c.c.), nonché d'ogni altro interessato, negli altri modelli di patrimonio destinato. La surrogazione reale sarebbe favorita dalla composizione del compendio vincolato, quando risultante da valori patrimoniali, non da beni individuati <sup>(487)</sup>, in alternativa all'azione revocatoria ed alla decadenza dal beneficio della responsabilità limitata <sup>(488)</sup>, fatta salva, s'intende, l'azione risarcitoria di diritto comune, non solo per distrazione o confusione, ma anche per perdita o deterioramento della *res* destinata, imputabile a fatto colposo del gestore.

Anche gli incrementi autogeni del *trust fund* spettano al beneficiario e restano perciò sottratti alle azioni esecutive dei creditori del *trustee* <sup>(489)</sup>, analogamente a quel che avviene per i frutti civili acquisiti «giorno per giorno» dal patrimonio destinato allo specifico affare (art. 821, comma 3, c.c.) (v. *supra*).

## 8. Il *trust* «interno»

Nel nostro Paese, il rinnovato interesse per l'istituto più caratteristico della *common law* è dovuto a quella giurisprudenza che ha riconosciuto il *trust* c.d. «interno» o «domestico» <sup>(490)</sup>, quello, cioè, il cui unico elemento d'estraneità consti della legge straniera da applicarsi, scelta *ad libitum* dal disponente, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja

---

oneri pubblicitari, e segnatamente la trascrizione, onde poter opporre l'acquisto (in favore della massa separata) ai terzi creditori o aventi causa.

<sup>(485)</sup> Per la quale occorre, evidentemente, che il beneficiario sia capace di agire.

<sup>(486)</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 228 ss.

<sup>(487)</sup> M. BIANCA - D'ERRICO - DE DONATO - PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, p. 40.

<sup>(488)</sup> PARTISANI, *La responsabilità civile nella gestione separata dei patrimoni destinati allo specifico affare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1565.

<sup>(489)</sup> Per l'Agenzia delle Entrate, il reddito prodotto dal *trust* è segregato dalle altre fonti reddituali che facciano capo al *trustee* che nemmeno potrà costituirne il soggetto passivo d'imposta, per la destinazione allo specifico scopo diviso dal *settlor*.

<sup>(490)</sup> Da ultimo, Trib. Milano, 23 febbraio 2005, che si legge in [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it), sull'omologa giudiziale delle condizioni di separazione personale tra le quali fu acclusa la costituzione d'un *trust* autodichiarato dal marito in favore della figlia minore; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trusts*, 2005, 83, in un caso di pignoramento eseguito presso il terzo che all'udienza

(<sup>491</sup>). Il tema, evidentemente, è connesso all'art. 2645 *ter*, che pare concepito proprio in funzione della trascrivibilità dell'atto di destinazione atipica, quale sarebbe il *trust*.

La maggior condiscendenza mostrata dalle corti italiane nei confronti dell'istituto muove essenzialmente dal presupposto che l'art. 2 della Convenzione, che definisce il *trust* (<sup>492</sup>), ed il successivo art. 11, che ne descrive esaustivamente gli effetti (<sup>493</sup>), non abbiano natura di diritto internazionale privato, costituendo, piuttosto, norme di diritto sostanziale uniforme capaci di derogare al diritto dello Stato contraente (non *trust*), in applicazione dei principi di successione delle leggi nel tempo e, segnatamente, del criterio di specialità (*lex specialis posterior derogat priori generali*) (<sup>494</sup>).

Superate le iniziali diffidenze e censure (<sup>495</sup>), la giurisprudenza maggioritaria oggi ritiene che il *trust* interno non confligga né con l'art. 2740 c.c., né col *numerus clausus* dei

---

di rito dichiarò di detenere le somme asseritamente dovute dalla debitrice (*settlor*) in qualità di *trustee*, così da escluderne la pignorabilità *a latere creditoris*.

(<sup>491</sup>) Segnatamente, posta la legge straniera come unico elemento di estraneità, si tratterebbe di *trust* interno ogniqualvolta si fosse in presenza di un *trust* istituito da un cittadino italiano, su beni siti nel territorio italiano a favore di beneficiari italiani, residenti in Italia, con *trustees* anch'essi di nazionalità italiana e residenti in Italia.

(<sup>492</sup>) A norma del quale «per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il *trust* presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*; c) il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge. Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*».

(<sup>493</sup>) In cui è stabilito, quanto ai caratteristici effetti segregativi, che «Un *trust* costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come *trust*. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di *trustee* davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica. Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare: a) che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare i beni del *trust*; b) che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta; c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*; d) che la rivendicazione dei beni del *trust* sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro».

(<sup>494</sup>) Ha aderito a questa impostazione MANES, *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, 575 ss.: «che il nostro ordinamento giuridico veda formarsi a fronte del processo di internazionalizzazione dei rapporti economici un diritto privato uniforme, è dato di evidenza palese cui si accompagna la conseguenza tecnico-giuridica della integrazione e riorganizzazione del tradizionale sistema delle fonti così come consegnatoci dalle preleggi» (577).

(<sup>495</sup>) In questo senso cfr., tra le pronunce più significative, Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1929; Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 574.

diritti reali e degli atti passibili di trascrizione, ammettendone la piena validità ed efficacia ove l'autonomia privata non persegua finalità abusive o fraudolente <sup>(496)</sup>.

L'inammissibilità del *trust* interno non potrebbe (più) reggersi sull'art. 2740 c.c., nel quale non s'esplicherebbe un principio d'ordine pubblico economico (art. 16, legge 31 maggio 1995, n. 218; art. 1343 c.c.) <sup>(497)</sup>, poiché, diversamente, l'effetto segregativo (specie quando si trattasse di *trust* autodichiarato) riceverebbe un trattamento peggiore rispetto a quello riservato agli altri modelli di patrimonio separato del nostro sistema positivo <sup>(498)</sup>, ed in specie rispetto a quello dell'art. 2645 *ter*. Né è parso risolutivo l'art. 13 della Convenzione, che riconosce la facoltà degli Stati aderenti di disconoscere il *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della *lex fori*, del luogo di amministrazione e della residenza o sede del *trustee*, siano più strettamente collegati ad ordinamenti che non disciplinino il *trust* <sup>(499)</sup>.

---

Tra le pronunce più risalenti in materia, invece, v. App. Cagliari, 12 maggio 1898, in *Giur. it.*, 1898, I, 2, 612; Cass. Roma, 21 febbraio 1899, in *Foro it.*, 1900, I, 593; Cass. Napoli, 29 marzo 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, 1, 649: «La costituzione di un *trust* secondo le leggi inglesi non è un fedecommesso né da vita ad un ente giuridico autonomo, organizzando semplicemente una amministrazione a scopo di conservazione del patrimonio nell'interesse dei successivi chiamati a goderne. Perciò se l'erede fu istituito anche usufruttuario dei beni che sono oggetto del *trust*, è legalmente proposta contro di lui l'azione di pagamento di un legato periodico assegnato dal defunto sulle rendite del *trust*».

<sup>(496)</sup> Da ultimo, v. Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, cit. *supra*: «Il negozio di *trust*, e più precisamente il c.d. “*trust* interno” o domestico, persegue un interesse meritevole di tutela, non contrasta con norme imperative o con principi d'ordine pubblico ed ha l'effetto di segregare i beni trasferiti rispetto al restante patrimonio del *trustee*; esso pertanto è valido ed efficace a meno che non abbia intenti abusivi o fraudolenti».

<sup>(497)</sup> *Contra* Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14.7.1999, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 251, che rigettò il reclamo avverso la Conservatoria dei registri immobiliari che rifiutò la trascrizione d'un *trust* interno, motivando che «non sono riconoscibili i *trust* puramente domestici, privi di elementi di estraneità: costituiti in Italia, da cittadini italiani e che abbiano ivi i loro elementi soggettivi ed oggettivi solo sulla base del presupposto che richiamino, ai fini della regolamentazione, la legge di un ordinamento che riconosca l'istituto; che, a voler diversamente ragionare, la formazione di un *trust* retto da legge straniera, quando tutti gli elementi della fattispecie si riferiscono all'ordinamento italiano, potrebbe rappresentare un abuso della regola normativa che permette la scelta della legge applicabile, abuso che potrebbe portare alla deroga di disposizioni imperative del diritto italiano, in particolare a quella prevista dall'art. 2740 c.c.».

<sup>(498)</sup> Tra le quali proprio i patrimoni destinati allo specifico affare dell'art. 2447 *bis* c.c., cui espressamente allude, in parte motiva, il Trib. Firenze, 30 giugno 2005, in Banca dati giurisprudenziale *Juris data*, della Giuffrè. In senso conforme il Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, cit.; Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007, con nota di Brunetti, dove si legge che «la separazione o, come si dice più spesso anche nell'atto in esame, la “segregazione” dei beni dal patrimonio del loro titolare è dato caratteristico e qualificante di ogni *trust*, sicché l'art. 2740 c.c. e le altre norme invocate precluderebbero l'esistenza giuridica per il nostro ordinamento di qualsiasi *trust*, mentre c'è la legge di ratifica che sancisce il contrario».

<sup>(499)</sup> Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, cit., nel senso che ai fini dell'art. 13 Conv. de L'Aja non fosse sufficiente la presenza di un *trust* i cui elementi significativi fossero collegati con lo Stato

## 9. La natura internazional-privatistica della Convenzione de l'Aja

Il dissenso sulla riconoscibilità del *trust* domestico muove, invece, dal preambolo della Convenzione dell'Aja<sup>(500)</sup> e dalla lettera dell'art. 13 Conv.<sup>(501)</sup> che, letti in combinato disposto, svelerebbero la reale natura internazional-privatistica, e non già di diritto sostanziale uniforme, delle norme convenzionali la cui applicazione postuli elementi di estraneità della fattispecie<sup>(502)</sup> rispetto alla *lex fori*<sup>(503)</sup>.

La Convenzione de l'Aja non introdurrebbe l'istituto di *common law* in ordinamenti che non l'avessero contemplato, piuttosto consentendovi, attraverso il riconoscimento, l'operatività, secondo una lettura restrittiva dell'art. 13 Conv. che non violerebbe il precetto dell'art. 3 Cost.<sup>(504)</sup>, benché il conferimento di beni localizzati nel nostro territorio, regolato dalla legge straniera, fosse consentito al *settlor* di cittadinanza straniera, non anche al cittadino italiano: l'effettiva presenza d'elementi di collegamento con un ordinamento che conosca il *trust*, presupposta per l'applicabilità dell'istituto nel nostro ordinamento, configurerebbe una fattispecie oggettivamente diversa da quella puramente interna, tale da rendere ragionevole e giustificata la diversità di trattamento derivante dall'applicabilità della Convenzione de l'Aja alla prima, non anche alla seconda<sup>(505)</sup>.

Il *trust* interno avrebbe dunque prefigurato un negozio traslativo astratto, come tale nullo, ai sensi degli artt. 1325, n. 2 e 1418, comma 2 c.c.<sup>(506)</sup>. Di diverso avviso l'indirizzo

---

italiano per la disapplicazione della legge scelta dal *settlor*, richiedendosi, piuttosto, un intento in frode alla legge.

<sup>(500)</sup> Ove si legge che gli Stati firmatari intesero «stabilire disposizioni comuni relative alla legge applicabile al *trust*» e «risolvere i più importanti problemi relativi al suo riconoscimento».

<sup>(501)</sup> A norma del quale «Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione».

<sup>(502)</sup> Evidentemente ulteriori e distinti dalla legge da applicare, dal luogo di amministrazione e di residenza abituale del fiduciario quali, ad esempio, la cittadinanza straniera del *settlor*-costituente.

<sup>(503)</sup> Sul tema GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 959, ove il *trust* interno è definito quale «ipotesi bizzarra»; BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in *Jus*, 1997, 11; CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 441.

<sup>(504)</sup> LUPOI, *Legittimità dei trust interni*, in BENVENUTI (a cura di) *I trust in Italia oggi*, Milano, 1996, 29.

<sup>(505)</sup> Trib. Belluno, 25 settembre 2002 (decr.), in *Giur. merito*, 2003, 1688, nel presupposto che non sussista, in base all'art. 13 Conv., alcun obbligo degli Stati contraenti di riconoscere *trusts* privi di collegamenti sostanziali con ordinamenti che conoscono l'istituto nel proprio diritto interno.

<sup>(506)</sup> Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit..

che, pur non elevandone la Convenzione de l'Aja a fonte normativa interna, ha ritenuto di poter applicare al *trust* interno la *lex fori* (v. *infra*)<sup>(507)</sup>.

## 10. Il *trust* come negozio atipico

La qualificazione internazional-privatistica delle norme della Convenzione de l'Aja preclude la scelta, altrimenti concessa alle parti, d'una legge regolatrice diversa da quella cui facciano riferimento tutti gli elementi della fattispecie, non anche la qualificazione del *trust* domestico quale negozio atipico, valido in quanto diretto, in concreto, a realizzare interessi meritevoli di tutela (artt. 1322, comma 2 e 1324 c.c.)<sup>(508)</sup>: altro dalla meritevolezza in concreto del *trust*, da accertarsi caso per caso, ne sarebbe l'ammissibilità in astratto, non preclusa *a priori* dalla possibile violazione delle norme in tema di successioni o fedecommesso.

Il *trust* interno parteciperebbe, in buona sostanza, della medesima causa del *trust* straniero, consistente nella costituzione d'un patrimonio separato, gestito nell'interesse altrui (i *beneficiaries* o *cestuis que trust*), la cui liceità deriverebbe dalla clausola di meritevolezza dell'art. 1322 c.c., analogamente a quanto accadrebbe per le altre fattispecie, tipiche, del fondo patrimoniale (art. 167 c.c.), dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza (art. 2117 c.c.) e dei patrimoni destinati allo specifico affare (art. 2447 *bis* c.c.). In questo modo, la *lex fori* potrebbe risolversi nello statuto dell'art. 2645 *ter*, che disciplinerebbe la sostanza e la forma dell'atto destinatorio suscettibile di trascrizione<sup>(509)</sup>.

Il *trustee* acquisirebbe la piena proprietà (art. 832 c.c.) del fondo destinato, incorrendo nella responsabilità dell'art. 1218 c.c., in caso di inadempimento delle obbligazioni gestorie assunte in favore dei beneficiari: ricondotto alle tradizionali categorie civilistiche, all'ammissibilità del *trust* non osterebbe il *numerus clausus* delle proprietà fiduciarie. I creditori del disponente potranno dunque agire in revocatoria, potranno far

---

<sup>(507)</sup> Con conseguente nullità, per impossibilità dell'oggetto, della clausola che prevedesse l'applicazione d'una legge straniera: cfr. Trib. Velletri, 29 giugno 2005.

<sup>(508)</sup> Trib. Velletri, 29 giugno 2005, che ha ritenuto valido, e regolato dalla legge italiana, il *trust* istituito con attribuzione traslativa al *trustee*, destinato al sostentamento dei nipoti del disponente.

<sup>(509)</sup> Ed è proprio in questo senso, come si vedrà più oltre, che le lacune dell'art. 2645 *ter* inducono alla ricerca d'una disciplina comune della separazione patrimoniale, sì da poter integrare, reciprocamente, le discipline dei modelli codificati (si pensi alla valenza ultrasettoriale della clausola di inopponibilità del vincolo di scopo congegnata nel diritto societario dei patrimoni destinati allo specifico affare degli artt. 2447 *bis* e ss.).

valere la nullità della destinazione in frode alla legge o la sua inefficacia per simulazione, ma non potranno invocarne la nullità *in re ipsa*, per violazione dell'art. 2740 c.c. (<sup>510</sup>).

## 11. La trascrivibilità del *trust*

Affinché la separazione patrimoniale, ed in specie la coesenziale limitazione di responsabilità (art. 2740 c.c.), possa opporsi al terzo in buona fede, è indispensabile la pubblicità del vincolo di destinazione. Per questo a lungo s'è dibattuto sulla trascrivibilità del *trust* nei pubblici registri (<sup>511</sup>), quale formalità che non avrebbe ammesso equipollenti nella soluzione dei conflitti insorti sulla circolazione del bene vincolato.

In tal senso, la enumerazione, asseritamente tassativa, dell'art. 2643 c.c. non è parsa dirimente (<sup>512</sup>), mentre l'applicazione analogica della disciplina pubblicitaria (degli effetti del fondo patrimoniale (art. 2647 c.c.) (<sup>513</sup>) avrebbe consentito la trascrizione del *trust*, cui fu

---

(<sup>510</sup>) Trib. Velletri, 29 giugno 2005, cit., nei motivi: «L'art. 2740 è, infatti, espressione di un principio generale che impone la tutela delle ragioni dei creditori contro gli atti fraudolenti dei debitori, ma non limita l'autonomia privata, essendo a questa complementare. Trovando la detta disposizione la sua *ratio* nella protezione dell'interesse del creditore a soddisfarsi sul patrimonio del debitore, non è necessario, per conseguire tale obiettivo, individuare un limite all'autonomia privata, potendosi fare ricorso al sistema revocatorio».

(<sup>511</sup>) I termini della disputa dottrinale sulla trascrivibilità del *trust* possono riassumersi nei contrapposti orientamenti espressi da LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1159 e da GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 11; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, *ivi*, 2001, 1247, che contrariamente al primo si oppone alla riconoscibilità (e, *a fortiori*, alla trascrivibilità) del *trust* domestico.

(<sup>512</sup>) Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 469; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, *ivi*, 2003, 2152: «L'adesione alla convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985 (ratificata con la l. 16 ottobre 1989, n. 364), quanto alla costituzione in *trust* di beni immobili (istituto di diritto anglosassone), consente di travalicare il divieto ordinamentale posto dall'art. 2740 c.c. avverso la stipula di atti dall'analogo contenuto, per cui, in mancanza di tassatività degli atti trascrivibili, la trascrizione dell'atto istitutivo del *trust* deve ritenersi legittimamente trascrivibile in mancanza di divieti espressi e di qualsivoglia incompatibilità con l'ordinamento giuridico italiano». *Contra*, Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, in *Contratti*, 2004, 722; Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 329, annotato da Thiene: «In assenza di una specifica disciplina volta ad individuare gli adempimenti indispensabili per l'intervento dell'atto traslativo del bene in capo al *trustee* e la necessaria annotazione del titolo istitutivo del *trust*, non è operante nel sistema tavolare la previsione pubblicitaria contenuta art. 12 della Convenzione dell'Aja in materia di *trust*». Sebbene solo incidentalmente, e comunque ben prima dell'introduzione dell'art. 2645 *bis* c.c. sulla trascrivibilità del contratto preliminare, sembrò pronunciarsi nel senso d'una enumerazione tassativa dell'art. 2643 c.c. la Cass., 13.5.1982, n. 3001, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1132; in *Giust. civ.*, 1982, I, 2697.

(<sup>513</sup>) Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in *Riv. notariato*, 2003, 253: «L'atto costitutivo di *trust* su beni immobili, pur non rientrando in alcuna delle categorie di atti previste dagli artt. 2643 e 2645 c.c., appare assimilabile al fondo patrimoniale, in entrambi i casi venendo posto un limite – per il titolare formale dei beni – alla disponibilità di determinati beni per il raggiungimento di uno scopo determinato; quindi, in analogia con la previsione di cui all'art. 2647 c.c. per la costituzione del fondo patrimoniale, anche l'atto costitutivo del *trust* va assoggettato a trascrizione (e ciò anche in

associata una sorta di proprietà «qualificata». Si disse che opinando in senso contrario sarebbe equivalso ad inficiare la stessa ratifica della XV Convenzione dell'Aja<sup>(514)</sup>, talché, in definitiva, la valenza di norma sostanziale uniforme, già riconosciuta agli artt. 2 e 11 Conv. (così ricondotti alla riserva di legge del 2° comma dell'art. 2740 c.c.), dovesse attribuirsi anche all'art. 12 Conv.<sup>(515)</sup>, in guisa da prefigurare un diritto potestativo del *trustee* alla trascrizione richiesta<sup>(516)</sup>.

L'art. 2645 *ter* c.c., già qualificato quale «frammento di *trust*»<sup>(517)</sup>, dovrebbe aver comunque risolto ogni questione, tanto più ove si consideri che la pubblicità del diritto reale di godimento è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trovi al momento dell'atto che ne disponga (art. 55, l. 31 maggio 1995, n. 218): anche il *trust* (ed in specie il *trust* autodichiarato) è atto di destinazione atipica passibile di trascrizione, talché i beni che vi fossero conferiti ed i loro frutti possano essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione, con conseguente pignorabilità della massa separata solo per debiti contratti in ragione dello specifico scopo.

Ad eccezione del *trust* autodichiarato (in cui il disponente conserva, in qualità di *trustee*, la proprietà della massa separata), l'opponibilità del *trust* con attribuzione traslativa in favore del fiduciario richiederebbe, peraltro, l'adempimento d'una duplice formalità: la trascrizione contro il *settlor* ed in favore del *trustee*; quindi la trascrizione del vincolo di

---

considerazione dell'esigenza di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione posto a carico di beni immobili, per i quali il legislatore nazionale ha previsto una disciplina tutta improntata al regime pubblicistico)».

<sup>(514)</sup> In questo senso anche il Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 372.

<sup>(515)</sup> GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 262, che ammette la trascrivibilità del *trust* riconoscendo nell'art. 12 Conv. una norma sostanziale del foro e quindi, ancora una volta, in base al brocardo *lex specialis posterior derogat priori generali*.

E' appena il caso di rammentare che a norma dell'art. 12 Conv. «il *trustee* che desidera registrare i beni mobili e immobili, o documenti attinenti, avrà facoltà di richiedere l'iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo». Le più generiche espressioni «registrazione» o «iscrizione» si prestano a ricomprendere nel perimetro applicativo della norma diverse formalità pubblicitarie. Nel nostro caso, le espressioni del testo convenzionale dovranno perciò riferirsi alla trascrizione nei registri immobiliari, nel pubblico registro automobilistico, nel registro navale italiano, nonché all'iscrizione nel registro delle imprese, nel libro soci e via di seguito.

<sup>(516)</sup> Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 241; in *Notariato*, 2002, 383 (nel caso di specie si trattò di *trust* costituito da cittadina italiana residente in Italia, che nominò sé stessa quale *trustee* di beni localizzati in territorio italiano, indicando come beneficiario il proprio fratello, anch'egli cittadino italiano residente in Italia); Trib. Milano, 29 ottobre 2002, cit.; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, cit.; *contra* Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit.

<sup>(517)</sup> LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 169 ss.

destinazione fiduciaria (contro il *trustee* ed in favore dei soggetti beneficiari della segregazione) <sup>(518)</sup>.

L'effetto segregativo del *trust* immobiliare deriverebbe dalla ratifica della Convenzione dell'Aja, non dalla trascrizione che, quale forma di pubblicità dichiarativa, varrebbe ai soli fini dell'opponibilità ai terzi del vincolo di scopo <sup>(519)</sup>. Per questo potrebbe trascriversi qualsiasi *trust* riconosciuto in Italia in applicazione della Convenzione dell'Aja, e ciò quand'anche la sostanza e la forma richieste dalla legge straniera non coincidessero con quelle dell'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter* <sup>(520)</sup>: altro dall'ordine pubblico interno è, infatti, il limite dell'ordine pubblico internazionale che potrebbe non precludere il riconoscimento, e quindi la trascrizione <sup>(521)</sup>, d'un *trust* privo di limiti di durata, ovvero con durata eccedente i novanta anni o la vita del beneficiario (persona fisica).

## 12. La *fiducie* francese

In Francia oramai da un trentennio, e segnatamente dal primo avan-progetto del 1989, si discute della *fiducie*, quale omologo del *trust* della *common law*, preferito dal legislatore d'oltralpe - l'ultimo progetto legislativo è del febbraio del 2005 <sup>(522)</sup> - alla ratifica della XV Convenzione de l'Aja <sup>(523)</sup>.

La *fiducie* è destinata da innovare il terzo libro del *Code civil*, intitolato «*Des différentes dont on acquiert la propriété*», aggiungendovi il titolo XVI *bis*, «*De la fiducie*».

La *fiducie* è un contratto col quale il costituente trasferisca tutto o parte dei suoi beni o diritti ad un fiduciario incaricato di agire per un fine determinato, a profitto del beneficiario o dello stesso costituente <sup>(524)</sup>.

---

<sup>(518)</sup> GALLUZZO, *Il trust internazionale ed il trust interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, in *Corr. giur.*, 2003, 269.

<sup>(519)</sup> GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, cit., 257.

<sup>(520)</sup> Per il quale la trascrizione assumerebbe, invece, valenza costitutiva (v. *infra*).

<sup>(521)</sup> Nel presupposto che dalla ratifica della Convenzione dell'Aja derivi il diritto potestativo alla trascrizione del *trust*.

<sup>(522)</sup> Il testo della legge 8 febbraio 2005, n. 178 può leggersi per esteso sul sito <http://www.senat.fr/seances/s200502/s20050208/s20050208004.html>.

<sup>(523)</sup> Il tema è esaurientemente trattato da NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 69 ss.

<sup>(524)</sup> «*La fiducie résulte d'un contrat par lequel un constituant transfère des droits de toute nature à une personne physique ou morale dénommée fiduciaire, à charge pour elle de les administrer ou d'en disposer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat à des fins de gestion, de garantie ou de transmission à titre onéreux, exclusivement ou cumulativement. Le transfert s'opère dans un patrimoine d'affectation, appelé patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et de tout autre patrimoine fiduciaire, le fiduciaire devenant titulaire au propriétaire des droits transférés*» (così nel testo dell'art. 2062).

In contratto costituisce, al pari del *trust*, un patrimonio destinato (*patrimoine d'affectation*) <sup>(525)</sup>, di cui si son peraltro paventate, oltralpe, le potenzialità elusive, specie ai fini fiscali, cui rimedierebbe, in parte, l'inammissibilità d'una identità soggettiva tra il *trustee* ed il disponente <sup>(526)</sup> che peraltro potrebbe riservarsi il profitto della (altrui) gestione.

La separazione del patrimonio del fiduciario da quello destinato allo scopo non implica la genesi d'un nuovo diritto reale, così ovviandosi alla scomposizione della proprietà, caratteristica del *trust* di *common law*, compatibilmente al numero chiuso dei diritti reali: per questo la fiducia non altererebbe l'ordine giuridico del sistema privatistico francese <sup>(527)</sup>.

La natura dei beni che possano conferirsi nel *patrimoine d'affectation* non soffrirebbe restrizioni, potendosi indifferentemente trattare di beni mobili, beni immobili, contratti o diritti di obbligazione <sup>(528)</sup>. E' richiesto, invece, che il contratto di *fiducie* esibisca un contenuto minimo essenziale, al pari della deliberazione costitutiva del patrimonio destinato del nostro diritto societario (art. 2447 *ter*). Si tratterebbe, nel modello francese, di requisiti richiesti a pena d'invalidità, tra i quali figurerebbero: 1) i diritti trasferiti al fiduciario (con esclusione di cessioni a titolo gratuito); 2) lo scopo del contratto; 3) i poteri gestorio-amministrativi spettanti al fiduciario; 4) la persona (fisica o giuridica) del beneficiario <sup>(529)</sup>;

---

La medesima tecnica fiduciaria è impiegata, tra gli ordinamenti i *civil law*, dal Codice civile del Québec, riformato nel 1994, con l'introduzione del patrimonio *affecté*.

<sup>(525)</sup> Sul piano comparativo, è ovvio che le analogie tra la *fiducie* d'oltralpe ed i patrimoni separati del nostro sistema positivo non si risolvano nel solo atto di destinazione dell'art. 2645 *ter* c.c. Basti qui considerare, tra le altre figure, i fondi speciali per la previdenza ed assistenza che, per il codice civile italiano, l'imprenditore abbia costituiti, anche senza contribuzioni dei prestatori di lavoro, e che non possono essere distratti dal fine al quale sono stati destinati, né possono formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro (art. 2117 c.c.).

<sup>(526)</sup> Il rimedio alla frode congegnato dal legislatore francese coincide, a ben vedere, con quello prospettato dai nostri giudici, sebbene con riguardo al «fatto giuridico» del *trust*. Cfr. Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Riv. notariato*, 2004, 565, con nota di LUPOI: «Il *trust* non è un contratto, ma un fatto giuridico posto in essere con una dichiarazione unilaterale che genera un fenomeno di segregazione patrimoniale che richiede quantomeno la presenza di due soggetti o centri di riferimento autonomi tra loro: mentre però è ammissibile che disponente e beneficiario possano essere la stessa persona, non altrettanto può dirsi per disponente e *trustee*».

<sup>(527)</sup> NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, cit., 73.

<sup>(528)</sup> Lo stesso avviene, nel nostro sistema positivo, per il patrimonio destinato allo specifico affare (art. 2447 *bis*), non anche per il fondo patrimoniale del diritto di famiglia (art. 167), che può avere ad oggetto, oltre agli immobili, beni mobili iscritti in pubblici registri e titoli di credito.

<sup>(529)</sup> Da questo punto di vista, la *fiducie* francese è assimilabile al nostro art. 2645 *ter*, talché entrambe le fattispecie possano distinguersi dal *trust* di scopo.

5) le condizioni delle attribuzioni traslative; 6) la durata massima del contratto, non eccedente, in ogni caso, i novantanove anni <sup>(530)</sup>.

I precedenti della Cassazione francese lasciano prevedere che la revocatoria (art. 1167 *Code civil*) del *patrimoine d'affectation* non richiederà la prova della mala fede del conferente <sup>(531)</sup>. Seppur imputabile a distinti soggetti di diritto, il presupposto soggettivo dell'azione coinciderebbe, qui, con quello previsto, dalla nostra legge fallimentare, per la revocatoria degli atti che incidano su un patrimonio destinato ad uno specifico affare, per la quale è richiesta la mera conoscenza dello stato d'insolvenza della società (art. 67 *bis*, l. fall.).

### 13. La responsabilità del fondo fiduciario per le obbligazioni da fatto illecito

Il *trust* auto-dichiarato partecipa dei medesimi attributi dell'unilateralità, realtà e separatezza patrimoniale che consentono di assimilarlo, specie quando lo si consideri come compendio vincolato alla soddisfazione preferenziale d'un ceto creditorio particolare, ai patrimoni destinati degli artt. 2447 *bis*–2447 *decies* <sup>(532)</sup>: nonostante il diverso *nomen iuris*, v'è la netta impressione che il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 abbia codificato inequivocamente fattispecie di *trust* autodichiarato, con palese funzione solutoria e di garanzia che, a veder bene, non necessiterebbero neppure d'un rinvio alla legge straniera, giusta l'applicabilità della *lex fori* <sup>(533)</sup> <sup>(534)</sup>.

---

<sup>(530)</sup> Salva la facoltà, alla scadenza del termine, di costituire un nuovo patrimonio fiduciario, attraverso un nuovo contratto di *fiducie* speculare, quanto all'oggetto, al precedente.

<sup>(531)</sup> Cass., 13 *avril* 1988, in *Bull. civ.*, 1988, I, n. 91; Cass. civ. 29 *mai* 1985, in *Bull. civ.*, 1985, I, n. 163; Cass. 4 *novembre* 1983, *ivi*, 1983, I, n. 254.

<sup>(532)</sup> E' appena il caso di ribadire che quando designi sé stesso quale *trustee*, il disponente è tenuto a gestire il patrimonio separato nell'interesse altrui: cfr. GAMBARO, *Trust*, cit., 458. Se così è, allora, è ben vero che dalla separazione patrimoniale trae vantaggio la società disponente, che potrà così giovarsi, nella realizzazione dello specifico affare, d'una limitazione della responsabilità dell'art. 2740 c.c. Tuttavia, deve riconoscersi che dall'effetto segregativo tragga beneficio proprio il creditore dello specifico affare, che potrà soddisfarsi sul patrimonio separato con preferenza rispetto ai creditori generali della società. In ogni caso, valga qui richiamare l'ultimo inciso dell'art. 2 Conv., ove è stabilito che «Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*».

<sup>(533)</sup> Per un raffronto tra il *trust* auto-dichiarato e i patrimoni sociali destinati da uno specifico affare, LUPOI, *I trust nel diritto civile*, nel *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 248. Lo schema del patrimonio segregato introdotto dal d. lgs. 17.1.2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della l. 3.10.2001, n. 366) è fedelmente riprodotto nella fattispecie di *trust* oggetto del parere reso in data 28.9.2004 dall'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, che si legge sul sito [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it): nel caso di specie, il conferimento in *trust* concerneva un complesso immobiliare che i proprietari intendevano conservare indiviso e valorizzare tramite opere di ristrutturazione e restauro

Il *trust* autodichiarato produce un effetto segregativo che i nostri formanti del diritto, quello legislativo, proprio con riguardo ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, ma anche giurisprudenziale, rispetto al fondo patrimoniale <sup>(535)</sup>, hanno reso peraltro inopponibile alle obbligazioni derivanti da fatto illecito, salvaguardando la massima tutela dell'affidamento del creditore involontario <sup>(536)</sup>. Di qui la necessità di stabilire, nel tentativo di delineare una disciplina comune, se anche il *trust* autodichiarato possa rispondere delle obbligazioni da fatto illecito del *trustee* (specie quando coincida col *settlor*), analogamente a quanto potrebbe consentirsi ai creditori sociali *ex delicto*, che potrebbero rivalersi, sebbene in via sussidiaria, sul patrimonio che la società azionaria debitrice avesse destinato allo specifico affare, ove l'inopponibilità della separazione patrimoniale ai creditori involontari fosse elevata a principio d'ordine pubblico.

Ad analoghe logiche discretime sembra rispondere l'esegesi più restrittiva del limite dell'art. 170 alla responsabilità del fondo patrimoniale: il fatto illecito è, per definizione, fonte involontaria dell'obbligazione e, perciò, esulerebbe dalla previsione dell'art. 170 che, alludendo a debiti «contratti» ed all'estremo della *scientia creditoris*, assuma quale referente inespreso l'obbligazione da contratto <sup>(537)</sup>. L'eccezionalità dell'art. 170, con riguardo alla regola dell'art. 2740, ne precluderebbe l'applicazione analogico-estensiva alle obbligazioni *ex delicto* (art. 14 disp. prel.), mentre l'inopponibilità del vincolo di scopo sarebbe

---

che sarebbero state concordate con la Soprintendenza e finanziate tramite mutui da rimborsare con i redditi nel tempo prodotti dalla locazione del cespite del fondo fiduciario.

<sup>(534)</sup> Sull'identità strutturale e funzionale tra le fattispecie dell'art. 2447 *bis* c.c. ed il *trust* c.d. autodichiarato, PARTISANI, *Trust interno e responsabilità civile del disponente*, in *Resp. civ.*, 2005, 548.

<sup>(535)</sup> Trib. S. Remo, 29 ottobre 2003, in *Dir. e famiglia*, 2004, 101: «La limitazione alla pignorabilità dei beni costituiti nel fondo patrimoniale *ex art.* 170 c.c. deve intendersi riferita alle obbligazioni nascenti da contratto e non anche a quelle nascenti da fatto illecito (sorte in capo ad uno solo dei coniugi). La formulazione testuale dell'art. 170 c.c., infatti, nel richiamarsi ad attività poste in essere dai coniugi nell'ambito dell'autonomia contrattuale e nell'indicare l'ulteriore requisito della previa *scientia creditoris* (con riguardo all'estraneità del credito ai bisogni della famiglia), indirizza il limite alla pignorabilità dei beni del fondo patrimoniale alle sole obbligazioni *ex contractu*, con esclusione di quelle riferibili al paradigma dell'art. 2043 c.c.».

<sup>(536)</sup> PARTISANI, *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, in *Resp. civ.*, 2005, 43 ss.

<sup>(537)</sup> Nel senso che la Riforma del diritto di famiglia del 1975 (con l'abrogazione del patrimonio familiare e l'introduzione del fondo patrimoniale) non abbia mutato l'impignorabilità del patrimonio destinato ai bisogni della famiglia in origine limitata alle sole obbligazioni contrattuali assunte dai coniugi per scopi affatto personali, PARTISANI, *op. cit.*, 47 ss.; nonché BIANCA, *Questioni di diritto patrimoniale nella famiglia*, Padova, 1989, p. 115: «Le obbligazioni che hanno titolo diverso da quello negoziale, occorre ammetterlo, non rientrano nella previsione normativa. In tal senso depongono sia il riferimento all'atto di assunzione dell'obbligazione (si parla di debiti *contratti*) sia il riferimento agli scopi dell'assunzione del debito, con evidente riguardo alla causa dell'atto. Indicativo, ancora, il riferimento alla conoscenza del creditore in ordine a tali scopi come estranei ai bisogni della famiglia del debitore».

giustificata argomentando che, diversamente, devoluta la totalità dei propri averi nel fondo patrimoniale in nessuna responsabilità civile incorrerebbe il coniuge autore di illeciti, quand'anche commessi con dolo ed integranti gravi ipotesi di reato<sup>(538)</sup>.

Specie ove lo si considerasse quale istituto deputato a succedere al più obsoleto omologo dell'art. 167<sup>(539)</sup>, è ragionevole ritenere che le medesime limitazioni poste all'impignorabilità del fondo patrimoniale possano estendersi anche al *trust* familiare (autodichiarato dai coniugi)<sup>(540)</sup>. In questo modo, la separazione patrimoniale diverrebbe una forma di specializzazione della responsabilità dell'art. 2740 incapace d'assecondare i propositi di chi intendesse giovare, in tutto o in parte, d'una sostanziale immunità aquiliana<sup>(541)</sup>: l'inopponibilità del vincolo di scopo alle obbligazioni derivanti da fatto illecito consentirebbe una più equa ripartizione del costo del danno, ovviando alle difficoltà nelle

---

<sup>(538)</sup> Trib. S. Remo, 29 ottobre 2003, in *Diritto e giust.*, 2004, 93. Il caso deciso dal Tribunale di San Remo è, a vedere bene, diverso da quello che ha condotto all'enunciazione del principio di equivalenza delle fonti delle obbligazioni connesse ai bisogni del nucleo familiare e, come tali, ammesse a soddisfarsi sul fondo patrimoniale, che pure assolve analoga funzione di tutela del creditore *ex delicto*: Cass., 5 giugno 2003, n. 8991, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2004, con nota di PISCITELLI, *L'inopponibilità del fondo patrimoniale a fronte di obbligazioni risarcitorie da fatto illecito vantaggiose per la famiglia*: «Rientrano tra i debiti contratti nell'interesse della famiglia – di cui all'art. 170 c.c. e per la coattiva riscossione dei quali i creditori possono procedere ad esecuzione sui beni del fondo patrimoniale e sui frutti di esso – anche le obbligazioni di natura non contrattuale e anche le obbligazioni da illecito. Deriva da quanto precede, pertanto, che qualora, per procedere all'acquisto di un immobile destinato ai bisogni della famiglia (tanto che lo stesso sia stato, successivamente, costituito in fondo patrimoniale) uno dei coniugi abbia indotto il precedente proprietario all'inadempimento di un contratto preliminare anteriormente stipulato e sia stato, di conseguenza della lesione ritenuto responsabile delle aspettative contrattuali di detto terzo con condanna al risarcimento dei danni in favore dello stesso, quest'ultimo può agire esecutivamente nei confronti del ricordato immobile».

<sup>(539)</sup> Ed infatti, il *trust* assicurerebbe anche ai conviventi *more uxorio* il medesimo effetto segregativo che il nostro diritto di famiglia altrimenti riserverebbe ai soli membri della famiglia legittima, e ciò senza incorrere, in ogni caso, nelle limitazioni dell'art. 167 c.c. (che allude al solo conferimento di beni immobili, mobili iscritti in pubblici registri e titoli di credito) e, nondimeno, salvaguardando le aspettative dei beneficiari dalla crisi coniugale (art. 171 c.c.), anche se non è escluso che lo strumento istitutivo possa prevedere lo scioglimento del *trust* a seguito di separazione o divorzio dei coniugi costituenti. Si consideri, infine, che gli stessi beneficiari potranno altresì giovare, quando l'atto istitutivo lo preveda, di un *protector* che vigilerà sulla corretta gestione del patrimonio destinato alla soddisfazione dei loro bisogni.

<sup>(540)</sup> Ed è appena il caso di aggiungere, a conferma dell'affinità delle due figure, che la distinzione tra negozio istitutivo e negozio dispositivo che contraddistingue la genesi del *trust* anglosassone si ripropone anche con riguardo al fondo patrimoniale, quando la costituzione avvenga per conferimento del terzo.

<sup>(541)</sup> Con riguardo al rapporto tra la riserva di legge del capoverso dell'art. 2740 c.c. e la facoltà data all'autonomia privata di costituire patrimoni separati atipici, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., pp. 246 e 252, dove si legge che «la negazione del principio di responsabilità patrimoniale quale principio di ordine pubblico non implica tuttavia necessariamente la negazione dell'inderogabilità ad opera dei privati di quel principio» e che «la specializzazione della responsabilità patrimoniale non significa la soppressione della stessa ma solo una variante

quali la vittima dell'illecito potrebbe incorrere allorché le fosse concesso, come dispositivo di tutela, il solo rimedio revocatorio dell'art. 2901, e ciò non solo nell'evidente interesse (mediato) del danneggiato, ma anche in quello (preminente) dell'intera collettività. Ed infatti, l'immunità aquiliana potrebbe talvolta costituire un incentivo a delinquere, non dissimile dalla polizza che manlevasse l'assicurato dal rischio d'essere scoperto e condannato a pena pecuniaria, in caso di futura commissione d'un fatto-reato (<sup>542</sup>).

#### **14. L'equivalenza delle fonti dell'obbligazione nell'impignorabilità del *trust fund***

L'art. 11 Conv. dispone a chiare lettere che «i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare i beni del *trust*», soggiungendo che «i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta», senza tuttavia specificare alcunché né in merito agli effetti segregativi del *trust* autodichiarato, né in merito alla persistenza degli stessi nell'eventualità in cui il credito personale del *trustee* origini dal fatto illecito dell'art. 2043 c.c.

Se si conviene che le norme della Convenzione dell'Aja abbiano valore di diritto sostanziale uniforme, posto che «le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge» (art. 2740, 2° comma c.c.) deve allora concludersi che l'effetto segregativo del *trust* domestico autodichiarato produca gli effetti dell'art. 11 Conv. in quanto eccezione legislativa al principio per cui «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri» (art. 2740, 1° comma, c.c.). D'altra parte, né l'art. 2740 c.c., né l'art. 2043 c.c. potrebbero ostare al riconoscimento del *trust* interno autodichiarato ed all'opponibilità *erga omnes* dell'effetto prodotto, non trattandosi né di norme imperative o di applicazione necessaria, né di principi d'ordine pubblico del foro (artt. 15, 16 e 18, Conv.) (<sup>543</sup>).

---

qualitativa che rappresenta un punto di equilibrio tra tutela del credito e interesse della collettività alla rilevanza di destinazioni qualificate del patrimonio».

(<sup>542</sup>) Sulla contrarietà all'ordine pubblico di consimile contratto, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1993, p. 288.

(<sup>543</sup>) Sulla inderogabilità dell'art. 2043 c.c., siccome norma d'ordine pubblico, quale espressione d'una «visione statalista dell'illecito civile» oramai definitivamente superata, MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, 3, Torino, 1998, p. 678, in nota 24, con riguardo alla possibile estensione delle clausole d'esonero dell'art. 1229 c.c. anche all'ambito extracontrattuale. *Contra*, PACCHIONI, *Corso di diritto civile italiano*, 2, IV, Padova, 1940, p. 182 ss.; CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 535; nonché, nella più risalente giurisprudenza, Cass. Torino, 8.6.1912, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 417, nel senso che le obbligazioni *ex delicto* «non possono venire in prevenzione sottoposte a limitazioni di responsabilità, perché ciò sarebbe contrario alla legge generale e all'ordine pubblico». Sulla imperatività degli artt. 2043-2059 c.c. in funzione dell'art. 1229 c.c., v. anche PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 206 ss., dov'è altresì affrontato il

A veder bene, l'inopponibilità dello scopo divisato dal disponente-*trustee* alle obbligazioni da fatto illecito è sorretta da evidenti esigenze di coerenza sistematica. Ed allora, se il fine ultimo è quello di favorire una *reductio ad unum* di istituti contigui, tale inopponibilità sarebbe ridimensionata proprio nelle premesse da cui muove se solo si convenisse che l'esegesi letterale dell'art. 170 c.c. potrebbe non giustificare la prevalenza della fonte involontaria sulla destinazione del patrimonio separato. Ed infatti, se per l'art. 170 c.c. «l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia», ai fini d'una precettività della norma ridotta alle sole obbligazioni *ex contractu* la locuzione «debiti contratti» risulterebbe affatto inconferente allorché fosse riferita ad ogni specie di obbligazione, a prescindere dalla volontarietà o meno della fonte. In proposito è noto come in materia di competenza territoriale il diritto processuale civile preveda, quale foro facoltativo, quello del luogo in cui l'obbligazione è sorta (*forum contractus*) ovvero in cui debba essere adempiuta (*forum solutionis*). In questo senso, l'art. 20 c.p.c. non distingue tra le diverse fonti dell'obbligazione, tant'è che lo si applica indistintamente alle obbligazioni da contratto ed a quelle da fatto illecito, così come s'era soliti fare sotto la vigenza dell'art. 91 c.p.c. del 1865, che tuttavia adottava il criterio di collegamento del luogo in cui l'obbligazione «fu contratta» <sup>(544)</sup>. Quanto alle mutazioni nel lessico legislativo, nella Relazione ministeriale al progetto definitivo del nuovo codice di diritto processuale civile si precisava che «l'espressione contrarre una obbligazione non contiene alcun accenno specifico a questa o a quella fonte di obbligazione, ma indica solamente il sorgere del vincolo nel soggetto passivo, qualunque sia la ragione per cui il vincolo sorge». Se così è potrebbe allora concludersi che l'obbligazione da fatto illecito priva di connessioni con i bisogni del nucleo familiare non possa soddisfarsi sul fondo patrimoniale, dovendosi estendere la locuzione «debito contratto» dell'art. 170 c.c. ad ogni specie d'obbligazione, a prescindere dalla volontarietà della fonte.

---

problema dell'astratta configurabilità d'un patto di tal fatta, ribadendosi che la responsabilità aquiliana insorge «solo tra soggetti terzi, non identificati o identificabili: i quali, quindi, si trovano nella completa impossibilità di prevedere una pattizia esclusione, o limitazione, delle conseguenze risarcitorie di un fatto illecito».

<sup>(544)</sup> CHIOVENDA, *Principii*, Napoli, 1923, § 30, p. 544: «il nome tradizionale di *forum contractus* designa oggi un istituto più comprensivo dell'antico: perché esso abbraccia ogni azione relativa ad una obbligazione, comunque sorta, non solo *ex contractu*. Questa almeno è l'opinione dominante nei più recenti interpreti e nelle più recenti sentenze, cioè che rientrino qui anche le obbligazioni non contrattuali, e in particolare quelle nascenti da delitto o quasi delitto. Il nostro art. 91 comprende dunque tanto il *forum contractus*, quanto il *forum commissi delicti*».

Orbene, se agli effetti dell'art. 170 c.c. a nulla varrà distinguere tra fonte volontaria ed involontaria dell'obbligazione (art. 1173 c.c.), l'opponibilità del vincolo di scopo alle sole obbligazioni da contratto assunte nella realizzazione dello specifico affare (art. 2447 *quinquies*, 3° comma) potrebbe allora prefigurare una limitazione di *ius singulare*, come tale insuscettibile d'applicazione analogica (art. 14 disp. prel.) alle altre fattispecie di patrimoni separati. Se così fosse, le affinità strutturali e funzionali tra fondo patrimoniale e *trust* interno autodichiarato legittimerebbero la peculiare allocazione del rischio d'insolvenza del patrimonio personale del *trustee*-disponente, che dovrebbe gravare, dunque, sul credito da fatto illecito in alcun modo connesso al vincolo di scopo impresso sul fondo fiduciario.



## CAPITOLO III

### Sezione III

#### **La destinazione di scopo dell'art. 2645 *ter* c.c.**

SOMMARIO: 1. Il patrimonio separato dell'art. 2645 *ter*. - 2. L'atto di destinazione patrimoniale. - 3. L'unilateralità. - 4. La contrattualità. - 5. La forma solenne. - 6. Trascrizione ed opponibilità dell'atto di destinazione. - 7. Il termine di durata della destinazione patrimoniale. - 8. La clausola generale di meritevolezza dell'atto atipico. - 9. L'interesse meritevole di tutela, nell'art. 2645 *ter*. - 10. Le regole di responsabilità. - 11. Il patrimonio destinato dell'art. 2645 *ter* nella procedura concorsuale. - 12. La destinazione di beni mobili (non registrati). - 13. Legittimazione ad agire e natura della pretesa esercitata nei confronti del fiduciario.

#### **1. Il patrimonio separato dell'art. 2645 *ter***

La lacuna degli ordinamenti di *civil law*, rispetto a quelli anglosassoni, s'è appalesata nella mancanza di istituti affini al *trust*, o comunque in grado di surrogarne la duttilità. A quelle mancanze i giuristi di estrazione romanistica tentarono d'ovviare convertendo il *trust* alle tradizionali categorie civilistiche, sino a qualificarlo quale contratto misto, partecipe degli attributi del mandato, della donazione e del contratto a favore di terzo (c.d. *denaturation du trust sur le fondement de la theorie de l'equivalence*).

La legge italiana sui fondi comuni di investimento mobiliare (legge 23 marzo 1983, n. 77) <sup>(545)</sup> anticipò quel che, invece, avrebbe tratto definitiva conferma dalla *fiducie* all'esame del legislatore francese, ossia la valenza della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento del *trust* e la legge ad esso applicabile, che ha mutato la mentalità e la tradizionale impostazione del civilista, orientandolo all'irriducibilità del modello straniero agli istituti conosciuti e storicamente praticati.

E' questo il contesto che ha visto nascere l'art. 2645 *ter* c.c., introdotto dall'art. 39 *novies* della l. 23 febbraio 2006, n. 51 (che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273; pubblicato in G.U. n. 47 del 28 febbraio 2006) <sup>(546)</sup>, col quale s'è

---

<sup>(545)</sup> La contaminazione dei modelli giuridici s'è appalesata nella legislazione finanziaria, e segnatamente in materia di fondi comuni, dove, sulla falsariga del *trust*, l'investitore è il beneficiario del rimborso delle quote, dell'azione di responsabilità nonché della vigilanza della banca depositaria e della Banca d'Italia (MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1369). Ed è allo stesso modo che prefigurerebbe un *trust* autodichiarato, dove *trustee* e beneficiario peraltro coincidano, il patrimonio destinato dell'art. 2447 *bis* oltre quello, ovviamente, dell'art. 2645 *ter*.

<sup>(546)</sup> Questo, per esteso, il testo del nuovo art. 2645 *ter* c.c. (in vigore dal 1° marzo 2006): «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica

data sostanzialmente veste legislativa a quella giurisprudenza di merito che, in analogia a quanto stabilito dall'art. 2647 c.c. per il fondo patrimoniale, ha ammesso la trascrivibilità del *trust* interno<sup>(547)</sup>, così superando il principio di tassatività degli atti passibili di trascrizione e quello di tipicità dei patrimoni destinati ad uno specifico scopo<sup>(548)</sup>.

L'effetto che l'art. 2645 *ter* c.c. disciplina è la separazione dei beni vincolati dal restante patrimonio del conferente talché, al pari del fondo patrimoniale (art. 167 ss. c.c.)<sup>(549)</sup> (nonché, ovviamente, del *trust*), il vincolo apposto ne alteri la legge di circolazione, la amministrazione e, non da ultimo, la responsabilità, senza tuttavia alcuna restrizione quantitativa, simile a quella prescritta, per i patrimoni destinati allo specifico affare, dal capoverso dell'art. 2447 *bis* c.c.

L'art. 2645 *ter* deroga, dunque, sia alla libera disponibilità dei beni vincolati, sia alla regola della loro indistinta soggezione alle azioni esecutive dei creditori<sup>(550)</sup>: essi potranno infatti impiegarsi, al pari dei loro frutti, solo per la realizzazione del fine di destinazione e potranno perciò costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per tale scopo<sup>(551)</sup>.

La peculiarità della destinazione patrimoniale dell'art. 2645 *ter* è nella atipicità che la accomunerebbe allo specifico affare dell'art. 2447 *bis* distinguendola, invece, dalle altre fattispecie di diritto positivo, nelle quali la scelta dello scopo non è devoluta all'autonomia

---

beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».

<sup>(547)</sup> Sulla qualificazione dell'art. 2645 *ter* quale «*trust* di diritto italiano», PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 205.

<sup>(548)</sup> Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in *Riv. notariato*, 2003, 253: «L'atto costitutivo di *trust* su beni immobili, pur non rientrando in alcuna delle categorie di atti previste dagli artt. 2643 e 2645 c.c., appare assimilabile al fondo patrimoniale, in entrambi i casi venendo posto un limite – per il titolare formale dei beni – alla disponibilità di determinati beni per il raggiungimento di uno scopo determinato; quindi, in analogia con la previsione di cui all'art. 2647 c.c. per la costituzione del fondo patrimoniale, anche l'atto costitutivo del *trust* va assoggettato a trascrizione (e ciò anche in considerazione dell'esigenza di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione posto a carico di beni immobili, per i quali il legislatore nazionale ha previsto una disciplina tutta improntata al regime pubblicitario)».

<sup>(549)</sup> La destinazione patrimoniale dell'art. 2645 *ter* è assimilata a quella del fondo patrimoniale e dei patrimoni destinati allo specifico affare anche dall'Agenzia del Territorio, Circolare 7 agosto 2006, n. 5/T.

<sup>(550)</sup> Sulla indisponibilità e limitazione della responsabilità quali caratteristiche fisionomiche del patrimonio separato, PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 22.

<sup>(551)</sup> E' esattamente quel che avviene con riguardo ai fondi speciali per la previdenza e l'assistenza dell'art. 2117 c.c., che non possono essere distratti dal fine al quale sono destinati e non

privata, nemmeno nel limite della meritevolezza dell'art. 1322, comma 2, c.c., ma è sempre predefinita in via legislativa <sup>(552)</sup>.

## 2. L'atto di destinazione patrimoniale

La singolarità dell'art. 2645 *ter* è nella commista disciplina sostanziale e pubblicitaria del patrimonio separato. Benché la collocazione sistematica, tra le norme sulla trascrizione del sesto libro del codice civile (e non tra i singoli contratti del quarto libro), deponga per altra conclusione, specie ove si propendesse per la tassatività degli effetti (art. 2645) e non già dell'atto oggetto di trascrizione (art. 2643) <sup>(553)</sup>, è tuttavia plausibile la qualifica dell'art. 2645 *ter* in termini di norma di diritto sostanziale, avente ad oggetto un autonomo tipo negoziale, dotato di proprio sostrato causale quale è, appunto, la destinazione allo specifico scopo: è in questi termini che l'art. 2645 *ter* definirebbe la forma della separazione patrimoniale, ne delimiterebbe *ratione temporis* l'efficacia, disciplinando l'indistraibilità dei beni vincolati ed il corrispondente regime espropriativo.

I dubbi sollevati, specie in giurisprudenza, sulla valenza sostanziale della norma derivano dalla constatazione che in tal guisa il legislatore avrebbe introdotto la controversa figura del negozio traslativo atipico <sup>(554)</sup>, dovendosi perciò ritenere che l'art. 2645 *ter* non disciplini un autonomo tipo negoziale, ma solo un effetto negoziale accessorio ad altri, obbligatori <sup>(555)</sup> e finanche reali <sup>(556)</sup>, prodotti da altro negozio complesso, a causa tipica o atipica (ma meritevole di tutela), che per i beni immobili e mobili registrati postuli, poi, il veicolo formale dell'atto pubblico.

Valga osservare, a questo proposito, che già s'è escluso che il trasferimento dal *settlor* al *trustee* potesse reputarsi, *sic et simpliciter*, gravato da nullità, in quanto negozio astratto: anche il negozio traslativo atipico, quando sorretto da causa lecita, trarrebbe fondamento nello stesso principio d'autonomia contrattuale dell'art. 1322, comma 2, c.c.,

---

possono formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro.

<sup>(552)</sup> Così è, limitandoci alla fattispecie del codice civile, per il fondo patrimoniale (art. 167) e per i fondi speciali di previdenza ed assistenza (art. 2117).

<sup>(553)</sup> Sul tema, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1998, p. 71 ss. L'A. osserva come non si tratti di questione solo teorico-ricostruttiva: convenutosi che la trascrivibilità riguardi gli effetti, non l'atto, potrebbe ritenersi valido, e dunque opponibile *erga omnes*, anche il trasferimento di proprietà erroneamente trascritto in forza d'una permuta (o d'una donazione), in luogo d'una compravendita.

<sup>(554)</sup> Trib. Trieste, Ufficio del Giudice tavolo, 7 aprile 2006, in *Notariato*, 2006, 539, dove l'art. 2645 *ter* è definito «anomala disposizione normativa».

<sup>(555)</sup> Così è per i doveri gestori del fiduciario.

mentre la causa traslativa deriverebbe dal (collegato) negozio istitutivo del *trust*, la cui meritevolezza è stata sancita per legge, e segnatamente con la ratifica della Convenzione de L'Aja del 1985 <sup>(557)</sup>.

In senso non dissimile, l'esegesi più restrittiva che disconosce valenza sostanziale all'art. 2645 *ter* darebbe per presupposta l'esistenza, nel nostro ordinamento civilistico, d'un atto di destinazione disciplinato *aliunde* e tale da non poter essere opposto ad alcuno in difetto della trascrizione dell'art. 2645 *ter*, il che, ovviamente, non sarebbe, per la soggezione del *trust* interno alla legge straniera.

### 3. L'unilateralità

S'è detto che destinazione e separazione non sempre convergono, adducendo il regime delle pertinenze, destinate in modo durevole a servizio o ornamento d'altro bene (art. 817 c.c.), ma non per questo separate dal restante patrimonio del proprietario della cosa principale. Orbene, dal vincolo pertinenziale la destinazione dell'art. 2645 *ter* diverge perché costituente un patrimonio separato di fonte negoziale <sup>(558)</sup>, diversamente dalla destinazione pertinenziale che, quale «atto giuridico in senso stretto» <sup>(559)</sup>, sarebbe di contro sottratta alle norme di diritto comune sui vizi del consenso.

Senonché, posta la negoziabilità dell'atto destinatorio, se ne dovrebbero poi precisare la natura e struttura, non avendo il legislatore all'uopo statuito alcunché.

Al pari del *trust* autodichiarato e del patrimonio destinato allo specifico affare (art. 2447 *bis*), l'atto costitutivo del vincolo (reale) di destinazione potrebbe esaurirsi nell'atto unilaterale del proprietario <sup>(560)</sup>, o titolare d'altro diritto reale di godimento <sup>(561)</sup>, avendo il nostro legislatore consentito quel che sarà vietato in Francia, una volta approvata la legge sulla *fiducie* che non consentirebbe, per converso, alcuna sovrapposizione soggettiva tra

---

<sup>(556)</sup> S'intende, in caso d'attribuzione traslativa della massa separata dal conferente al fiduciario.

<sup>(557)</sup> Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Vita not.*, 2003, 1297.

<sup>(558)</sup> QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1722.

<sup>(559)</sup> BIANCA, *Diritto civile*, VI, Milano, 1999, p. 67.

<sup>(560)</sup> In questo caso, la struttura sarebbe la stessa dell'atto di dotazione della fondazione, già qualificato quale negozio unilaterale di destinazione da FERRARA, *Le persone giuridiche*, Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, III, t. 2, Torino 1956, p. 240. D'altra parte, nell'art. 2645 *ter* chi costituisce il vincolo è, con formula indifferente alla struttura dell'atto di destinazione, il «conferente», non il disponente.

<sup>(561)</sup> Sulla falsariga di quanto prevede il capoverso dell'art. 817 c.c. per la destinazione al vincolo pertinenziale.

disponente e *trustee* <sup>(562)</sup>. L'unilateralità dunque risolverebbe l'effetto di destinazione (statica) nella sfera giuridica del disponente, in assenza d'attribuzione traslativa al terzo gestore <sup>(563)</sup>.

Si tratterebbe d'atto recettizio, a tutela della sfera personale del beneficiario, altrimenti invasa dall'altrui determinazione volitiva <sup>(564)</sup>, mentre non rileverebbe l'assenza di onerosità-corrispettività, poiché nulla osta alla gratuità dell'atto atipico, quando diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela <sup>(565)</sup>.

La fattispecie è simile alla fondazione o alla concessione (unilaterale) di ipoteca <sup>(566)</sup>, salva l'assenza d'effetti reali, ove si convenisse che il disponente s'obblighi soltanto <sup>(567)</sup>, nei confronti dei beneficiari <sup>(568)</sup>, a non distrarre la massa separata dal vincolo di destinazione apposto nell'interesse altrui. Se così fosse, la destinazione unilaterale dell'art. 2645 *ter* non darebbe luogo ad una nuova forma di proprietà, contrariamente a quanto ritenuto, in forza degli artt. 2 e 11 della Convenzione de L'Aja, per la separazione dei beni in *trust* da quelli personali del *trustee* <sup>(569)</sup>.

L'unilateralità dell'atto di destinazione potrebbe consentirne l'inclusione tra le promesse unilaterali: l'effetto obbligatorio si produrrebbe perché previsto dalla legge, senza

---

<sup>(562)</sup> S'osservi, a questo proposito, che già l'art. 1, comma 4, del Progetto di legge n. 3972, recante la disciplina della destinazione di beni in favore di soggetti portatori di gravi handicap per favorirne l'autosufficienza, prevede che il disponente potesse assumere le funzioni di gestore.

<sup>(563)</sup> Quanto al trattamento fiscale, poiché non produce effetti traslativi, né avrebbe valore patrimoniale, l'atto dovrebbe assoggettarsi ad imposte fisse di registro ed ipotecaria.

<sup>(564)</sup> L'atto di destinazione patrimoniale sarà perciò notificato al beneficiario, a cura del notaio rogante e nell'indirizzo dichiarato dal conferente.

<sup>(565)</sup> Principio espresso, con riguardo al contratto, dalla Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, 1836: «Il contratto atipico non può essere limitato solo ai contratti a prestazioni corrispettive, o più in generale ai soli contratti a titolo oneroso, in quanto la lettera dell'art. 1322 c.c., pone come unico limite quello che essi siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, e non può certamente ritenersi che sia meritevole di tutela solo ciò che è oneroso. Ne consegue che, in astratto, ben possono le parti, nell'ambito dell'autonomia contrattuale, porre in essere contratti atipici a titolo gratuito, salva la meritevolezza degli interessi cui sono diretti (nella fattispecie in esame il contratto atipico posto in essere dalle parti è assimilabile ad un contratto di mandato a vendere le auto o ad una commissione, privo di corrispettivo, quindi, a titolo gratuito, dotato di una propria causa, cioè di una obiettiva funzione economico - sociale)».

<sup>(566)</sup> Nel senso che l'atto costitutivo d'ipoteca ben possa configurarsi come negozio unilaterale, potendo constare anche della sola volontà del concedente, senza che vi sia bisogno, per la nascita del vincolo, dell'accettazione del creditore (dalla quale deriverebbe, invece, un negozio a struttura contrattuale, risultante da un accordo bilaterale tra concedente e beneficiario), v. Cass., 14 ottobre 2005, n. 19963, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10.

<sup>(567)</sup> Tanto da poter configurare una obbligazione reale atipica.

<sup>(568)</sup> Ai quali non sarebbe trasferito, né a titolo di godimento, né in garanzia, alcun *ius in re*.

<sup>(569)</sup> Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Vita not.*, 2003, 1297.

alcun *vulnus*, dunque, alla tassatività dell'art. 1987 c.c. <sup>(570)</sup>, benché la destinazione patrimoniale dell'art. 2645 *ter* soggiaccia, al pari d'ogni altro atto atipico, al vaglio di meritevolezza del capoverso dell'art. 1322 c.c. <sup>(571)</sup>.

L'assenza d'una proposta contrattuale all'indirizzo del beneficiario escluderebbe, infine, un contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 c.c.).

#### 4. La contrattualità

L'atto unilaterale dell'art. 2645 *ter* è, dunque, l'omologo del *trust* autodichiarato, dove il disponente conserva, in qualità di *trustee*, la proprietà della massa separata. Diversamente, alla mera devoluzione di scopo potrebbe aggiungersi la cessione della massa destinata al terzo chiamato a gestirla <sup>(572)</sup>: in quel caso, la destinazione (c.d. dinamica) originerebbe da un contratto, la cui *causa fiduciae* giustificerebbe, al pari delle altre cause traslative tipiche (vendita, donazione, permuta), l'effetto traslativo in favore del fiduciario <sup>(573)</sup>.

L'attribuzione al terzo fiduciario ovvierebbe agli inconvenienti d'una separazione patrimoniale statica che perdurasse oltre la vita del disponente e favorirebbe l'azione di realizzazione del fine di destinazione, che l'interessato potrebbe esercitare quand'anche il conferente fosse deceduto.

Potrebbe forse ammettersi, qui, la configurabilità d'un contratto a favore del terzo <sup>(574)</sup>, tanto più ove si considerasse come la fattispecie non sconta limitazioni sulla natura e contenuto della prestazione da rendersi al beneficiario <sup>(575)</sup>. L'interesse dello stipulante certo

---

<sup>(570)</sup> A norma del quale, giova ricordarlo, la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge.

<sup>(571)</sup> La clausola del controllo giudiziario sulla meritevolezza dell'interesse perseguito dal disponente è espressamente richiamata dall'art. 2645 *ter*, in applicazione dell'art. 1324 c.c. che estende le norme sui contratti agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.

<sup>(572)</sup> L'attribuzione traslativa al *trustee* potrebbe peraltro precedere l'istituzione del *trust* che, in tal modo posticipata alla dichiarazione del *trustee*, assuma la struttura del *trust* autodichiarato: cfr. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 171.

<sup>(573)</sup> QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, p. 284 ss. Il fisco è invece propenso a riconoscere valore patrimoniale all'attribuzione fiduciaria (che la dottrina qualifica come atto gratuito non liberale: cfr. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 167), con applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale con l'aliquota del tre per cento.

<sup>(574)</sup> In tal prospettiva, stipulante sarebbe il disponente, promittente il fiduciario, terzo il beneficiario (persona con disabilità, pubblica amministrazione, ovvero altro ente o persona fisica cui possa riferirsi la meritevolezza del capoverso dell'art. 1322).

<sup>(575)</sup> Cass, 14 novembre 1986, n. 6688, in *Giust. giv. Mass.*, 1986, fasc. 11: «Nel contratto a favore di terzo (per la cui validità si richiede un interesse dello stipulante, ancorché di qualsiasi natura e quindi anche solo morale) non sussistono limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della

dovrebbe coincidere con l'interesse meritevole di tutela del capoverso dell'art. 1322, mentre la destinazione di scopo potrebbe esser revocata o modificata solo sino a quando il beneficiario non avesse dichiarato, anche in confronto del fiduciario, di volerne profittare (art. 1411, comma 2). Anche in questo caso la costituzione o il trasferimento del diritto reale (al fiduciario) avverrebbe senza la partecipazione del terzo beneficiario all'atto costitutivo o traslativo: se si muove dal principio della libertà delle forme, l'adesione del beneficiario (ovvero la dichiarazione di volerne profittare), non incidendo sulla perfezione del vincolo ma limitandosi piuttosto ad eliderne la caducità, non richiederebbe forma alcuna <sup>(576)</sup>, sì da potersi validamente desumere da *facta concludentia* <sup>(577)</sup>.

La configurabilità d'un contratto a favore di terzo peraltro colliderebbe col principio per cui il credito per la prestazione promessa possa essere azionato dal solo beneficiario <sup>(578)</sup>: a norma dell'art. 2645 *ter*, per la realizzazione dello scopo è invece legittimato ad agire «qualsiasi interessato», compreso lo stesso conferente; legittimazione, questa, ben diversa da quella concessa, sebbene *iure proprio*, al genitore promissario del trasferimento immobiliare a titolo di mantenimento del figlio minore, che pure non ha escluso la fattispecie dell'art. 1411 c.c. <sup>(579)</sup>.

Ove il vincolo contrattuale fosse riferito al rapporto tra conferente e beneficiario, con l'impegno di questi a non esigere alcunché dal terzo gestore, potrebbe prospettarsi un contratto simulato, come tale improduttivo d'effetti tra le parti (art. 1414 c.c.). La illiceità del contratto dissimulato, concluso in frode ai creditori (art. 2740 c.c.), renderebbe ammissibile la prova per testi richiesta dall'interessato.

---

prestazione da rendersi al terzo, la quale può consistere in un “dare”, in un “*facere*”, in un non “*facere*”, presente o futuro, od anche nella costituzione di un diritto reale. Pertanto, con detto contratto, ben può costituirsi una servitù prediale a vantaggio di un fondo altrui, purché tale costituzione risponda ad un qualsiasi interesse (non necessariamente patrimoniale) dello stipulante».

<sup>(576)</sup> In specie non sarebbe richiesta, nemmeno per attrazione, la forma solenne, indispensabile per l'opponibilità, mediante trascrizione, dell'atto destinatorio.

<sup>(577)</sup> Si leggano, in questo senso, i motivi del Trib. Cagliari, 30 marzo 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1247, circa l'obbligo assunto dal coniuge nei confronti dell'altro, incluso tra le condizioni di divorzio, di trasferire alla figlia minore la nuda proprietà d'un immobile, e quindi sulla dichiarazione resa dal curatore, e trasfusa nel verbale di udienza, di volerne profittare ai sensi e per gli effetti dell'art. 1411 c.c.

Altro dal contratto a favore di terzo è la fattispecie, per vero non molto dissimile, dell'usufrutto che il donante può riservare, sui beni donati, a vantaggio (proprio e poi) del terzo beneficiario che deve tuttavia accettare l'offerta in suo favore (poiché, diversamente, il donatario della nuda proprietà acquisterebbe il pieno dominio, alla cessazione dell'usufrutto del donante) (art. 796).

<sup>(578)</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 570.

## 5. La forma solenne

L'art. 2645 *ter* stabilisce che gli «atti in forma pubblica» possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione. Come nei capoversi degli artt. 1237 e 2556 c.c., anche qui la «forma pubblica» è impiegata quale sinonimo dell'atto pubblico dell'art. 2699 c.c., dunque dell'atto redatto, con le richieste formalità, dal notaio (o altro pubblico ufficiale) autorizzato ad attribuirgli pubblica fede.

L'ultimo progetto francese sul contratto di *fiducie*, per il quale è richiesta la forma solenne a pena di nullità, ha innovato il precedente che di contro si limitò alla previsione d'una forma scritta *ad probationem*. Nell'art. 2645 *ter*, invece, il requisito formale potrebbe non essere richiesto *ad substantiam*, né *ad probationem* <sup>(580)</sup>.

La forma solenne dell'atto di destinazione atipica asseconda il principio di legalità dell'art. 28, l. 16 febbraio 1913, n. 89 e tutela, al contempo, una serie d'affidamenti particolari, compreso quello del singolo disponente <sup>(581)</sup>, oltre che dei terzi suoi creditori o aventi causa <sup>(582)</sup>. Nonostante gli artt. 1350 e 2643 c.c. in combinato disposto, e diversamente da quanto stabilito per il patto di famiglia (art. 768 *ter*) <sup>(583)</sup>, s'è peraltro ipotizzato che quella forma possa esser qui prescritta soltanto *ad transcriptionem*.

A tal proposito, l'adesione alla tesi che reputa comunque valida, benché improduttiva d'effetti reali, la scrittura privata di destinazione autenticata o giudizialmente accertata della quale possa tuttavia escludersi, in deroga all'art. 2657 c.c., la trascrivibilità <sup>(584)</sup> (con conseguente inopponibilità ai terzi), s'espone alla critica, condivisibile, di quanti rilevano

---

<sup>(579)</sup> LUMIA, *La separazione consensuale*, in FERRANDO-FORTINO-RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, 2, Milano, 2002, p. 1016.

<sup>(580)</sup> Come invece previsto per l'atto di destinazione della Convenzione dell'Aja.

<sup>(581)</sup> Lo stesso avviene per le solennità richieste per le convenzioni matrimoniali, per le quali è richiesta la medesima forma.

<sup>(582)</sup> Come avviene, questa volta, per l'atto che costituisca il diaframma della personalità giuridica, tanto nelle società di capitali, quanto negli enti personificati del libro primo del codice civile.

<sup>(583)</sup> È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti. Al contratto (*lato sensu* di destinazione), che deroga al divieto dei patti successori (art. 458), devono partecipare, oltre al coniuge, tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore. I discendenti assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie dovranno liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino, in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote riservate ai legittimari artt. 536 e ss.

<sup>(584)</sup> PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 164.

come la forma solenne ricorra ai fini della validità degli altri modelli di patrimoni destinati, tra i quali il fondo patrimoniale del primo libro del codice civile (art. 167) <sup>(585)</sup>.

Al pari della fondazione (art. 14, comma 2, c.c.) e del *trust* (art. 2, Conv. Aja), anche il patrimonio separato dell'art. 2645 *ter* potrebbe costituirsi con testamento, salvo il divieto di pesi o condizioni sulle quote dei legittimari (art. 549 c.c.): la discriminazione tra destinazione *inter vivos* o *mortis causa* difetterebbe, diversamente, d'una plausibile giustificazione in termini di stretto di diritto. Nonostante l'equivalenza delle forme (olografa, pubblica e segreta), è peraltro controverso se anche la clausola testamentaria di destinazione debba esibire la forma solenne, quantomeno ai fini della trascrivibilità <sup>(586)</sup>. In senso negativo s'è osservato come la fondazione, che pure appartiene al novero dei patrimoni destinati, possa costituirsi con atto *mortis causa* senza alcuna deroga al generale principio di fungibilità delle forme testamentarie <sup>(587)</sup>.

## 6. Trascrizione ed opponibilità dell'atto di destinazione

La regola codificata è che senza trascrizione il vincolo di destinazione non possa opporsi ad alcuno.

In materia potrebbe riproporsi la *querelle* sull'oggetto della trascrizione, che taluni identificano nell'atto, altri nell'effetto che l'atto produca <sup>(588)</sup>. Invero, la destinazione dell'art. 2645 *ter* è vicenda che muta la condizione giuridica del bene destinato, ed è perciò soggetta a trascrizione, originando da un atto per il quale è richiesta, nei termini descritti (v. *supra*), la forma solenne. L'effetto di destinazione è prodotto dall'atto, ma solo la successiva

---

<sup>(585)</sup> QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1725, alla nota 24.

<sup>(586)</sup> Ravvisa la necessità d'un testamento in forma pubblica PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 165, nel presupposto che solo il ministero notarile assicuri la pubblica fede e, quindi, la certezza nella successiva circolazione del bene destinato.

<sup>(587)</sup> QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1725, alla nota 25.

<sup>(588)</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1998, p. 74, dove la trascrivibilità dell'effetto (non dell'atto) è desunta dal disposto dell'art. 2645, in base al quale deve trascriversi, ai fini dell'art. 2644, ogni atto o provvedimento che produca, in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari, taluni degli «effetti» dei contratti menzionati nell'art. 2643. Nel senso che oggetto di trascrizione siano invece gli atti o i provvedimenti, non gli effetti che questi siano destinati a produrre, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1993, p. 236, in base ad un duplice presupposto: la lettera della legge, che espressamente allude, proprio nell'art. 2645 c.c., ad «atti o provvedimenti»; la constatazione che non ogni vicenda modificativa della condizione giuridica d'un immobile sia soggetta a trascrizione (non lo è l'acquisto a titolo originario, per accessione o usucapione).

trascrizione lo dota d'efficacia reale, consentendone l'opponibilità ai terzi <sup>(589)</sup>. Anche in questo caso per terzi debbono intendersi tanto i creditori personali del conferente, quanto i suoi (eredi o) aventi causa: per il principio della prevenzione temporale, gli uni non potranno soddisfarsi sui beni vincolati quando il vincolo fosse trascritto in data anteriore al pignoramento; gli altri, invece, non potranno far salvo il proprio acquisto, quando tardivamente trascritto <sup>(590)</sup>.

La medesima trascrizione è richiesta anche per i beni immobili ed i mobili resigtrati conferiti nel patrimonio destinato allo specifico affare del quinto libro, quale onere suppletivo alla iscrizione della delibera costitutiva nel registro delle imprese (art. 2447 *quinquies*, comma 2).

L'indistraibilità dallo scopo dell'art. 2645 *ter* implica un divieto di alienazione, di fonte convenzionale, opponibile ai terzi in quanto trascritto <sup>(591)</sup>: l'atto che disponga del patrimonio destinato in violazione del vincolo di scopo non potrà perciò opporsi al beneficiario, quando trascritto in epoca successiva alla trascrizione dell'atto di destinazione.

Quando mancasse l'attribuzione traslativa al terzo fiduciario <sup>(592)</sup>, la trascrizione dell'art. 2645 *ter* c.c. assolverebbe una funzione analoga a quella assoluta, con riguardo al fondo patrimoniale, dall'art. 2647 c.c., non anche dal principio di priorità e pozziorità dell'art. 2644 c.c. Sennonché, è pur vero che gli effetti sostanziali dell'art. 2644 non s'esauriscono nella composizione del conflitto tra più aventi causa del medesimo dante causa <sup>(593)</sup>: la norma al contempo assicura l'opponibilità, nei confronti dei creditori altrimenti legittimati a

---

<sup>(589)</sup> In questo senso, dissociata la trascrizione dell'atto dalla trascrizione dell'effetto dal medesimo prodotto, s'è prospettata una efficacia dichiarativa, quanto alla pubblicità del negozio che costituisce il vincolo di destinazione, contrapposta ad una efficacia costitutiva, con riguardo all'effetto di separazione patrimoniale che, in mancanza di trascrizione, non si produrrebbe. Sul tema FRANCO, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 327.

<sup>(590)</sup> L'indisponibilità che il vincolo di scopo produce, unitamente alla limitazione di responsabilità, implica una inefficacia relativa, la stessa dell'atto revocato, dell'acquisto che il terzo non potrebbe opporre al beneficiario.

<sup>(591)</sup> Qui la convenienza del limite di tempo dell'art. 1379 c.c. è nella durata massima della destinazione atipica, della quale si dirà nel prossimo paragrafo.

<sup>(592)</sup> Atteso che l'atto unilaterale non è contemplato tra i modi di acquisto, specie a titolo derivativo, della proprietà dell'art. 922 c.c.

<sup>(593)</sup> Nel senso che i principi in tema di trascrizione sono finalizzati, in via principale, a dirimere il possibile conflitto fra più acquirenti dello stesso immobile o bene mobile registrato, talché all'eventuale inesattezza della nota di trascrizione (nella specie riferibile all'insufficiente descrizione di beni immobili gravati da vincolo ipotecario, siccome indicati senza riportare i numeri di foglio e di mappa) consegua l'inopponibilità nei confronti del terzo in buona fede, essendo la trascrizione, a tal fine, invalida, v. Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1.

soddisfarsi sulla massa separata, d'un vincolo di indisponibilità-indistrainabilità<sup>(594)</sup> speculare a quello disposto dall'art. 2914 c.c. nei riguardi del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione, rispetto ai quali non hanno effetto le alienazioni di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri trascritte successivamente al pignoramento<sup>(595)</sup>.

E' da stabilire se la locuzione «possono» essere trascritti esoneri o meno il notaio rogante dalla trascrizione dell'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter*<sup>(596)</sup>: nel senso della persistente obbligatorietà depone l'art. 2671 c.c.<sup>(597)</sup>, benché la lettera della legge non escluda che il privato possa dispensare il pubblico ufficiale dall'incombente.

Nulla è poi statuito per le formalità della vicenda modificativa o estintiva della destinazione di scopo. E' plausibile che con il decorso del termine di (massima) durata cessi, *ex se*, la caratteristica separazione patrimoniale. Nondimeno, l'Agenzia del Territorio ha ritenuto opportuna una annotazione di inefficacia a margine della trascrizione dell'atto di destinazione che, diversamente dalla cancellazione, non estinguerebbe la formalità principale, a beneficio della maggior esaustività informativa della certificazione ipotecaria<sup>(598)</sup>.

## 7. Il termine di durata della destinazione patrimoniale

Come nel diritto inglese (*rule against perpetuities*), anche il nostro sistema positivo non ammette vincoli di scopo perpetui, imponendone la durata massima di novant'anni, e comunque non oltre la vita del beneficiario<sup>(599)</sup>. Allo stesso modo, il contratto di *fiducie* non può eccedere i novantanove anni, benché nelle discipline del *trust* internazionale proliferino modelli per i quali non è prescritta alcuna limitazione temporale<sup>(600)</sup>.

---

<sup>(594)</sup> Che pure caratterizza, unitamente alla limitazione di responsabilità dell'art. 2740, ogni patrimonio separato siccome destinato ad uno specifico scopo, sia esso di pura liquidazione ovvero d'altra natura.

<sup>(595)</sup> Cass., 14 ottobre 2004, n. 20292, in *Arch. locazioni*, 2005, 430, onde la conclusione che al creditore che avesse pignorato i crediti per canoni di locazione dovuti al proprio debitore sia inopponibile il decreto di omologazione della separazione consensuale che assegni l'immobile locato al coniuge di quest'ultimo, qualora il provvedimento fosse stato trascritto in epoca successiva al pignoramento.

<sup>(596)</sup> E' appena il caso di osservare, a questo riguardo, come gli artt. 2643 e 2645 *bis* si riferiscano ad atti che «devono» rendersi pubblici col mezzo della trascrizione.

<sup>(597)</sup> A norma del quale, è bene ricordarlo, il notaio (o altro pubblico ufficiale) che ha ricevuto l'atto deve trascriverlo nel più breve tempo possibile.

<sup>(598)</sup> Cfr. la Circolare 7 agosto 2006, n. 5/T.

<sup>(599)</sup> Quando si tratti, ovviamente, di beneficiario persona fisica.

<sup>(600)</sup> La costituzione di un *trust* potrebbe dunque esser preferita alla destinazione atipica di diritto interno che soggiace, diversamente dal primo, ai limiti temporali dell'art. 2645 *ter* c.c.

Il favore legislativo per la piena proprietà accomuna il termine di durata massima della destinazione patrimoniale dell'art. 2645 *ter* alla temporaneità dell'usufrutto (art. 979 c.c.), sì da escludersi, ove beneficiaria fosse una persona fisica, la disponibilità *mortis causa* del diritto correlato alla destinazione reale <sup>(601)</sup>.

Rispetto alla indistrainibilità dei beni destinati, come l'ottava parte del prezzo con riguardo all'inadempimento di non scarsa importanza nella vendita con riserva di proprietà (artt. 1455 e 1525 c.c.), così le limitazioni temporali della norma in commento corrispondono al conveniente limite di tempo dell'art. 1379 c.c. <sup>(602)</sup>, esteso dalla giurisprudenza anche a fattispecie diverse dal patto di non alienare <sup>(603)</sup>.

Trattandosi di limitazione d'ordine pubblico economico, la clausola che contemplasse una durata eccedente quella di legge risulterebbe nulla e sarebbe perciò sostituita dalla norma imperativa violata (art. 1419, comma 2), quando se ne escludesse l'essenzialità che, diversamente, invaliderebbe l'intera destinazione patrimoniale (art. 1419, comma 1), nonostante la meritevolezza, in astratto, dell'interesse perseguito dal conferente <sup>(604)</sup>.

Diversa, e ben più problematica, sarebbe l'eventualità, affatto verosimile, in cui l'atto di destinazione non contemplasse alcun termine di durata. Specie in caso di destinazione c.d. statica, la separazione s'esaurirebbe nella sola sfera del disponente che assumerebbe una obbligazione, in difetto d'attribuzione traslativa a terzi, nei riguardi del beneficiario. Alle carenze del regolato potrebbe perciò supplire il giudice, che deciderebbe, sulla falsariga di quanto disposto per l'art. 1183 c.c. <sup>(605)</sup>, secondo equità (art. 1374 c.c.), oppure avendo riguardo alla finalità perseguita dal conferente (art. 1362 ss.) (ciò che sottintenderebbe una determinazione temporale già dedotta, seppur implicitamente, nell'atto di destinazione) <sup>(606)</sup>.

---

<sup>(601)</sup> Decisamente complesso è, invece, stabilire se possa ammettersi, com'è per l'usufrutto (Cass., 27 marzo, 2002, n. 4376, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2781), la cessione *inter vivos* del credito (nei confronti del conferente o terzo fiduciario), che lo renderebbe suscettibile di successione testamentaria, quando il cessionario decedesse prima del cedente primo beneficiario.

<sup>(602)</sup> Col quale evidentemente riceve tutela, oltre la pienezza del diritto dominicale inficiata dalla indistrainibilità del bene dalla destinazione di scopo, anche l'interesse del mercato alla più ampia circolazione della ricchezza.

<sup>(603)</sup> Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Contratti*, 2000, 456.

<sup>(604)</sup> In buona sostanza, quando risultasse che il disponente avrebbe comunque costituito il patrimonio separato, nonostante la minor durata di legge del vincolo reale, s'attuava una sostituzione di diritto della clausola nulla, analogamente a quel che accade per la locazione eccedente i trent'anni (art. 1573), ovvero per il patto di non concorrenza ultra quinquennale (art. 2596), in ordine ai quali i termini di durata saranno ridotti, rispettivamente, a trenta e cinque anni: cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1993, 336.

<sup>(605)</sup> PARTISANI, *Il termine d'adempimento*, in FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, 1, Torino, 2004, 401.

<sup>(606)</sup> Nell'un caso, al giudice spetterebbe un potere determinativo-costitutivo (com'è per il termine d'adempimento dell'art. 1183); nell'altro, per converso, un potere di mero accertamento.

Altro dal termine finale d'efficacia sarebbe, ove se ne ammettesse l'applicabilità, l'avveramento della condizione sospensiva dell'art. 462 c.c., che subordinerebbe l'iniziale efficacia della destinazione patrimoniale, oggetto di disposizione testamentaria, alla nascita del beneficiario. La designazione, quale beneficiario, del concepito o del nascituro non ancora concepito potrebbe avvenire anche *inter vivos*, ove l'art. 784 c.c. non fosse considerato norma di stretta applicazione, ai sensi dell'art. 14 prel. <sup>(607)</sup>.

Altro dall'ordine pubblico interno, quale limite all'autonomia privata (artt. 1343 e 1418 c.c.), è l'ordine pubblico internazionale dell'art. 18 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, che ha invece riguardo a principi di nazioni di civiltà affine, in modo da poter consentire il riconoscimento, in Italia, del *trust* per il quale la legge straniera richiamata consenta un vincolo di destinazione *sine die*.

Del pari, altro dal vincolo reale di destinazione sono le servitù prediali che impongono un peso sopra un fondo per l'utilità d'altro fondo appartenente a diverso proprietario (art. 1027 c.c.), non a diretto vantaggio del diverso proprietario-beneficiario: la maggior utilità sociale giustificerebbe, in questo caso, la costituzione d'un vincolo perpetuo, che pure partecipi dell'atipicità della destinazione oggettiva dell'art. 2645 *ter* <sup>(608)</sup>. Per questo la clausola del regolamento di condominio che apponga un vincolo d'indisponibilità sulle singole unità immobiliari mutua la perpetuità dalla costituzione d'una servitù reciproca, senza scontare le limitazioni temporali dell'art. 2645 *ter* <sup>(609)</sup>.

Nulla osta a che le parti accludano al regolato specifiche cause di scioglimento del vincolo di scopo, distinte dal decorso del termine finale, in conformità a quanto

---

<sup>(607)</sup> CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, nel Trattato diretto da Bessone, V, Torino, 2005, p. 79, nel senso che «l'art. 784, pur non comportando un'anticipazione della capacità giuridica del nascituro, detta una disciplina speciale rispetto alle regole comuni sulla capacità giuridica, almeno nel senso che pone in essere un congegno volto a preservare l'esplicarsi anche in relazione al passato di una capacità giuridica futura».

<sup>(608)</sup> PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 189.

<sup>(609)</sup> Nemmeno si tratterebbe d'una obbligazione *propter rem*, quando l'onere esuli dalla tipicità d'una previsione legale, menomando il basilare principio di relatività del contratto, che ha forza di legge soltanto tra le parti (art. 1372).

Qualifica come servitù reciproca il vincolo del regolamento condominiale con efficacia anche nei confronti degli aventi causa delle parti originarie l'App. Milano, 9 giugno 2004, in *Giur. milanese*, 2004, 406. Sulla qualificazione in termini d'obbligazione *propter rem* (come tale passibile d'estinzione per prescrizione) del divieto di esercitare attività scolastica negli appartamenti in proprietà esclusiva dei condomini, si veda, invece, la Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giur. it.*, 2001, 446. Nello stesso senso il Trib. Firenze, 15 settembre 1990, *ivi*, 1993, I, 2, 373, con riguardo alla convenzione stipulata tra Comune e privato concernente l'obbligo di destinazione perpetua di aree a parcheggio.

espressamente previsto, per i patrimoni destinati allo specifico affare, dall'ultimo capoverso dell'art. 2447 *novies* <sup>(610)</sup>.

Diversamente dal fondo patrimoniale, la destinazione dell'art. 2645 *ter* potrebbe esser revocata o consensualmente risolta, infine, senza necessità d'una pronuncia giudiziale <sup>(611)</sup>.

## 8. La clausola generale di meritevolezza dell'atto atipico

In materia di patrimoni separati, la dottrina comprese la complessità del rapporto tra legge ed autonomia privata <sup>(612)</sup>, nella previsione che laddove la seconda si fosse espansa, la prima si sarebbe dovuta necessariamente articolare in regole di principio o in clausole generali <sup>(613)</sup>.

La fisionomia della clausola generale compare, a ben vedere, proprio nello scopo dell'art. 2645 *ter*, con riguardo agli interessi riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, ovvero ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. <sup>(614)</sup>. Quando, *de iure condendo*, in dottrina ancora si dibatteva sulla trascrivibilità dei vincoli reali di destinazione, la tipicità dei patrimoni separati era ricondotta ora al *numerus clausus* dei diritti reali <sup>(615)</sup>, ora all'art. 2740 c.c. che riserva la limitazione di responsabilità

---

<sup>(610)</sup> A norma del quale, la deliberazione costitutiva del patrimonio destinato può prevedere, oltre a quelli d'enunciazione legislativa (realizzazione, impossibilità sopravvenuta o insolvenza dell'affare), altri casi di cessazione della destinazione del patrimonio allo specifico affare.

<sup>(611)</sup> Nel senso che non possa autorizzarsi lo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale, il Trib. Savona, 24 aprile 2003, in *Fam. e diritto*, 2004, 67; nonché il Trib. minorenni Perugia, 25 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 687: «Il fondo patrimoniale di cui agli art. 167 ss. c.c. integra il regime principale di comunione o separazione dei beni dei coniugi e non può cessare ai sensi dell'art. 171 c.c., finché permanga il rapporto matrimoniale, sicché non può trovare accoglimento l'istanza dei coniugi i quali chiedano autorizzarsene la cessazione per l'esigenza di disporre del prezzo rilevabile dall'alienazione dell'immobile sottoposto al detto vincolo (nella specie, il tribunale minorile ha rigettato l'istanza di autorizzare la revoca della convenzione matrimoniale di costituzione del fondo, proposto nell'interesse dei coniugi, genitori di figlio ancora minorene)».

La risoluzione consensuale della convenzione matrimoniale costitutiva del fondo patrimoniale è altresì negata dal Trib. Alba, 2 settembre 2001, in *Gius*, 2002, 2477, motivando proprio con la tassatività delle cause estintive dell'art. 171 c.c.

*Contra* Trib. Roma, 14 marzo 2002, in *Riv. notariato*, 2003, II, 722.

<sup>(612)</sup> Il dogma di universalità e concorsualità della responsabilità patrimoniale preclude che la separazione patrimoniale potesse sorgere da un atto d'autonomia privata, imponendo espedienti quali l'attribuzione traslativa fiduciaria o la erezione d'una persona giuridica.

<sup>(613)</sup> IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 167.

<sup>(614)</sup> Ciò, per vero, in netta controtendenza rispetto alla riforma societaria che ha contenuto l'impiego delle clausole generali, adatte ad alcuni comparti civilistici, quali il diritto di famiglia, non al diritto della macroeconomia, per le incertezze che genererebbero nella prassi delle contrattazioni.

<sup>(615)</sup> IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 106, nel presupposto d'una compatibilità della destinazione allo scopo, e segnatamente del vincolo di inespropriabilità-indisponibilità, con l'assolutezza del diritto di proprietà.

(connaturata a ciascun patrimonio destinato) alle sole fonti legali <sup>(616)</sup>. Ben si comprende, pertanto, perché il *punctum dolens* della norma di nuova generazione risieda proprio nella carente tipizzazione dei fini di destinazione, in funzione della quale è richiamata la clausola generale del capoverso dell'art. 1322 c.c. che darebbe senso compiuto a quelle dottrine che ammisero l'atipicità della *causa fiduciae*, nei limiti in cui avesse perseguito un interesse meritevole di tutela <sup>(617)</sup>.

La letteratura sulla atipicità del contratto è tanto vasta da non potersene qui dar conto esaustivamente. E' sufficiente osservare, ai fini dell'art. 2645 *ter*, come talvolta si escluda che la meritevolezza dell'atto atipico possa assolvere, in concreto, una funzione diversa od ulteriore da quella assoluta, con riguardo alla illiceità del contratto, dall'art. 1343 c.c. <sup>(618)</sup>. E' addotta, in tal senso, la carenza di precedenti giurisprudenziali in cui la nullità dipenda dall'art. 1322, *cpv.* <sup>(619)</sup>, in antitesi alla regola del S.C. che esaurisce la meritevolezza nella sola conformità (*rectius* non contrarietà) a norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume <sup>(620)</sup>.

Non mancano, tuttavia, dottrine che dissociano la meritevolezza del contratto atipico dalla mera liceità, eccependo che il capoverso dell'art. 1322 c.c. non salvaguardi l'ordine giuridico, concernendo piuttosto l'idoneità in concreto del modello ideato dall'autonomia privata a surrogarsi alla tipizzazione legislativa dello schema contrattuale, in quanto capace d'assolvere una apprezzabile funzione economico e sociale <sup>(621)</sup>. A questa dissociazione, fondata sulla distinzione tra tipo e causa, in origine se ne contrappose ben altra, fondata sui

---

<sup>(616)</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 247, nella convinzione che altro dal negare che l'art. 2740 c.c. prefigurasse un principio d'ordine pubblico sarebbe stato ammetterne la generalizzata derogabilità ad opera dei privati.

<sup>(617)</sup> Nel testo dell'art. 2645 *ter* l'interesse meritevole di tutela è richiamato due volte: l'una direttamente, l'altra in via indiretta, tramite il rinvio al secondo comma dell'art. 1322 c.c. Lo rileva anche LUIPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiducie*, 2006, 170.

<sup>(618)</sup> Sul tema RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale, I contratti in generale*, II, 1, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 8 ss.

<sup>(619)</sup> SACCO, *Obbligazioni e contratti*, nel Trattato diretto da Rescigno, X, 2, Torino, 1995, p. 545.

*Contra*, tuttavia, Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in *Dir. e giust.*, 2004, 13, nella massima che segue: «La non conformità dei contratti, stipulati tra società sportive per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali, ai modelli ed alle prescrizioni della federazione sportiva di appartenenza, genera la nullità del contratto non già per violazione di norme imperative (in quanto le suddette norme federali non costituiscono fonti del diritto), ma per inidoneità del negozio a realizzare uno scopo meritevole di tutela».

<sup>(620)</sup> Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, in *Giust. civ. Mass.*, 1980.

<sup>(621)</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 816, nel senso d'una giuridicizzazione del modello atipico, talché il controllo assolto dalla clausola dell'art. 1322, *cpv.*,

principi del corporativismo illiberale che l'imprenditore avrebbe dovuto osservare, rispondendone innanzi allo Stato (art. 2088 c.c.), al pari dei contraenti i cui interessi, ancorché leciti, dovevano considerarsi meritevoli, alla stregua di quei medesimi principi <sup>(622)</sup> che ispirarono gli estensori del Codice del 1942 <sup>(623)</sup>.

Esaurire o meno la meritevolezza nella liceità è alternativa di non poco conto, poiché, nell'un caso, l'atto di destinazione potrebbe realizzare qualsivoglia programma individuale, purché lecito; nell'altro, di contro, il vaglio di liceità sarebbe necessario, ma non anche sufficiente, dovendosi altresì valutare la meritevolezza dell'interesse in concreto perseguito <sup>(624)</sup>.

Ove si conferisse alla clausola di meritevolezza una autonoma funzione, residuerebbe, poi, il problema d'individuare con esattezza modalità e criteri applicativi.

A tal proposito, dovrebbe escludersi una comparazione assiologica di interessi contrapposti, quando si convenisse che, pur riferendosi a persone con disabilità ed a pubbliche amministrazioni, l'art. 2645 *ter* non esiga, inderogabilmente, la utilità sociale della destinazione patrimoniale, nel presupposto che il perseguimento di beni e valori di rango costituzionale competa allo Stato, non all'autonomia privata <sup>(625)</sup>. L'illusione, per quanto coerente con la conclamata obsolescenza della matrice ideologica che identificò nella causa

---

non involga la meritevolezza *ex se* degli interessi, bensì l'idoneità di quel modello ad elevarsi a tipo legale, dopo aver acquisito tipicità sociale.

<sup>(622)</sup> A forte connotazione ideologica, evidentemente, ancor prima che giuridica.

<sup>(623)</sup> GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 168, dove si legge che la clausola del capoverso dell'art. 1322 c.c. non fu abrogata, a differenza dell'art. 2088 c.c., «sol perché la meritevolezza doveva e deve essere valutata in base alle norme dell'ordinamento giuridico e non già a quelle corporative».

<sup>(624)</sup> FRANCO, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 322, ove s'ammette che «con il richiamo alla meritevolezza degli interessi (essendo quest'ultimo un concetto relazionale), il legislatore ha voluto sollecitare un'approfondita analisi degli interessi che mediante la creazione del vincolo di destinazione si intendono perseguire al fine di valutarne la rilevanza, idonea a giustificare la prevalenza di questi (con il conseguente interesse alla separazione) rispetto al contrapposto interesse dei creditori e dei terzi in genere»; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 179.

<sup>(625)</sup> In questo senso si veda anche il Trib. Trieste, Ufficio del Giudice tavolo, 7 aprile 2006, in *Notariato*, 2006, 539, in parte motiva: «Il perseguimento dei valori costituzionali è compito riservato allo stato, e non ai privati, e i principi sovraordinati fungono, riguardo all'autonomia contrattuale, quali limitazioni inderogabili, più che come finalità che i contraenti debbano prefiggersi. Se quindi il *trust*, come tanti altri negozi di importazione extranazionale, non è di per sé e in termini assoluti uno strumento idoneo a determinare squilibri "macro-economici", rimanendo sostanzialmente irrilevante in un'ottica di utilità sociale, allora coerenza vuole che il sindacato dell'autorità giudiziaria debba concentrarsi, abbandonando i "massimi sistemi", sulla liceità in concreto dello strumento prescelto, per vedere se con la sua adozione ci si sia proposti di derogare a norme imperative e a principi generali».

del contratto uno strumento per governarne l'utilità sociale <sup>(626)</sup>, esaurirebbe la clausola generale dell'art. 1322 c.c. nella duplicazione tautologica dell'art. 1343 c.c., con conseguente esaustività del solo sindacato di liceità (in concreto) che peraltro assicurerebbe, quanto alle condizioni di ammissibilità, il pari trattamento (art. 3 Cost.) tra la separazione dell'art. 2645 *ter* ed il *trust* interno <sup>(627)</sup>.

Superata la mentalità corporativa che elevò la produttività economica a criterio selettivo della meritevolezza del contratto individuale atipico, il rapporto privatistico ha ricevuto una diversa impostazione solidaristica, talché non possa trascurarsi, rispetto alla libertà dei tipi, la funzione sociale devoluta alla proprietà (art. 42, comma 2, Cost.) <sup>(628)</sup>, quand'anche vincolata ad uno specifico scopo. La fisionomia «costituzionalmente orientata» della destinazione allo specifico scopo parrebbe perciò risolversi nella comparazione di interessi contrapposti, in modo che la meritevolezza assurga ora a criterio di inopponibilità della separazione patrimoniale alle obbligazioni derivanti da fatto illecito, ora a criterio di qualificazione dello scopo in termini di pubblica utilità.

### **9. L'interesse meritevole di tutela, nell'art. 2645 *ter***

L'*expressio causae* dell'art. 2645 *ter* è, in tutta evidenza, nell'interesse soddisfatto dal vincolo di scopo, *prima facie* riferito a terzi diversi dal conferente ed avente natura ora patrimoniale, ora morale, e finanche egoistico-individuale <sup>(629)</sup>, quando se ne escludesse la necessaria pubblica utilità che sola avrebbe giustificato, un tempo, il limite imposto alla libera circolazione della ricchezza <sup>(630)</sup>.

Se è ultronea una qualificazione della meritevolezza in termini di utilità sociale, pare

---

<sup>(626)</sup> La critica è qui rivolta alla teorica della predeterminazione causale, che peraltro non darebbe ragione dell'illiceità del contratto nominato: cfr., sul punto, la Cass., 15 ottobre 2001, n. 12510, in *Foro pad.*, 2002, I, 20, ove è deciso che anche nei contratti tipici potrebbe configurarsi una illiceità della causa, quando le parti direttamente perseguissero uno scopo contrario a fondamentali principi etico-giuridici.

In senso analogo si legga, da ultimo, la Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *www.cortedicassazione.it*.

<sup>(627)</sup> La cui liceità (in concreto), che giustificerebbe *ex se* l'effetto di segregazione, va valutata con riguardo alla Convenzione dell'Aja ed al limite (dell'ordine pubblico) dell'art. 16, l. 31 maggio 1995, n. 218.

<sup>(628)</sup> Così come non potrebbe parimenti trascurarsi la utilità sociale della libera iniziativa economica privata (art. 41, comma 2, Cost.).

<sup>(629)</sup> A veder bene, già l'estensione a «qualsiasi interessato» della legittimazione ad agire per la realizzazione dello scopo potrebbe associare la meritevolezza ad un interesse generale non dissimile da quello sotteso all'azione di nullità (art. 1421 c.c.), oltre i limiti altrimenti imposti dalla relatività del contratto (art. 1372 c.c.).

<sup>(630)</sup> Il riferimento è, ovviamente, al requisito già richiesto per il riconoscimento della fondazione.

manchevole, tuttavia, ridurla al solo vaglio di liceità dell'art. 1343 c.c.: lo scopo deve poter essere positivamente apprezzato, all'esito d'una valutazione assiologico-comparativa degli interessi coinvolti, parimenti leciti ma affatto contrapposti. Solo a queste condizioni il vincolo di destinazione potrebbe prevalere sull'affidamento del terzo alla libera circolazione dei beni, una volta assolto, s'intende, l'onere di trascrizione. Se così non fosse, d'altra parte, dovrebbe coerentemente concludersi che anche la stravaganza, la futilità o vanità, ancorché lecite, prevalgano, per ciò solo, sull'interesse del creditore all'integrità della garanzia dell'art. 2740 c.c. <sup>(631)</sup>.

Il criterio comparativo non altererebbe l'equilibrio istituzionale tra *iurisdictio* e *legislatio* <sup>(632)</sup>, poiché è proprio il legislatore che, con l'ausilio della clausola generale (o elastica), ha demandato alle magistrature il rinnovamento della razionalità assiologica del sistema giuridico <sup>(633)</sup>. In ogni caso, né al giudice, né al notaio rogante è devoluta una discrezionalità tale da esorbitare nell'arbitrio, poiché anche la meritevolezza dell'art. 2645 *ter* deve conformarsi a valori obiettivi, espressione del diritto positivo <sup>(634)</sup>.

Quest'esegesi collima con quelle dottrine che, prima dell'introduzione dell'art. 2645 *ter*, fondarono la responsabilità limitata sull'interesse ad una destinazione qualificata d'una quota del patrimonio, se ed in quanto si fosse trattato d'interesse degno di prevalere

---

<sup>(631)</sup> GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 169.

<sup>(632)</sup> *Contra* VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 777.

<sup>(633)</sup> Esclude che simile conclusione avvii un eccessivo ampliamento della discrezionalità dell'interprete FRANCO, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 232, argomentando che la norma invero asseconda la funzione dell'esegeta di «sviluppare ed integrare l'immanente portata storica, logica ed assiologica implicita nell'astratta ipotesi normativa; in coerenza con la funzione promozionale – in una con quella regolamentare – del diritto e con la definizione di questo come esperienza giuridica complessiva ovvero come cultura».

<sup>(634)</sup> Solo così potrebbe mitigarsi l'obiezione, parimenti plausibile, per cui non spetti né al notaio, né al giudice, ma al legislatore soltanto, la valutazione di sintesi degli interessi meritevoli di tutela, tra i quali selezionare quelli degni di prevalere: VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 777, dov'è concluso che «eventuali dubbi sulla scelta normativa che consente la separazione patrimoniale e l'opponibilità di ogni vincolo di destinazione volontario e lecito può solo essere oggetto di un controllo da affidare ai Giudici della legge, senza forzare ciò che essa dice o privarla del suo contenuto impegnativo».

Potrebbe peraltro sostenersi che la meritevolezza della destinazione dell'art. 2447 *bis* talvolta non discenda dalla mera liceità dello specifico affare intrapreso dalla società per azioni, come dimostrerebbe la clausola di responsabilità illimitata per le obbligazioni derivanti da fatto illecito (art. 2447 *quinquies*, comma 3) che evidentemente esprime una valutazione legislativa, formulata *ex ante*, sulla prevalenza dell'interesse della vittima *ex delicto* a soddisfarsi sull'intero patrimonio della società debitrice, benché l'integrale risarcimento non assurga a principio di rango costituzionale.

L'interesse alla separazione patrimoniale prevarrebbe in termini assoluti in materia finanziaria, dove la confusione del patrimonio dell'intermediario col patrimonio dell'investitore è configurata quale ipotesi di reato (art. 168 T.U.F.).

sull'affidamento dei creditori nell'universalità della garanzia generica <sup>(635)</sup>. Per questo la Corte di Cassazione, prima della novella del n. 3 dell'art. 46 l. fall. <sup>(636)</sup>, decise che i beni del fondo patrimoniale fossero esclusi dal fallimento, in quanto, pur appartenendo al fallito, avrebbero composto un patrimonio separato, destinato a soddisfare scopi meritevoli di prevalere sulle istanze di giustizia distributiva dell'art. 2740 c.c. <sup>(637)</sup>. Ed a logiche analoghe corrispondono le limitazioni alla sostituzione fedecommissaria, ammessa solo a tutela dell'interdetto, non per soddisfare altro diverso fine o interesse del testatore (contrastante col principio della libera circolazione dei beni).

Per il prossimo futuro non è escluso possa assistersi, quale correttivo del vaglio notarile <sup>(638)</sup> ed in funzione della maggior certezza del diritto, ad una progressiva tipizzazione giurisprudenziale dei modelli di separazione patrimoniale dell'art. 2645 *ter*.

---

<sup>(635)</sup> BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 251, nel presupposto del *numerus clausus* dei patrimoni separati.

<sup>(636)</sup> Giusto l'art. 43, comma 1, lett. a), d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, giova ricordarlo, tra i beni non compresi nel fallimento espressamente ora compaiono, oltre ai frutti derivanti dalliusufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto disposto dall'art. 170 c.c.

<sup>(637)</sup> Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2584.

<sup>(638)</sup> Poiché l'opponibilità dell'atto di destinazione ne richiede la forma solenne (sia pure *ad transcriptionem*), va da sé che il primo giudizio di meritevolezza dell'interesse del conferente è compiuto proprio dal notaio, il che non escluderebbe, ovviamente, l'eventualità d'un successivo sindacato giudiziale sul punto, oltre che sull'illiceità o revocabilità dell'atto destinatorio. Pur assumendo quale referente un dato obiettivo, quale è il trattamento riservato dal diritto positivo agli interessi contrapposti, il giudizio di meritevolezza si presta a valutazioni affatto discrezionali e, potenzialmente, dagli esiti discordanti. Per questo la sentenza che, *ex post*, giudicasse immeritevole l'interesse del conferente potrebbe esporre il notaio alla responsabilità dell'art. 28 della Legge 16 febbraio 1913, n. 89 (che vieta la ricezione di atti espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico). All'inconveniente *prima facie* rimedierebbe una meritevolezza che si risolvesse nella ponderata verifica della mera liceità (cfr. Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1049, dove la validità del contratto atipico, siccome diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, è condizionata alla sola conformità alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume) equiparando, almeno sotto questo aspetto, la destinazione dell'art. 2645 *ter* al *trust* di diritto straniero, ma al costo d'una irragionevole sperequazione con la limitazione di responsabilità del fondatore o dell'associato, che pure soggiace a penetranti sistemi di controllo, amministrativo e giudiziale, sulle modalità di gestione del patrimonio autonomo, dunque sull'effettività della sua destinazione allo scopo.

Circa i presupposti dell'autonomia patrimoniale degli enti del primo libro del codice civile, valga qui osservare, incidentalmente, come le immobilizzazioni improduttive imposero, in un sistema che privilegiò la massima circolazione della ricchezza, una caratterizzazione dello scopo in termini di pubblica utilità, poi divenuta utilità sociale, quindi nei limiti della possibilità e liceità del terzo comma dell'art. 1, d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 che potrebbe ora non precludere la possibilità d'una destinazione patrimoniale in funzione d'un più ampio spettro di interessi, anche individuali, purché meritevoli di tutela.

## 10. Le regole di responsabilità

Al pari dei loro frutti, i beni del patrimonio destinato dell'art. 2645 *ter* sono dunque passibili di esecuzione forzata solo per debiti contratti in relazione allo scopo di destinazione. La regola vale anche nella materia commerciale, dove gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono peraltro recare l'espressa menzione del vincolo di destinazione poiché, in mancanza, la società ne risponderebbe, sebbene in via solo sussidiaria, con l'intero suo patrimonio (art. 2447 *quinquies*, comma 4). Anche nell'art. 2645 *ter* quella menzione è in funzione della medesima impignorabilità, cui tuttavia non sarebbe limitata la responsabilità del debitore, ove si ritenesse che, a differenza di quella (biunivoca) dell'art. 2447 *quinquies* c.c., la separazione patrimoniale del sesto libro debba intendersi asimmetrica ed imperfetta, talché il creditore particolare possa soddisfarsi sull'intero patrimonio del conferente (o del fiduciario).

La regola di responsabilità sarebbe, quindi, la stessa cui soggiace il fondo patrimoniale (art. 170 c.c.), dove la realtà del vincolo di scopo è peraltro in funzione non solo della destinazione obiettiva della massa separata, ma anche della mala fede del creditore edotto dell'estraneità del debito ai bisogni del nucleo familiare. Come quelli del fondo patrimoniale <sup>(639)</sup>, anche i beni destinati a norma dell'art. 2645 *ter* risponderebbero, dunque, del danno da fatto illecito arrecato al creditore interessato dalla vicenda destinataria: si pensi al danno cagionato dalla circolazione del veicolo destinato al trasporto del beneficiario diversamente abile (art. 2054 c.c.) o alla rovina dell'edificio adibito a sua residenza (art. 2053 c.c.) <sup>(640)</sup>.

La separazione imperfetta non incide, riducendolo, soltanto sul beneficio della responsabilità limitata. Ed infatti, mentre nella Convenzione dell'Aja è stabilito che la legge regolatrice del *trust* possa prevedere (ed i sistemi di *common law* di regola lo prevedono) «che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*» (art. 11, comma 2, lett. c), nulla in proposito è statuito, di contro, dall'art. 2645 *ter* c.c., specie nell'eventualità in cui il bene destinato fosse trasferito al terzo fiduciario, che pure acquisterebbe un bene gravato da un onere o vincolo reale, analogamente all'acquisto d'un bene ipotecato.

E' plausibile che, per la temporaneità del vincolo, quell'acquisto esuli dalla comunione legale tra i coniugi, ove lo si assimilasse all'acquisto strumentale ad una vicenda

---

<sup>(639)</sup> Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, in *Giur. it.*, 2004, 1615.

<sup>(640)</sup> GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 180.

economica ancora *in itinere*, perciò estraneo all'oggetto dell'art. 177 c.c. <sup>(641)</sup>. Resterebbero incerte, invece, le sorti successorie del cespite vincolato: in assenza di diversa disposizione di legge, gli eredi dovrebbero succedere nel rapporto fiduciario, benché il mandato s'estingua per morte del mandatario (art. 1722, n. 4, c.c.), trattandosi di contratto *intuitu personae* <sup>(642)</sup>.

Chi contragga obbligazioni amministrando o gestendo i beni destinati potrebbe dunque risponderne in proprio, ove la massa separata dell'art. 2645 *ter* risultasse incapiente. Lo stesso avverrebbe per la società per azioni che avesse optato, nella deliberazione costitutiva dell'art. 2447 *ter*, per un regime di separazione patrimoniale imperfetta. Sul creditore dello specifico affare peraltro graverebbe, allo stesso modo di quel che avverrebbe in caso di obbligazione derivante da fatto illecito <sup>(643)</sup>, un onere di preventiva escussione del patrimonio destinato, che sembra non potersi trasporre alla fattispecie dell'art. 2645 *ter* che nulla statuisce in proposito: ove la sussidiarietà fosse concepita quale clausola d'eccezione alla regola, di portata generale, della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), se ne dovrebbero coerentemente escludere applicazioni analogico-estensive <sup>(644)</sup>, in mancanza di previsione di legge o di contratto <sup>(645)</sup>.

Il creditore personale del fiduciario non può soddisfarsi sul patrimonio separato, ma la preferenza accordata al creditore avente causa dalla gestione separata soggiace al limite dell'art. 2915 c.c.: il vincolo di scopo non sortirebbe effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervenissero nell'esecuzione quando, trattandosi di beni immobili, non fosse stato tempestivamente trascritto.

---

<sup>(641)</sup> GALASSO, *Regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2003, p. 210, dove sono escluse dalla comunione le somme percepite dal coniuge mutuatario, siccome tenuto a restituirle (così come il fiduciario a ben vedere è tenuto a ritrasferire il bene destinato, una volta realizzato, o divenuto impossibile, lo scopo di destinazione). Sulla mera strumentalità dell'acquisto, LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, XXXII, Milano, 1984, p. 322, ove è rilevato, con riguardo al mandato ad acquistare conferito a persona coniugata (in regime di comunione legale) da persona diversa dall'altro coniuge, come la strumentalità (e precarietà) dell'acquisto del mandatario non ne consenta l'inclusione nella comunione dell'art. 177 ss.

<sup>(642)</sup> Nel presupposto, anche in questo caso, dell'applicabilità delle norme sul mandato al rapporto fiduciario.

<sup>(643)</sup> Per il terzo comma dell'art. 2447 *quinquies*, giova ricordarlo, resta salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

<sup>(644)</sup> GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *www.judicium.it*.

<sup>(645)</sup> *Contra*, tuttavia, OPPO, *Responsum*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, p. 121, nel plausibile presupposto che il principio di preventiva escussione enunciato per i beni gravati da pegno e ipoteca (art. 2911 c.c.) debba *a fortiori* valere per i beni dedotti nel patrimonio separato.

## 11. Il patrimonio destinato dell'art. 2645 *ter* nella procedura concorsuale

La fiducia romanistica ha esposto il fiduciante al duplice rischio dell'abuso e dell'insolvenza del fiduciario: nel caso di distrazione dei beni dallo scopo, il fiduciante non avrebbe potuto rivendicarli nei confronti del terzo avente causa, né i beni posseduti *causa fiduciae* sarebbero stati esclusi dalle procedure concorsuali del fiduciario.

All'opposto, già agli inizi del secolo scorso la dottrina tedesca ammise, nel sistema dei diritti reali del BGB, la configurabilità d'un trasferimento di proprietà risolutivamente condizionato ad una serie di eventi, tra cui la morte del fiduciario, l'impossibilità sopravvenuta dello scopo di destinazione e la gestione infedele dei beni destinati. Si sarebbe perciò trattato di una proprietà solo temporanea, non dissimile da quella del primo istituito sull'eredità, destinata a risolversi, con effetti reali *ex tunc*, in caso di sostituzione ereditaria. Notevoli ne sarebbero state le implicazioni giacché, al verificarsi della condizione risolutiva, il fiduciante (al pari dei suoi eredi o del terzo beneficiario) avrebbe potuto rivendicare *erga omnes* il patrimonio destinato, dunque anche nei confronti dei creditori del fiduciario, che l'avessero pignorato, o della curatela del fallimento, che l'avesse appreso includendolo nella massa attiva <sup>(646)</sup>.

La separazione patrimoniale opera non solo nei confronti dei terzi creditori, ma anche nei riguardi dello stesso debitore <sup>(647)</sup>, che non potrebbe distrarre i beni dallo scopo di destinazione, pena l'inefficacia dell'atto dispositivo ovvero, talvolta, la decadenza dal beneficio della responsabilità limitata. Per questo ai creditori concorsuali non spetterebbero, sul patrimonio separato, maggiori diritti di quelli già spettanti al debitore insolvente, talché i beni destinati possano escludersi dalla massa attiva. La medesima *ratio* ricorre nella c.d. «doppia separazione» a tutela dei proprietari dei titoli e strumenti finanziari già sottratti alla falcidia concorsuale della liquidazione coatta amministrativa della società d'intermediazione mobiliare <sup>(648)</sup>.

L'opponibilità della separazione patrimoniale alla curatela deriva dalla semplice trascrizione dell'art. 2645 *ter*, non richiede, diversamente dagli artt. 1707 c.c. e 79 l. fall. in combinato disposto <sup>(649)</sup>, che la formalità sia espletata con riguardo ora all'atto di

---

<sup>(646)</sup> JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 30.

<sup>(647)</sup> La separazione patrimoniale richiede una norma di diritto positivo che ne consenta l'opponibilità non solo al terzo, ma anche al medesimo titolare.

<sup>(648)</sup> Trib. Milano, 17 giugno 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 551.

<sup>(649)</sup> L'ultimo comma della norma fallimentare (sul possesso del fallito a titolo precario) invero non allude all'art. 1707, ma all'art. 1706 (che non regola i rapporti tra mandante e creditori del mandatario), solo per un vizio di coordinamento sistematico tra il r.d. 16 marzo 1942, n. 267 ed il

ritrasferimento (dal fiduciario) al conferente, ora alla domanda giudiziale diretta a conseguirlo (art. 2932). La trascrizione dell'art. 2645 *ter* deve precedere, comunque, la dichiarazione di fallimento giacché, diversamente, sarebbe senza effetto rispetto ai creditori concorsuali (art. 45 l. fall.). Ed è proprio l'opponibilità del vincolo tempestivamente trascritto quel che da un lato distingue l'art. 2645 *ter* dalla fiducia romanistica, assimilandola, dall'altro, alla fiducia germanica<sup>(650)</sup>.

V'è, dunque, piena convergenza con quanto dispone, per il *trust*, l'art. 11, lett. b), della Convenzione dell'Aja<sup>(651)</sup>. Si comprende, pertanto, perché la norma non statuisca alcunché sull'eventuale gestione provvisoria della curatela: è da ritenere che il conferente (o terzo fiduciario) insolvente conservi il possesso della massa separata, al pari del coniuge, con riguardo ai beni ed ai frutti del fondo patrimoniale (art. 46, n. 3, l. fall.), ma diversamente dalla società fallita, il cui patrimonio destinato allo specifico affare è amministrato dal curatore che vi provveda, tuttavia, con gestione separata (art. 155, l. fall.).

La gratuità dell'atto di destinazione patrimoniale dell'art. 2645 *ter* ne implicherebbe l'inefficacia nei confronti della massa dei creditori, quando risalente ai due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento (art. 64 l. fall.). Questo, s'intende, ove l'interesse meritevole di tutela non discenda da uno scopo di pubblica utilità, né dall'adempimento di un dovere morale nei confronti del beneficiario, sempre che si tratti di liberalità proporzionata al patrimonio del conferente.

## **12. La destinazione di beni mobili (non registrati)**

La delimitazione dei beni che possono conferirsi nel fondo patrimoniale del primo libro del codice civile è correlata ai sistemi di pubblicità predisposti per consentirne l'opponibilità ai terzi, talché la valenza sostanziale dell'art. 167 c.c., quale autentica norma di fattispecie, possa precludere la deducibilità di beni mobili non registrati (per i quali manchino sistemi di pubblicità dichiarativa).

Stessa conclusione dovrebbe trarsi rispetto all'art. 2645 *ter* che allude, coerentemente alla sua collocazione sistematica, ai soli beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri.

---

coevo codice civile: cfr. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 339 ss.

<sup>(650)</sup> In buona sostanza, mutuando la terminologia invalsa nella giurisprudenza tedesca del secolo scorso, potrebbe qui concludersi che con l'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter* il bene sia trasferito al fiduciario con l'intesa che economicamente (o sostanzialmente) permanga nella sfera d'appartenenza del conferente, in modo che, quando assuma le vesti del debitore concorsuale, il compendio destinato possa appartenere al fiduciario in senso solo giuridico-formale.

L'illusione contraria potrebbe fondarsi sull'estensione della separazione ai frutti dei beni nominati dall'art. 2645 *ter*, consistenti in danaro o altri beni mobili, analogamente a quanto previsto per il fondo patrimoniale ed il patrimonio destinato allo specifico affare <sup>(652)</sup>, ma sarebbe destinata, all'evidenza, alla pura astrazione giuridica, in mancanza d'idonei sistemi di pubblicità mobiliare.

Il limite dell'art. 2915 c.c., richiamato dall'art. 2645 *ter*, estenderebbe la separazione patrimoniale al bene mobile destinato con atto avente data certa anteriore, sulla falsariga dell'effetto reale dell'art. 1707 c.c. che sottrae alle azioni esecutive dei creditori del mandatario i beni (mobili ed i crediti) che lo stesso avesse acquistato in proprio, sebbene per conto del mandante, in adempimento d'un contratto avente data certa anteriore al pignoramento <sup>(653)</sup>. Sennonché, l'affidamento del beneficiario non riceverebbe eguali tutele, sempre in applicazione delle norme sul mandato (con o senza rappresentanza), quando il creditore o avente causa del mandatario si rivalesse sulla provvista destinata all'acquisto o sul corrispettivo della compravendita conclusa nell'interesse del committente, contrariamente a quel che accadrebbe nel *trust*, ove le somme detenute *causa fiduciae* restano sottratte alle azioni esecutive dei creditori del fiduciario né si trasmettono *mortis causa* ai suoi eredi <sup>(654)</sup>.

La tutela del terzo di buona fede (artt. 1147, 1153 e 1706 c.c.) <sup>(655)</sup> dunque impone, anche in materia, una evidenza pubblicitaria omologa alla trascrizione, senza la quale il vincolo di destinazione non potrebbe esser opposto ai sensi dell'art. 615 c.p.c. <sup>(656)</sup>.

---

<sup>(651)</sup> BLANDINI e DÈ COSTANZO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 421 ss.

<sup>(652)</sup> Sono impiegati per i bisogni della famiglia i frutti dei beni costituenti il fondo patrimoniale (art. 168, comma 2), così come i creditori della società non possono far valere alcun diritto, oltre che sul patrimonio destinato allo specifico affare, sui frutti o proventi da esso derivanti (art. 2447 *quinquies*, comma 1).

<sup>(653)</sup> Con riguardo al pignoramento come «vincolo processuale di destinazione all'esproprio», BONSIGNORI, *Gli effetti del pignoramento*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano, 2000, *sub* art. 2914, 76.

<sup>(654)</sup> LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, 246.

<sup>(655)</sup> Sull'applicabilità delle norme sul mandato senza rappresentanza, e segnatamente dell'art. 1706, al rapporto fiduciario, cfr. il Trib. Cagliari, 10 dicembre 1999, in *Riv. giur. Sarda*, 2001, 661, nel presupposto che il *pactum fiduciae*, oltre che per la dissociazione tra titolarità ed interesse, si connota per l'obbligo del compimento d'attività giuridica per conto del fiduciante, al quale debba perciò riconoscersi il diritto di rivendica della cosa mobile per suo conto acquistata dal mandatario, oltre il diritto d'ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932).

<sup>(656)</sup> Nel presupposto che la pubblicità del vincolo di scopo equivalga alla meritevolezza dell'interesse perseguito, quale requisito minimale ai fini dell'opponibilità al terzo creditore o avente causa. In senso conforme M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 215.

Diversamente, al beneficiario non residuerebbe alcun dispositivo di tutela, nemmeno, forse, la colpa grave coesenziale all'errore inescusabile del terzo avente causa. Ed è su queste basi che s'è ammessa una applicazione analogico-estensiva dell'art. 167 c.c., che avrebbe consentito la destinazione ai bisogni della famiglia d'una partecipazione societaria, quale fatto giuridico passibile di pubblicità dichiarativa <sup>(657)</sup>: conclusione, questa, coerente con quella giurisprudenza di merito che ha ritenuto iscrivibile nel registro delle imprese il trasferimento al *trustee* di quote sociali di società a responsabilità limitata <sup>(658)</sup>.

In assenza d'apposito sistema, la separazione giuridica potrebbe ottenersi tramite la materiale segregazione del bene mobile dal restante patrimonio del conferente. L'ipotesi non differirebbe, a ben vedere, dallo spossessamento della cosa data in pegno, cui è stata coerentemente attribuita, sebbene in senso lato, proprio una funzione pubblicitaria <sup>(659)</sup>. Allo stesso modo, trattandosi di bene fungibile, il danaro destinato allo scopo meritevole potrebbe depositarsi in un conto o libretto bancario intestato al fiduciario (conferente o terzo gestore), ma in tale espressa sua qualità. Potrebbe così impiegarsi, con riguardo al vincolo reale dell'art. 2645 *ter*, la stessa tecnica adottata dall'art. 117, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Testo unico delle assicurazioni private), dove è stabilito che i premi pagati all'intermediario e le somme destinate ai risarcimenti costituiscano un patrimonio autonomo (*rectius*, separato) da quello dell'intermediario medesimo, quando versati in apposito conto: il deposito delle somme ne assicurerebbe l'individuazione semplificando, al contempo, l'obbligo di rendiconto del fiduciario.

Talora la realtà del vincolo di destinazione richiede, oltre alla formalità pubblicitaria, anche una rappresentazione contabile, assimilabile alla separazione fisica che rimedia alla confusione delle masse mobiliari fungibili. Così è per i proventi destinati in via esclusiva al rimborso del finanziamento, quando il contratto sia stato depositato per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese e siano stati adottati sistemi di incasso e contabilizzazione idonei ad individuare, in ogni momento, i proventi dell'affare, sì da tenerli separati dal restante patrimonio della società debitrice (art. 2447 *decies*, comma 3).

Come nel *trust*, anche nell'art. 2645 *ter* la segregazione fisica dei beni mobili destinati non rileverebbe ai fini della segregazione giuridica, evitando piuttosto che i principi

---

<sup>(657)</sup> Cfr., con riguardo alle quote di società a responsabilità limitata, CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in ANELLI e SESTA (a cura di), *Regime patrimoniale della famiglia*, III, Milano, 2002, p. 574.

<sup>(658)</sup> Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Riv. notariato*, 2004, 556.

<sup>(659)</sup> GROLA-ZANELLI, *Del pegno, delle ipoteche*, in *Commentario del cod. civ.*, Bologna-Roma, 1992, 67 ss.

dell'affidamento e dell'apparenza la rendano inopponibile ai terzi di buona fede: in questo senso dovrebbe intendersi anche l'ultimo capoverso dell'art. 167 dov'è stabilito, con riguardo al fondo patrimoniale, che i titoli di credito debbano essere vincolati rendendoli nominativi con annotazione del vincolo o in altro modo idoneo <sup>(660)</sup>.

### 13. Legittimazione ad agire e natura della pretesa esercitata nei confronti del fiduciario

Per la realizzazione dello scopo è legittimato ad agire, oltre al beneficiario, «qualsiasi interessato», anche durante la vita del conferente. Di quell'azione, il conferente potrebbe esserne ora legittimato attivo, ora legittimato passivo, quando amministri egli stesso la massa separata, in luogo del terzo fiduciario.

L'azione rimedia ai possibili abusi del fiduciario (lo stesso conferente o il terzo), dunque alla distrazione o confusione dei beni destinati, tanto da potersi sovrapporre, quando l'atto istitutivo contempra il trasferimento d'un cespite vincolato al beneficiario, a quella dell'art. 2932 c.c., poiché il beneficiario agirebbe per ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti del contratto non concluso in suo favore, ai sensi dell'art. 1411 c.c. <sup>(661)</sup>.

La struttura della norma richiama l'adempimento dell'onere, testamentario (art. 648 c.c.) o donativo (art. 793, comma 3, c.c.), rivelando la natura personale (*ius ad rem*), non già reale (*ius in re*), del diritto del beneficiario <sup>(662)</sup>. Lo stesso accadrebbe nel *trust* <sup>(663)</sup>, ove si ritenesse che il beneficiario rivolga la propria pretesa al *trustee* sì da non esercitarla, in via diretta, sui beni del fondo <sup>(664)</sup>. Per questo quella segregazione patrimoniale non implicherebbe una scissione della proprietà dell'art. 832 c.c., prefigurando, piuttosto, la coesistenza di distinte situazioni giuridiche riferibili alla medesima *res* <sup>(665)</sup>.

---

<sup>(660)</sup> LUPOI, *I trust nel diritto civile*, Tratt. dir. civ. diretto da Sacco, Torino, 2004, 252.

<sup>(661)</sup> Sull'ammissibilità del contratto preliminare a favore di terzo, Cass., 9 luglio 1997, n. 6206, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1166; Cass., 28 aprile 1989, n. 1993, *ivi*, 1989, 382; Cass., 5 dicembre 1987, n. 9034, *ivi*, 1987, fasc. 12, non rilevando la mancata corrispondenza tra il soggetto che si impegna ad acquistare e l'avente diritto all'esecuzione dell'art. 2932.

<sup>(662)</sup> PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 203.

<sup>(663)</sup> Corte di giustizia CE, 17 maggio 1994, n. 294, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1529: «L'azione volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di *trustee* e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della *legal ownership* non è un'azione reale ai sensi dell'art. 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni».

<sup>(664)</sup> MANES, *La norma sulla trascrizione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.*, 2006, 628; LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Vita not.*, 1992, 973.

<sup>(665)</sup> Si allude, evidentemente, al *legal estate*, con riguardo all'amministrazione del fondo fiduciario, ed all'*equitable estate*, ai fini del suo godimento, secondo le determinazioni tipiche del *trust* regolamentato dalla legge anglosassone, dove la dissociazione delle potestà dominicali è consentita dalla contestuale coesistenza di distinti ordini di regole: la *common law*, cui è giustapposta l'*equity*, con funzione correttiva del diritto comune, conformato alle norme di coscienza.

Altro dal vincolo reale dell'art. 2645 *ter* c.c. sarebbe, comunque, l'obbligazione *propter rem* sul bene destinato, cui pure è stata riconosciuta, dal S.C., una fonte contrattuale<sup>(666)</sup>: quand'anche realizzasse un interesse meritevole di tutela, l'onere graverebbe ogni futuro avente causa di una prestazione patrimoniale che solo la legge, invero, potrebbe imporgli (art. 23 Cost.).

La destinazione patrimoniale dell'art. 2645 *ter*, dunque, è tutt'altro dalla fiducia romanistica, radicata sull'attribuzione traslativa dello *ius in re*, partecipando piuttosto degli attributi della fiducia germanistica<sup>(667)</sup>, connotata non dalla titolarità del diritto dominicale, ma dalla legittimazione ad esercitarlo: è in questi termini che, in quanto trascritto, il vincolo di scopo è opponibile al terzo avente causa del fiduciario.

La realtà del vincolo di scopo consente un rimedio reipersecutorio analogo all'azione di *tracing* (o *following the trust*), benché la legittimazione del conferente all'azione volta ad ottenere la realizzazione dello scopo distingue l'atto di destinazione dell'art. 2645 *ter* dal *trust* anglosassone, dove quella azione è data al solo beneficiario (o al *protector* o guardiano), mentre la costituzione del fondo patrimoniale non implica l'insorgere d'alcuna posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli di indisponibilità<sup>(668)</sup>.

---

<sup>(666)</sup> Invero, le obbligazioni reali soggiacciono, secondo il tradizionale insegnamento, al medesimo numero chiuso degli *iura in re aliena*. *Contra*, tuttavia, la Cass. 6 marzo 2003, n. 3341, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 469, che decide nel presupposto che il principio di tipicità valga per i soli diritti reali, non anche per le obbligazioni *propter rem*.

<sup>(667)</sup> La fiducia germanistica ha, nel nostro sistema positivo, valenza eccezionale. La fattispecie più rilevante è quella dell'intestazione fiduciaria di azioni o quote sociali a società fiduciarie.

<sup>(668)</sup> Cass., 8 settembre 2004, n. 18064, in *Giust. civ.*, I, 2005, 997, dov'è escluso, in applicazione del suddetto principio, che i figli minori siano litisconsorzi necessari nel giudizio promosso dalla curatela fallimentare nei confronti dei coniugi dichiarati falliti, per sentir dichiarare, nei loro confronti, l'inefficacia, ai sensi dell'art. 64 l. fall., del vincolo di scopo dell'art. 167 c.c.



## CAPITOLO III

### Sezione IV

#### **I patrimoni separati nell'assicurazione della responsabilità civile**

Sommario: 1. Premessa 2. I patrimoni separati nell'intermediazione del nuovo Testo unico assicurativo. 3. La separazione patrimoniale nel previgente diritto delle assicurazioni private. 4. Lo scopo indennitario del Fondo di garanzia per le vittime della strada. 5. La soggettività giuridica del Fondo di garanzia. 6. Il Fondo di garanzia per le vittime della strada è, dunque, un patrimonio separato. 7. Il Fondo di garanzia notarile 8. Il Fondo notarile come patrimonio separato. 9. Le tecniche di destinazione della prestazione assicurativa diverse dal patrimonio separato.

#### **1. Premessa.**

Se il rischio dedotto nell'assicurazione della responsabilità civile è quello della *deminutio patrimonii* cui è esposto l'assicurato che contragga un debito *ex delicto* <sup>(669)</sup>, quel che ha storicamente distinto il contratto dell'art. 1917 c.c. dalle altre assicurazioni contro i danni è proprio il vincolo di scopo che il legislatore ha voluto imprimere sulla prestazione dell'assicuratore, in modo da destinarla alla soddisfazione del terzo <sup>(670)</sup>. In tale contesto, l'art. 117 del nuovo Codice delle Assicurazioni private ha introdotto nuove forme di separazione patrimoniale, del tutto inedite in materia benché strutturate sulla falsariga di quelle già vigenti nel settore dell'intermediazione finanziaria, con le quali il legislatore delegato ha sottratto le somme destinate ai risarcimenti alle azioni esecutive dei creditori dell'intermediario assicurativo: con i patrimoni separati il diritto delle assicurazioni private s'è così dotato di dispositivi di maggior tutela dell'affidamento riposto nella prestazione

---

<sup>(669)</sup> Sull'assicurazione della responsabilità civile quale assicurazione sul patrimonio: in giurisprudenza, per tutte, la Cass., 14 gennaio 1971, n. 64, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1312; in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 435; in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 504; in letteratura, v., invece, SALANDRA, *Dell'assicurazione*, Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1948, p. 316; FANELLI, *Le assicurazioni*, Trattato Cicu-Messineo, XXXVI, t. 1, Milano, 1973, p. 165; CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, , ove il distinguo tra assicurazione del patrimonio e assicurazione delle cose.

<sup>(670)</sup> ANGELONI, *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 556, per il quale l'indennità assicurata «non può essere destinata, come avviene nelle altre assicurazioni contro i danni, a qualunque scopo piaccia all'assicurato, diverso da quello della riparazione in natura del danno sofferto (l'indennità riscossa per l'incendio della casa assicurata può essere impiegata a tutt'altro scopo che a quello di ricostruirla), ma deve servire a risarcire i danni arrecati ai terzi, onde il diritto dell'assicurato a conseguire l'indennità dall'assicuratore dipende dalla effettiva destinazione di questa a risarcire i danni arrecati ai terzi, o a reintegrare il patrimonio dell'assicurato del già effettuato risarcimento».

dell'assicuratore, in modo che anche nell'art. 1917 c.c. l'interesse dell'assicurato e quello del terzo esposto al rischio di polizza ricevano una eguale tutela.

In questa prospettiva, dapprima furono i compilatori del 1942, con l'inedito privilegio del danneggiato sull'indennità dovuta dal terzo assicuratore (art. 2767 c.c.), a sottrarre il credito risarcitorio al pari concorso dei creditori chirografari del responsabile civile. Successivamente, l'azione diretta dell'art. 18, l. n. 990/1969 a ben vedere non assecondò solo le istanze di certezza e tempestività dell'indennizzo <sup>(671)</sup>: l'esclusiva legittimazione attiva nei riguardi del terzo assicuratore della r.c.a. di fatto equivalse, *quoad effectum*, al conferimento del credito risarcitorio in un patrimonio separato, in modo da precluderne la pignorabilità ai creditori del responsabile civile diversi dal danneggiato *ex delicto*. Infine, quando non lo si qualificasse quale patrimonio dotato di propria soggettività giuridica, anche il Fondo di garanzia per le vittime della strada prefigurerebbe un patrimonio separato, il cui vincolo di scopo escluderebbe (alla stessa stregua di quanto avviene per i beni personali del *trustee* che non rispondono delle obbligazioni assunte nella gestione del *trust fund*) una legittimazione passiva dell'ente gestore (CONSAP), il cui patrimonio verrebbe così sottratto alle azioni esecutive delle «vittime della strada».

## 2. I patrimoni separati nell'intermediazione del nuovo Testo unico assicurativo

L'ultimo Codice delle Assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) è un testo unico innovativo, non di mera compilazione <sup>(672)</sup>. Tra le novità introdotte, la disciplina delle attività di intermediazione assicurativa (e riassicurativa) (Titolo IX) <sup>(673)</sup>, ora riservata

---

<sup>(671)</sup> A tal proposito, FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, p. 7: «la garanzia del risarcimento per la vittima incolpevole sussisterebbe già con la previsione dell'obbligo a contrarre assicurazione: il terzo ben potrebbe ottenere il risarcimento secondo la procedura predisposta dall'art. 1917 c.c., dato che il danneggiante sarebbe sicuramente solvente, avendo stipulato (obbligatoriamente) un contratto di assicurazione della r.c.a.».

<sup>(672)</sup> In questo senso depone non solo il rinnovato statuto della r.c.a. (Titolo X) (PARTISANI, *La responsabilità civile autoveicoli nel nuovo Codice delle assicurazioni private*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 967 ss.), ma ancor più la nuova disciplina delle partecipazioni di capitale nelle società di assicurazione e riassicurazione, così allineata a quella già delineata dal testo unico bancario (Titolo VII), nonché la maggior trasparenza ora richiesta sia nella stesura delle clausole di polizza (Titolo XII), sia nell'offerta assicurativa nei rami danni e vita (Titolo XIII), da valutarsi con canoni di diligenza analoghi a quelli dell'intermediario finanziario (art. 21, t.u.f.).

<sup>(673)</sup> Attività consistente, a norma dell'art. 106, t.u.a.p., «nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati».

agli iscritti nell'apposito registro (art. 109), la cui formazione ed aggiornamento saranno disciplinate da appositi regolamenti dell'ISVAP<sup>(674)</sup>.

I doveri di correttezza e diligenza nella intermediazione delle polizze di assicurazione furono dapprima disciplinati, nelle more d'attuazione della direttiva 2002/92/CE<sup>(675)</sup>, dalla Circolare dell'ISVAP n. 533/D del 4 giugno 2004, in materia di distribuzione di polizze di assicurazione, incasso dei premi e pubblicità dei prodotti assicurativi. Ora, la direttiva comunitaria sull'intermediazione assicurativa ha trovato compiuta esplicazione nel nuovo Codice delle Assicurazioni private, che agli artt. 117-121 detta le regole comportamentali cui dovranno attenersi gli operatori del settore (agenti, *brokers*, banche e s.i.m. autorizzate).

E' proprio in quest'ambito che si colloca il dispositivo congegnato dal legislatore delegato in funzione della obbligazione di garanzia dell'assicuratore<sup>(676)</sup>: la separazione patrimoniale, analoga a quella dell'intermediazione finanziaria a tutela dei risparmiatori (art. 22, T.U.F.)<sup>(677)</sup>, questa volta però asservita alla tutela del credito indennitario, tanto nel

---

<sup>(674)</sup> Nel registro sono iscritti, in sezioni distinte:

a) gli agenti di assicurazione, in qualità di intermediari che agiscono in nome o per conto di una o più imprese di assicurazione o di riassicurazione;

b) i mediatori di assicurazione o di riassicurazione, altresì denominati *broker*, in qualità di intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione;

c) i produttori diretti che, anche in via sussidiaria rispetto all'attività svolta a titolo principale, esercitano l'intermediazione assicurativa nei rami vita e nei rami infortuni e malattia per conto e sotto la piena responsabilità di un'impresa di assicurazione e che operano senza obblighi di orario o di risultato esclusivamente per l'impresa medesima;

d) le banche autorizzate ai sensi dell'articolo 14 del testo unico bancario, gli intermediari finanziari inseriti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico bancario, le società di intermediazione mobiliare autorizzate ai sensi dell'articolo 19 del testo unico dell'intermediazione finanziaria, la società Poste Italiane – divisione servizi di bancoposta – autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144;

e) i soggetti addetti all'intermediazione, quali i dipendenti, i collaboratori, i produttori e gli altri incaricati degli intermediari iscritti alle sezioni di cui alle lettere a), b) e d) per l'attività di intermediazione svolta al di fuori dei locali dove l'intermediario opera.

Il secondo comma dell'art. 109 del nuovo Codice termina stabilendo che non è consentita la contemporanea iscrizione dello stesso intermediario in più sezioni del registro.

<sup>(675)</sup> Sulla direttiva comunitaria, DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 143.

<sup>(676)</sup> Sulla struttura dell'obbligazione di garanzia, da ultimo PARTISANI, *L'obbligazione di garanzia*, in FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, 2, Torino, 2004, p. 1421 ss.

<sup>(677)</sup> Ai sensi dell'art. 22, d. lgs. 24.2.1998, n. 58 (in Suppl. Ordinario n. 52/L, alla Gazz. Uff. n. 71 del 26 marzo, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21, l. 6.2.1996, n. 52):

«Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla società di gestione del risparmio o dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U. bancario nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse

ramo danni, quanto nel ramo vita. Ed infatti, a norma dell'art. 117, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, i premi pagati all'intermediario e le somme destinate ai risarcimenti o ai pagamenti dovuti dalle imprese di assicurazione costituiranno un patrimonio «autonomo» rispetto a quello dell'intermediario medesimo, e dovranno perciò essere versati in apposito conto separato, del quale potrà essere titolare anche l'intermediario ma solo espressamente in tale qualità (1° comma).

Dunque, la separazione patrimoniale dovrà ora informare, oltre quella in materia finanziaria, anche l'intermediazione assicurativa del Titolo IX del d. lgs. n. 209 del 2005. La discrasia tra la rubrica («Separazione patrimoniale») ed il testo dell'art. 117, che allude ad un «patrimonio autonomo», confermerebbe l'uso talvolta promiscuo da parte del legislatore di espressioni che invero andrebbero tenute distinte <sup>(678)</sup>: il patrimonio separato, pur partecipando dei medesimi attributi di indisponibilità ed impignorabilità, è altro dal patrimonio autonomo <sup>(679)</sup>, per l'assenza del diaframma dell'alterità soggettiva dei beni destinati allo scopo.

---

degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o sub-depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi» (1° comma).

«Per i conti relativi a strumenti finanziari e a somme di denaro depositati presso terzi non operano le compensazioni legale e giudiziale e non può essere pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario o dal sub-depositario nei confronti dell'intermediario o del depositario» (2° comma).

«Salvo consenso scritto dei clienti, l'impresa di investimento, la società di gestione del risparmio, l'intermediario finanziario iscritto nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U. bancario e la banca non possono utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, gli strumenti finanziari di pertinenza dei clienti, da esse detenuti a qualsiasi titolo. L'impresa di investimento, l'intermediario finanziario iscritto nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U. bancario e la società di gestione del risparmio non possono inoltre utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, le disponibilità liquide degli investitori, da esse detenute a qualsiasi titolo» (3° comma).

Sull'art. 22, T.U.F., SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, p. 320 ss.

<sup>(678)</sup> Ed il medesimo rilievo critico può muoversi al legislatore del 1993 che, nel disciplinare i fondi pensione, per descrivere lo stesso fenomeno giuridico (di separazione patrimoniale) impiegò, tra l'altro con norma di lì a poco abrogata, l'onnicomprensiva (e discutibile) espressione di «patrimonio di destinazione, separato ed autonomo» (cfr. 2° comma dell'art. 4, d. lgs. 21.4.1993, n. 124, abrogato dall'art. 5, l. 8.8.1995, n. 335: «Fondi pensione possono essere costituiti altresì nell'ambito del patrimonio di una singola società o di un singolo ente pubblico anche economico attraverso la formazione con apposita deliberazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente, con gli effetti di cui all'art. 2117 c.c.»). Sulle stesse imprecisioni terminologiche, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 19.

<sup>(679)</sup> Sul tema dei patrimoni separati, PARTISANI, *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 42 ss.; ID., *Trust interno e responsabilità civile del disponente*, *ivi*, 2005, p. 543 ss.

Senza troppo diffondersi su questioni terminologiche, la sostanza qui depone, dunque, per la configurabilità d'un patrimonio separato: i premi incassati e le somme destinate ai risarcimenti sono versate dall'intermediario in un conto separato, sul quale sono ammesse soltanto azioni, sequestri o pignoramenti degli assicurati o di altre compagnie creditrici (ovvero di loro creditori o aventi causa, ma nei limiti di quanto spettante al singolo assicurato o impresa assicuratrice) (art. 117, 2° comma), e sul quale non opereranno le compensazioni legale e giudiziale, né potrà esser pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario nei confronti dell'intermediario (3° comma).

Specie quando si ritenesse che l'acquisto del depositario derivi non già dal consenso del depositante bensì proprio dalla fungibilità dei beni appresi (art. 1782 c.c.), nei rapporti di mandato (artt. 1706 e 1707 c.c.) il principio di separazione patrimoniale, antitetico al dogma d'universalità del patrimonio teorizzato dai giuristi d'oltralpe Aubry e Rau<sup>(680)</sup>, assolverebbe la peculiare funzione di preservare, tramite l'infungibilità *ope legis*<sup>(681)</sup>, la suddivisione di masse patrimoniali che (in quanto ontologicamente fungibili) potrebbero altrimenti confondersi<sup>(682)</sup>, con conseguente conversione del diritto dominicale del gerito

---

<sup>(680)</sup> AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, 1917, t. IX, p. 337 ss., per i quali «*l'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité*», così da intendere il patrimonio come «*émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle*».

<sup>(681)</sup> Dalla integrazione sistematica col diritto dei patrimoni separati dunque discende che all'infungibilità connaturata alla intrinseca natura del bene ed a quella promanante dalla autonomia privata (nel senso che l'autonomia privata non potrebbe di contro considerare fungibili beni socialmente infungibili, BIONDI, *Cosa fungibile e non fungibile*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1964, p. 1020) debba aggiungersi, all'evidenza, quella di fonte legislativa. Sul tema della fungibilità-infungibilità soggettiva, da ultimo, PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità nelle diverse specie di obbligazioni*, in FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, 2, Torino, 2004, p. 1501 ss., in cui, dato atto della progressiva trasposizione del concetto di fungibilità dagli statuti proprietari, dove assurse a criterio di classificazione dei beni (giusto l'aforisma *res quae pondere, numero, mensura consistunt*), al diritto delle obbligazioni e dei contratti, s'è rilevato come nella compravendita immobiliare di genere limitato la singola porzione d'immobile possa dai contraenti esser concepita come bene fungibile.

<sup>(682)</sup> Davvero esplicita, a questo riguardo, l'ordinanza del Trib. Milano, 29.9.1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2634, ove fu ravvisata una irregolarità tanto grave da legittimarne la revoca, nella condotta dell'amministratore che, depositando i versamenti delle quote condominiali e dei fondi di riserva sul suo conto personale e non su un conto separato intestato al condominio, provocò una confusione di patrimoni che privò i condomini d'ogni controllo sulla corretta gestione dei beni e servizi comuni e, nondimeno, sulla effettiva destinazione allo scopo dei fondi accantonati per le liquidazioni del personale di pulizia, per l'ascensore, per la caldaia e per le altre spese correnti. Ai medesimi principi è ispirata la Cass., 21.5.1999, n. 4943, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2635, ove l'effetto segregativo è correlato proprio alla preclusione del concorso dei creditori del mandatario: «Il mandato conferito dai fiducianti ad una società fiduciaria per investire nell'esclusivo loro interesse il denaro ad essa affidato, pur essendo rimessa alla discrezionalità professionale della società la opzione tra le diverse ipotesi di investimento considerate nel mandato stesso, è diretto e idoneo a dar luogo a patrimoni separati da quello della società fiduciaria, intangibili dai creditori della stessa, con la

nel credito chirografario alla restituzione del *tantundem* <sup>(683)</sup>. Ed in questo senso, posto che, per l'art. 118, d.lgs. 20 luglio 2005, n. 209, il pagamento eseguito in buona fede all'intermediario o ai suoi collaboratori si considera effettuato direttamente all'impresa di assicurazione, la commistione di patrimoni è preclusa dall'infungibilità legale dei premi assicurativi che, per la loro devoluzione allo scopo indennitario, sono perciò sottratti all'azione esecutiva dei creditori dell'intermediario insolvente, così da riservare alla medesima compagnia d'assicurazioni un dispositivo di tutela non dissimile dall'opposizione di terzo dell'art. 619 c.p.c. In definitiva, com'è per la gestione di portafogli d'investimento <sup>(684)</sup>, dove la separazione dell'art. 22, t.u.f. è il diaframma opposto alla commistione tra i valori dei clienti ed il patrimonio del gestore ed, al contempo, tra i valori dei singoli risparmiatori <sup>(685)</sup>, anche il dissesto dell'intermediario assicurativo non soggiace al regime in passato applicato al fallimento del mandatario o della società fiduciaria <sup>(686)</sup>: se la

---

conseguenza che la *mala gestio* dei beni dei fiducianti non comporta lesione alla integrità del patrimonio sociale».

<sup>(683)</sup> La giurisprudenza, d'altra parte, ha considerato la rivendica *ex art* 1706 c.c. ed art. 103, r.d. 16.3.1942, n. 267 quale azione connaturata proprio al diritto di proprietà, argomentando che «il bene, in conseguenza, non solo deve esistere nella sua materialità, ma deve essere anche ben determinato ed individuato, posto che in assenza di tali requisiti, vengono meno sia la possibilità di affermare il diritto di proprietà da parte del rivendicante con riguardo ad una cosa dotata di caratteri idonei a distinguerla in concreto, sia la specificazione dell'oggetto della domanda», per poi concludere che «non possono formare oggetto di rivendica le cose mobili prive del carattere di infungibilità, le quali, per tale ragione, passano in proprietà del mandatario o del fallito, con connesso obbligo di trasferire l'equivalente» (così nella parte motiva della Cass., 16.5.1990, n. 4262, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1398).

<sup>(684)</sup> App. Bologna, 14.1.2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 505, dov'è affermato che la natura fungibile degli strumenti finanziari e del danaro oggetto dei servizi di investimento non costituisce limite all'azione di rivendicazione dei clienti della s.i.m. in liquidazione; nonché, anticipando il nuovo corso giurisprudenziale inaugurato dalla Cass., 14.10.1997, n. 10031, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 141 (v. *infra*), il Trib. Torino, 8.2.1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 418, dove si decise che, nel fallimento di una società d'intermediazione mobiliare, il curatore avrebbe dovuto formare due masse passive distinte, allo scopo di evitare il concorso tra i creditori della s.i.m. ed i clienti della stessa.

<sup>(685)</sup> Sul regime di «doppia separazione», v. il Trib. Milano, 17.6.2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 551: «I proprietari di titoli e strumenti finanziari che beneficiano del regime ordinario della c.d. “doppia separazione” hanno diritto all'immediata ed integrale restituzione dei beni oggetto del proprio diritto. Di conseguenza, i beni costituenti patrimonio separato non devono essere assoggettati a falcidia concorsuale in caso di liquidazione coatta amministrativa della S.i.m.». Sul tema, INZITARI, *Effetti della liquidazione coatta amministrativa sui rapporti in corso. Atti di amministrazione del patrimonio della clientela*, in *Fall.*, 2000, p. 1208 ss.

<sup>(686)</sup> Cass., 20.2.1984, n. 1200, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 424; Cass., 16.5.1990, n. 4262, cit.; Trib. Ferrara, 30.12.1993, in *Vita not.*, 1994, p. 867, ove il principio per cui in caso di fallimento del gestore le domande di rivendicazione (nonché di separazione e restituzione *ex art*. 103 l. fall.) dei valori mobiliari e delle somme di denaro proposte dai clienti-investitori fossero inammissibili siccome non concernenti cose individuate di specie (in mancanza di conti rubricati come «gestione per conto terzi», ovvero di registrazione del numero di serie dei titoli al portatore o di intestazione di quelli nominativi), dal momento che le irregolarità gestorie determinarono la commistione dei

confusione è l'antitesi giuridica della separatezza patrimoniale, l'infungibilità è la regola di conflitto tra distinti aventi causa o creditori, capace di sottrarre le liquidità dell'impresa d'assicurazioni, seppur depositate su conto ad altri intestato, alla garanzia generica (art. 2740 c.c.) dei creditori concorrenti dell'intermediario insolvente.

### 3. La separazione patrimoniale nel previgente diritto delle assicurazioni private

Il dogma di universalità e concorsualità sotteso alla responsabilità patrimoniale del debitore è all'origine della pregiudiziale avversione che ha storicamente contraddistinto l'approccio degli interpreti alla teorica dei patrimoni separati<sup>(687)</sup>. Orbene, nell'anno che ha preceduto il riassetto normativo delle assicurazioni private, è proprio quella dell'intermediazione assicurativa, ora disciplinata dal Titolo IX del nuovo Testo unico, la materia in cui la Corte di Cassazione ebbe occasione di ribadire, proprio agli effetti dell'art. 2740 c.c., la riserva di legge sui patrimoni separati, quale presidio di tutela della classe creditoria dalle paventate regressioni verso forme d'arbitraria elusione del vincolo d'obbligazione.

Nel caso in decisione, una compagnia di assicurazioni s'affidò ad un consorzio che, quale intermediario assicurativo, avrebbe concluso contratti d'assicurazione riscuotendone i premi in nome e per conto della preponente. Successivamente, l'intermediario fu però posto in liquidazione coatta amministrativa, con ammissione al passivo dei crediti della compagnia di assicurazioni che dunque s'oppose *ex art. 209 l. fall.*, chiedendo la restituzione dei premi di sua spettanza benché nella (mera) disponibilità dell'intermediario decotto. In via più circostanziata, l'opponente contestava che la fungibilità delle somme contese ne avesse determinata l'irreversibile confusione col patrimonio assoggettato alle procedure esecutive concorsuali, trattandosi piuttosto d'un patrimonio separato per la devoluzione, *ex art. 31, 6° comma, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 175*, delle attività a copertura delle riserve tecniche all'adempimento delle obbligazioni assunte con i contratti d'assicurazione<sup>(688)</sup>.

---

patrimoni dei clienti con quello dell'intermediario. *Contra* la Cass., 14.10.1997, n. 10031, cit.: «L'azione di rivendica fallimentare secondo l'art. 103, l. fall. spetta anche quando l'oggetto siano beni fungibili non individuati, ma confusi, purché l'affidamento risulti da scrittura privata avente data certa ai sensi dell'art. 1707 c.c. ed i diritti sulle quantità di chi agisce risultino dai conti d'ordine del debitore rubricati come di "amministrazione fiduciaria"» (nella specie, si trattava d'una società fiduciaria posta in liquidazione coatta amministrativa anteriormente all'entrata in vigore della l. 2.1.1991, n. 1).

<sup>(687)</sup> Si vedano, a questo proposito, anche le considerazioni di LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 9 ss.

<sup>(688)</sup> Norma, quella del d.lgs. 17.3.1995, n. 175 (in Supp. ord. n. 56, alla Gazz. Uff. n. 114 del 18.5.1995, emesso in attuazione della direttiva 92/49/CEE in materia di assicurazione diretta diversa

All'opposizione resisteva l'intermediario in dissesto, eccependo che un accordo novativo intervenuto tra le parti con la cessione di alcuni crediti avrebbe comunque estinto il credito derivante dal preteso patrimonio separato, in modo da ridurlo a credito chirografario.

Nel rigettare l'opposizione allo stato passivo, il S.C. statuì che «le riserve tecniche che figurano nella contabilità delle imprese di assicurazione, poste dalla legge in relazione esclusiva con l'adempimento delle obbligazioni assunte dall'impresa coi contratti cui si riferiscono, non costituiscono patrimoni separati, ma semplici poste contabili facenti parte del passivo dell'impresa, mentre la garanzia effettiva dell'adempimento delle obbligazioni è fornita non dalle riserve, ma dalle attività patrimoniali dell'impresa; né è sufficiente, per configurare un patrimonio separato, il riferimento del patrimonio stesso ad uno scopo, essendo anche necessario che intervenga una disciplina particolare, diversa da quella che regola il residuo patrimonio del soggetto, perché la separazione è uno strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra soggettività e unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo la insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, in deroga ai principi fissati dagli artt. 2740 e 2741 c.c.»<sup>(689)</sup>.

La sentenza n. 8090 del 28 aprile 2004 rappresenta un *unicum* nella giurisprudenza italiana, poiché (a quanto consta) mai fino a quel momento il S.C. s'era pronunciato sulla natura delle riserve tecniche ed in specie sulla loro qualificazione in termini di patrimoni separati. A questo proposito, è indubbio che, alla stregua del comune glossario assicurativo, dovesse trattarsi di poste patrimoniali iscritte a bilancio per onorare l'impegno nei confronti degli assicurati<sup>(690)</sup>, prefigurando quella devoluzione allo scopo estrinseco in difetto del quale nessun effetto segregativo si sarebbe prodotto<sup>(691)</sup>. Sennonché, è del pari indubitabile, come del resto ribadito proprio dal S.C., che la mera devoluzione ad uno scopo, quand'anche di fonte legale, non potesse *ex se* costituire, allora come ora, un patrimonio separato. A

---

dall'assicurazione sulla vita), ora espressamente abrogata dall'art. 354, lett. aa), del nuovo Codice unico delle Assicurazioni private.

<sup>(689)</sup> Cass., 28 aprile 2004, n. 8090, in *Assicurazioni*, 2004, II, p. 183.

<sup>(690)</sup> Sulle riserve tecniche dei rami vita e danni, v., ora, gli artt. 36 e ss. nonché, sulla violazione delle norme sulle attività a copertura, l'art. 221, d. lgs. n. 209/2005. In argomento, PARTESOTTI, *La copertura delle riserve tecniche*, in *Assicurazioni*, 1995, I, p. 524; BOTTIGLIERI, *L'adeguamento della legislazione italiana sulle assicurazioni alle «terze direttive» europee. Le riserve tecniche*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 559 ss.

<sup>(691)</sup> Questo quando si convenga (con la Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Vita not.*, 1979, 654 ss., in parte motiva) che «lo scopo di godimento non si aggiunge a ciò che è già della natura

questi fini, poiché è la specializzazione della responsabilità del debitore il connotato tipico della destinazione d'un patrimonio (perciò separato) ad uno specifico scopo (estrinseco), e poiché deroghe al principio della responsabilità illimitata sono consentite nei soli casi legislativamente previsti (art. 2740, 2° comma, c.c.), occorre qualcosa di più, atteso che «la separazione di un nucleo di beni (e la sua elevazione ad unità oggettiva) dal compendio che costituisce il patrimonio di un dato soggetto» potrà aver luogo soltanto «per una determinata finalità, ammessa dalla legge e nei limiti di essa»<sup>(692)</sup>: la riserva di legge ha dunque precluso all'autonomia privata la costituzione di patrimoni separati innominati o atipici, escludendo altresì l'applicabilità analogica delle discipline tipiche esistenti, trattandosi di *ius singulare*, con riguardo al principio generale dell'art. 2740 c.c.

Si comprendono, dunque, le ragioni per le quali la nostra giurisprudenza<sup>(693)</sup> dovesse ammettere che nel diritto delle assicurazioni private, come in ogni altro comparto civilistico, la separazione patrimoniale ancora derogasse al dogma tralaticio d'inscindibilità tra soggettività ed unicità del patrimonio. La stessa avrebbe diversamente deciso, probabilmente, nella vigenza dei patrimoni separati dell'art. 117, d.lgs. n. 209/2005 che espressamente escludono, quasi si trattasse d'una tipizzazione in forma mobiliare della destinazione dell'art. 2645 *ter*, il concorso dei creditori dell'intermediario sui premi a questi pagati e sulle somme destinate ai risarcimenti o ai pagamenti delle imprese di assicurazione.

#### **4. Lo scopo indennitario del Fondo di garanzia per le vittime della strada**

Tra i principi fondamentali della Convenzione di Strasburgo del 20 aprile 1959 figurava, all'art. 9<sup>(694)</sup>, la costituzione d'un fondo per i danni provocati alla persona da

---

stessa dei singoli beni e non potrebbe perciò dare al patrimonio, di cui fanno parte, alcuna caratteristica particolare».

<sup>(692)</sup> MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1919, p. 134; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1942, p. 302: «E' ovvio che la separazione ha luogo per il conseguimento di determinate finalità, che il legislatore lascia chiaramente trasparire volta per volta, e che tali finalità, così come sono realizzate nella concreta disciplina legislativa, costituiscano la base, la misura ed il limite della separazione». Sulla tipicità dei patrimoni allo scopo, anche RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1940, p. 138, alla nota 4; ARENA, *L'abbandono delle navi ai creditori*, Milano, 1939, p. 28.

<sup>(693)</sup> E segnatamente la Cass., 28.4.2004, n. 8090, cit. *supra*.

<sup>(694)</sup> *Convention européenne relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs*, art. 9: «Chacune des Parties Contractantes s'engage à prendre soit les mesures appropriées en vue de la constitution d'un fonds de garantie, soit toute autre mesure équivalente, afin d'indemniser les personnes lésées dans les circonstances où la responsabilité civile d'autrui est engagée pour le dommage, lorsque l'obligation d'assurance n'a pas été respectée ou lorsque la personne civilement responsable n'a pas été identifiée, ou encore dans les cas d'exclusion autorisés par la première phrase du paragraphe 1 de l'article 3 des dispositions annexées. Chacune

conducenti sconosciuti o non assicurati, per i quali dunque non avrebbe operato alcuna copertura assicurativa, nonostante l'obbligatorietà *ope legis* della polizza r.c.a. La stessa funzione di complementarità rispetto all'obbligo di manleva diretta dell'assicuratore del responsabile civile <sup>(695)</sup> è stata quindi demandata al Fondo di garanzia per le vittime della strada istituito dalla l. 24 dicembre 1969, n. 990 (art. 19 e ss.) ed ora disciplinato, con qualche modifica, dal nuovo Codice delle Assicurazioni private, che ne ha ulteriormente valorizzato (estendendone la responsabilità alla circolazione *prohibente domino*) lo scopo di tutela della vittima incolpevole.

Come nel sistema previgente, il Fondo di garanzia per le vittime della strada è ancora alimentato dai contributi annuali delle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, ed è amministrato, sotto la vigilanza del Ministero delle attività produttive, dalla CONSAP con l'assistenza di un apposito comitato.

Alla potestà regolamentare ministeriale è quindi affidata la determinazione: 1) delle condizioni e delle modalità di amministrazione, intervento e rendiconto del Fondo; 2) della composizione del comitato che dovrà coadiuvare il Consiglio d'amministrazione dell'ente gestore (art. 285, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209); 3) della misura del contributo delle imprese esercenti il ramo, nel limite massimo del quattro per cento del premio imponibile, tenuto conto dei risultati della liquidazione dei danni che sono determinati nel rendiconto annualmente predisposto dal comitato di gestione del fondo.

L'art. 283, 1° comma, lett. *d*), del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 ha ora esteso la responsabilità del Fondo anche ai danni provocati dalla circolazione di veicoli condotti contro la volontà del proprietario, dell'usufruttuario, dell'acquirente con patto di riservato dominio o del locatario in caso di locazione finanziaria (*leasing*), sebbene limitatamente ai

---

*des Parties Contractantes déterminera les conditions d'octroi et l'étendue du droit à l'indemnisation».*

<sup>(695)</sup> Davvero esplicito, a questo proposito, il passo che segue, tratto dalla Relazione dell'On. Danilo De Cocchi (§ 9) sul testo coordinato dal Comitato della XII Commissione Industria in base alle proposte dei deputati Foderaro e Fanelli del 5.7.1958 e dei deputati Angelino ed altri del 19.7.1958, che può leggersi per esteso in allegato a GENTILE, *Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile degli autoveicoli e dei natanti*, Milano, 1971, p. 149: «malgrado le sanzioni previste dalla legge ed i sistemi di controllo dalla stessa stabiliti, non può non prevedersi la possibilità che – anche se in numero limitato – vi siano veicoli per i quali non si sia provveduto all'obbligo di assicurazione; così come non può escludersi che taluni conducenti, anche nel caso in cui sia stata stipulata l'assicurazione obbligatoria, si sottraggano alle proprie responsabilità con la fuga, per timore delle sanzioni penali ed amministrative comminabili nei loro confronti. Perché la emananda legge copra tutte le possibili ipotesi di danni subiti dagli utenti della strada occorre, pertanto, accordare un risarcimento anche a tutti coloro che si trovino a subire danni a causa di veicoli per i quali non sia stata stipulata l'assicurazione o non identificati».

terzi non trasportati ed a quelli trasportati contro la propria volontà ovvero nell'inconsapevolezza della circolazione illegale, sia per i danni alla persona sia per i danni alle cose<sup>(696)</sup>. La circolazione *prohibente domino* s'è così aggiunta a quelle già contemplate dall'art. 19, l. n. 990/1969, anch'esse accorpate al nuovo Codice assicurativo: quelle del sinistro provocato dalla circolazione di veicolo (o natante) non identificato<sup>(697)</sup>, non coperto da assicurazione<sup>(698)</sup> ovvero assicurato presso una impresa operante nel territorio della Repubblica, in regime di stabilimento o di libertà di prestazione di servizi, che al momento del sinistro si trovi in stato di liquidazione coatta o vi venga posta successivamente<sup>(699)</sup>.

Sin d'ora si può anticipare che gli emolumenti annualmente versati dalle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni della r.c.a. compongono un patrimonio separato da quello dell'ente gestore (CONSAP), che potrà gestirlo ed amministrarlo allo stesso modo del curatore di un fallimento o d'una eredità giacente, nonostante la carente legittimazione passiva nei confronti degli aventi diritto alla prestazione assicurativa<sup>(700)</sup>: pur riconoscendosi alla CONSAP la facoltà d'intervenire nel processo (anche in grado di appello), è ancora stabilito che l'azione per il risarcimento del danno debba essere esercitata esclusivamente nei confronti dell'impresa designata (art. 287, 3° comma, d.lgs. n. 209/2005).

## 5. La soggettività giuridica del Fondo di garanzia

Come la l. 24 dicembre 1969, n. 990, anche il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (in vigore dal 1° gennaio 2006) non qualifica, né tanto meno personifica, il Fondo di garanzia per le vittime della strada: ne è stabilita la costituzione presso la CONSAP; ne sono elencati i casi ed i limiti di responsabilità; ne è prevista la surroga nei diritti dell'assicurato (ovvero del

---

<sup>(696)</sup> PARTISANI, *La responsabilità civile autoveicoli nel nuovo Codice delle Assicurazioni private*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 970.

<sup>(697)</sup> Ipotesi, questa, ora contemplata dalla lett. a), 1° comma, art. 283, e per la quale il risarcimento è dovuto solo per i danni alla persona (2° comma). Saggiunge il terzo comma che il danno è risarcito nei limiti dei minimi di garanzia previsti, per ogni persona danneggiata e per ogni sinistro, nel regolamento di cui all'articolo 128 relativamente alle autovetture ad uso privato. La percentuale di inabilità permanente, la qualifica di convivente a carico e la percentuale di reddito del danneggiato da calcolare a favore di ciascuno dei conviventi a carico sono determinate in base alle norme del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

<sup>(698)</sup> Questa ipotesi è ora invece prevista dalla lett. b), 1° comma, art. 283, per la quale il risarcimento è dovuto solo per i danni alla persona, nonché per i danni alle cose, il cui ammontare sia superiore all'importo di euro cinquecento, per la parte eccedente tale ammontare (2° comma).

<sup>(699)</sup> Così nella lett. c), ove il risarcimento è dovuto sia per i danni alla persona, sia per quelli alle cose (cpv. art. 283).

<sup>(700)</sup> Prestazione, quella attinta dal Fondo, che per la giurisprudenza avrebbe natura risarcitoria, e non previdenziale, così da ricomprendere anche il danno non patrimoniale

danneggiato verso l'impresa posta in liquidazione coatta) (art. 283); nulla è stabilito circa la sua natura giuridica.

Nel corso degli anni, alle lacune legislative ha in parte supplito la dottrina, che nell'istituto ha scorto una «gestione autonoma» (allora dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni), individuandovi un patrimonio autonomo con vincolo di destinazione (ovvero di patrimonio in proprietà-ufficio o in proprietà-funzione), alimentato dai contributi annualmente versati dalle imprese d'assicurazioni autorizzate all'esercizio dell'assicurazione obbligatoria <sup>(701)</sup>. Non si sarebbe perciò trattato d'un patrimonio personificato, dunque d'un ente dotato di personalità giuridica: non d'una fondazione, per la quale è prescritto l'atto pubblico che recepisca l'intenzione dei fondatori, mentre il Fondo di garanzia è costituito *ex lege*; non d'un comitato, per il quale è parimenti richiesta l'iniziativa dei promotori solidalmente responsabili delle obbligazioni contratte verso i terzi; e nemmeno d'una associazione, per la prevalenza dell'elemento patrimoniale su quello personale e per l'assenza di volontaria adesione delle imprese assicuratrici tenute ad alimentare il Fondo <sup>(702)</sup>.

L'esclusione d'una personalità giuridica del Fondo di garanzia non ne avrebbe perciò solo precluso, tuttavia, la configurabilità quale forma associativa non riconosciuta. Ed in quel senso avrebbe deposto quella giurisprudenza per la quale nel diritto vigente, come nelle epoche più risalenti, dovesse ritenersi ammissibile, accanto alle fondazioni dotate di personalità giuridica, la costituzione della fondazione non riconosciuta, altrimenti definita di fatto o fiduciaria <sup>(703)</sup>: come nella fondazione fiduciaria, l'ente gestore si sarebbe perciò onerato d'impiegare quanto devolutogli in funzione dello specifico scopo (indennitario).

---

<sup>(701)</sup> GENTILE, *Il Fondo di Garanzia per le vittime della strada: problematiche e soluzioni giurisprudenziali*, in *Assicurazioni*, 1983, p. 337.

<sup>(702)</sup> DURANTE, *Veicoli a motore: assicurazione obbligatoria, risarcimento del danno*, Milano, 1972, p. 326 ss.; MILITERNI-VELLA, *L'assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore e dei natanti*, Napoli, 1971, p. 125, dove s'osserva, in senso contrario alla rappresentazione d'una struttura associativa, come l'amministrazione del Fondo altrimenti spetterebbe ad un organo distinto dagli associati, mentre la capacità processuale per la liquidazione dei sinistri di competenza del Fondo spetterebbe all'impresa di designazione ministeriale; MORMINO, *L'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile autoveicoli*, in CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione, Trattato della responsabilità civile diretto da Franzoni*, Milano, 2004, p. 341.

<sup>(703)</sup> Cass., 18 ottobre 1960, n. 2785, in *Riv. dir. civ.*, 1960, p. 172, con l'autorevole commento di GALGANO, *Sull'ammissibilità d'una fondazione non riconosciuta*, dove s'esclude la necessità, per chi avesse inteso destinare il proprio patrimonio, nella specie in via testamentaria, ad una specifica finalità sociale, di costituire una autonoma persona giuridica, potendo il medesimo intento realizzarsi con la devoluzione del patrimonio all'erede con l'obbligo di destinare il lascito allo specifico scopo sociale divisato dal disponente.

*Contra*, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1942, p. 132: «la fondazione importa un complesso di beni destinati a uno scopo e, come tali, provvisti di autonomia

Talvolta, la difficoltosa qualificazione del Fondo s'è risolta nella rappresentazione d'una personalità «indefinita e composita», in ragione d'una singolare coesistenza dei tratti fisionomici sia della *universitas bonorum*, sia della *universitas personarum*, e ciò pur in assenza d'un atto costitutivo *ad hoc* <sup>(704)</sup>. Ciò per la risalente propensione ad attribuire una personalità giuridica ai patrimoni autonomi o separati, che trovò compiute esplicazioni nel diritto successorio, dove non solo l'eredità giacente (sin dal diritto giustiniano), ma finanche quella accettata con beneficio d'inventario fu strutturata quale autonoma persona giuridica, configurandone non già la titolarità o appartenenza in capo all'erede, ma ravvisandone piuttosto in questi il rappresentante *ex lege* <sup>(705)</sup>. E la stessa tecnica è comparsa anche nell'attribuzione al fondo comune di investimento della veste giuridica della fondazione <sup>(706)</sup> ovvero dell'associazione non riconosciuta <sup>(707)</sup>, nonché nel dibattito sulla effettiva natura dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza, cui alternativamente si son attribuiti i caratteri propri dell'associazione, della società e, specie per il vincolo di destinazione, della stessa fondazione <sup>(708)</sup>.

## 6. Il fondo di garanzia è, dunque, un patrimonio separato

Il limite inevitabilmente scontato dalla soggettivazione del Fondo di garanzia, tra l'altro privo di organi propri, è che lo stesso costituisce un centro unitario d'imputazione di diritti e doveri, ma non come ente personificato, né come ente collettivo non riconosciuto: l'azione di risarcimento del danno deve essere esercitata esclusivamente nei confronti dell'impresa designata, mentre la CONSAP, quale ente gestore, potrebbe al più intervenire nel processo, anche in grado di appello (art. 287, 3° comma, d. lgs. n. 209/2005).

---

patrimoniale, ossia distaccati dal patrimonio (o dai patrimoni) di provenienza; ma la destinazione allo scopo e l'autonomia non sono ancora effettive, senza il riconoscimento: al più, si potrebbe avere una destinazione *di fatto* di determinati beni a un dato scopo, ma senza che essi si stacchino ed escano dai patrimoni di provenienza (i terzi possono considerarli come facenti, sempre, parte di quei patrimoni) e senza che perciò si determini quella insensibilità di tali beni, rispetto agli obblighi patrimoniali, incombenti sui patrimoni di provenienza (e viceversa), che costituisce la nota caratteristica dell'autonomia patrimoniale della persona giuridica».

<sup>(704)</sup> Così DURANTE, *Veicoli a motore: assicurazione obbligatoria, risarcimento del danno*, Milano, 1972, p. 328, onde la conclusione per cui quella «molteplicità di aspetti e di caratteristiche, che sulla base della comunità degli interessi può anche adombrare la figura del Consorzio coattivo, *species* di quello obbligatorio, non è stata dal legislatore chiaramente delineata e qualificata, e non rimane quindi che accertarla come una realtà di fatto, indipendentemente dalla sua denominazione».

<sup>(705)</sup> BONELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1910, p. 225 ss.

<sup>(706)</sup> COSTI, *La struttura dei fondi comuni d'investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema delle società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 285 ss.

<sup>(707)</sup> NIGRO, *I fondi comuni di investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, p. 1558 ss.

Di contro, la «gestione speciale» dei contributi delle imprese assicurative affidati all'amministrazione d'un terzo <sup>(709)</sup> impegnato a destinarli al risarcimento dei danni provocati da sinistri altrimenti privi di copertura assicurativa <sup>(710)</sup> legittima l'inclusione del Fondo di garanzia nel novero dei patrimoni separati <sup>(711)</sup>. Ed in questo senso, analogamente a quanto oggi avviene per i libri e le scritture contabili dei patrimoni sociali destinati allo specifico affare (art. 2447 *sexies* c.c.), già parve risolutivo l'art. 39 del d.p.r. 24 novembre 1970, n. 973 <sup>(712)</sup>, che prescrisse all'ente gestore una contabilità separata, per le operazioni attinenti alla gestione autonoma del Fondo, nonché una separata amministrazione dei beni ad essa pertinenti, in modo che risultasse ben identificato il patrimonio destinato a rispondere degli obblighi indennitari *ex art.* 19 ss., l. n. 990/1969.

La *ratio* costitutiva del Fondo corrispose, qui giova ripeterlo, alla destinazione d'un patrimonio alla garanzia indennitaria di sinistri altrimenti privi di copertura assicurativa <sup>(713)</sup>: l'ente gestore non avrebbe quindi potuto distrarre quel patrimonio dallo specifico scopo (estrinseco), né conseguentemente confonderlo col proprio. Quel che qui più interessa è la tecnica di destinazione patrimoniale, equipollente a quella del conferimento in un ente costituito *ad hoc*: l'assenza di personalità giuridica non ha inficiato l'efficacia reale della devoluzione indennitaria *ope legis*, giacché il patrimonio destinato, quale autonomo centro di interessi, comunque risponde di debiti propri, talché l'ente gestore possa amministrarlo senza assumerne i debiti in proprio o acquistarne i crediti <sup>(714)</sup>: la destinazione allo scopo del Fondo di garanzia qui determina l'impignorabilità dei beni e dei crediti dell'ente gestore, che

---

<sup>(708)</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1993, p. 252, nella nota 83.

<sup>(709)</sup> Dapprima l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni private, successivamente (e segnatamente a far data dal 1° ottobre 1993, a seguito della privatizzazione dell'I.N.A.) la CONSAP - Concessionaria servizi assicurativi pubblici - S.p.A.

<sup>(710)</sup> GENTILE, *Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile degli autoveicoli e dei natanti*, Milano, 1971, p. 35.

<sup>(711)</sup> DONATI, *La nuova legge italiana sull'assicurazione obbligatoria*, in *Assicurazioni*, 1970, 39; ID., in *Dir. e prat. assic.*, 1970, p. 11, dove il Fondo di garanzia è qualificato come patrimonio separato privo di personalità giuridica. In giurisprudenza, sull'assenza di soggettività giuridica del Fondo di garanzia, v. Trib. Napoli, 30.5.1984, in *Dir. e giur.*, 1984, p. 528, sentenza poi annullata con rinvio dalla Cass., 6.7.1990, n. 7131, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 344.

<sup>(712)</sup> Regolamento di esecuzione della l. 24 dicembre 1969, n. 990, sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti (in Gazz. Uff., 14 dicembre, n. 315).

<sup>(713)</sup> A ben vedere, se l'assicurazione (facoltativa ed obbligatoria) della responsabilità civile è votata (anche) alla tutela del patrimonio del civilmente responsabile, la peculiare destinazione di scopo del Fondo di garanzia è stata concepita proprio in funzione della tutela risarcitoria della vittima del sinistro.

<sup>(714)</sup> Cass., 6.7.1990, n. 7131, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 344: «dal fatto che non sia stata attribuita la personalità giuridica al Fondo (ragione per cui lo stesso non può che essere rappresentato

potrà opporsi all'esecuzione promossa nei suoi confronti dal terzo danneggiato eccependo la carente legittimazione passiva, trattandosi di debito risarcitorio altrui <sup>(715)</sup>.

Nella storia delle dottrine moderne, il Fondo di garanzia richiama perciò alla memoria la prima fase evolutiva della teorica dei patrimoni di scopo (*Zweckvermögenstheorie*), allorché gli stessi furono concepiti non già quali nuove soggettività giuridiche, bensì in funzione della ammissibilità di diritti (almeno *medio tempore*) senza soggetto <sup>(716)</sup>. In quel contesto, l'istituto avrebbe certamente costituito un patrimonio adespota, la cui identità unitaria sarebbe discesa dalla devoluzione ad uno specifico scopo: d'altra parte, sino a quando la pretesa indennitaria non fosse soddisfatta, l'autonomia o separazione della prestazione attinta dal Fondo di garanzia, come quella dell'eredità giacente (ovvero del patrimonio del concepito o del nascituro ancora non concepito), ad altro non potrebbe alludere se non allo *status* giuridico d'un patrimonio privo d'un soggetto cui riferirne (se non l'amministrazione) la titolarità o appartenenza <sup>(717)</sup>.

Diversamente, quando la titolarità del Fondo fosse comunque attribuita all'ente gestore, si profilerebbe una ulteriore deroga *ex lege* al dogma d'universalità e concorsualità della responsabilità dell'art. 2740 c.c., attraverso una forma di separazione patrimoniale affatto speculare a quella oggi codificata, sempre nel settore assicurativo, nell'art. 117, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, con riguardo al patrimonio dell'intermediario assicurativo.

## 7. Il Fondo di garanzia notarile

---

da chi ne ha la gestione) non consegue che la posizione di creditore e debitore venga assunta dal gestore in proprio, perché ciò comporterebbe la confusione dei patrimoni» (in motivazione).

<sup>(715)</sup> Cass., 6.7.1990, n. 7131, cit., nella massima che segue: «Il Fondo di garanzia per le vittime della strada costituito presso l'I.N.A. ai sensi dell'art. 19, l. 24 dicembre 1969, n. 990 pur non essendo dotato di personalità giuridica ha un patrimonio autonomo, distinto rispetto agli altri beni o crediti propri dell'I.N.A., onde essi non possono essere destinati al soddisfacimento di crediti vantati nei confronti del Fondo».

<sup>(716)</sup> La paternità del patrimonio allo scopo (o *Zweckvermögen*) è attribuita, quale portato dell'elaborazione teorica dei patrimoni adespoti, a BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Erlangen, 1884, § 59, p. 222. Sulla teorizzazione, da parte della dottrina italiana, del patrimonio senza soggetto, si veda BOLLINO, *Aspetti civilistici dei fondi di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 532. Sul tema, anche ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss.; nonché ZACCARIA, «*Diritti soggettivi senza soggetto*» e *soggettività giuridica*, in *Studium iuris*, 1996, p. 784 ss.

<sup>(717)</sup> A ben altra conclusione (conducente alla personificazione del Fondo di garanzia) dovrebbe peraltro pervenirsi qualora s'adesse alle premesse da cui muove RADAELLI, *L'eredità giacente*, Milano, 1948, p. 107, laddove s'afferma che «diritti ed obblighi non vivono che come rapporti, dei quali costituiscono l'aspetto attivo o passivo. Se ciò è vero, e se rapporto implica necessariamente, per definizione, l'esistenza di due termini (in diritto non meno che in matematica!), diritti ed obblighi non possono immaginarsi senza una delle parti, né di regola né per eccezione».

In materia di assicurazione obbligatoria della professione notarile <sup>(718)</sup>, è prevista la costituzione d'un Fondo nazionale di garanzia che risponda del danno derivante dal fatto-reato del notaio – quale sarebbero, senza alcuna pretesa di completezza: il peculato <sup>(719)</sup>, l'abuso d'ufficio <sup>(720)</sup>, il concorso in lottizzazione abusiva <sup>(721)</sup> ed il falso ideologico in atto pubblico <sup>(722)</sup> – per il quale non operi la copertura assicurativa di legge (art. 21, legge 16

---

<sup>(718)</sup> Il d.lgs. 4 maggio 2006, n. 182, ha novellato il sistema di garanzie patrimoniali del Capo II (Dell'esercizio delle funzioni notarili) della legge 16 febbraio 1913, n. 89. Nel testo originario della legge notarile era stabilito che prima di assumere l'esercizio delle proprie funzioni il notaio avrebbe dovuto prestare una cauzione (art. 18), sotto forma di titoli del debito pubblico, ovvero di titoli emessi o garantiti dallo Stato, o con deposito di danaro presso la Cassa dei depositi e prestiti o, ancora, con prima ipoteca su beni immobiliari (art. 19), con spese di iscrizione (e rinnovazione) a carico del medesimo notaio (art. 20). L'idoneità della cauzione era dichiarata in Camera di consiglio dal tribunale civile del luogo della sede del Consiglio notarile, previo parere dello stesso ed udito il pubblico ministero (art. 21).

Il risarcimento del danno cagionato dalla malversazione o dalla negligenza del notaio già figurava nell'art. 19 del T.U. della legge notarile del 25 maggio 1879, n. 4900, come prima causa di credito vincolante la cauzione con diritto di prelazione. Lo stesso s'ebbe nell'art. 22 della legge n. 89 del 1913, dove la cauzione notarile era vincolata con diritto di prelazione nell'ordine seguente: 1) al risarcimento dei danni cagionati dal notaio nell'esercizio delle sue funzioni; 2) al rimborso delle spese sostenute dall'archivio del Consiglio notarile nell'interesse del notaio o contro il medesimo, o nell'interesse dei suoi eredi o contro i medesimi; 3) al pagamento delle tasse dovute all'erario dello Stato; 4) al pagamento delle tasse dovute all'archivio o al Consiglio notarile; 5) al pagamento delle pene pecuniarie incorse nell'esercizio delle funzioni notarili.

Con l'obbligo di assicurazione della r.c., la novella dell'ordinamento del notariato ha dunque rimediato all'inidoneità della cauzione (specie per i modesti importi, non aggiornati, dell'art. 20 l. not.) quale primaria garanzia del risarcimento cui già implicitamente allusero i Principi di deontologia professionale dei notai, approvati dal Consiglio nazionale del notariato il 24 febbraio 1994, dove fu stabilito che «il notaio deve poter rispondere in modo adeguato, anche mediante specifiche forme assicurative, per i rischi inerenti l'esercizio della professione» (regola accolta tra i Principi di deontologia professionale dei notai - Titolo I, Capo I, Sezione, I, art. 1, comma 3° -, oggetto del Comunicato del Consiglio nazionale del notariato del 12 maggio 2005 (in Suppl. ord. n. 91 alla G.U., 12 maggio, n. 110).

D'altra parte, se la cauzione fosse stata richiesta in misura tale da poter garantire anche danni di rilevante importo, si sarebbe di fatto limitato l'accesso alla professione notarile a pochi soggetti dotati di considerevoli disponibilità economiche, con conseguente manifesta violazione dell'art. 3 cost.

<sup>(719)</sup> Cass., 7 ottobre 1999, n. 3106, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3425, dove s'è deciso che commette il reato di peculato il notaio che, una volta incaricato della levata di protesti cambiari, si appropri del danaro derivante dall'incasso degli effetti cambiari, omettendo di effettuare il pagamento nel tempo dovuto ai creditori e trattenendo le somme incassate sul conto corrente personale.

<sup>(720)</sup> Cass., 17 dicembre 2002, n. 2281, in *Cass. pen.*, 2004, n. 864, dov'è deciso che non commetta il reato dell'art. 323 c.p. il notaio che stipuli delle compravendite concernenti porzioni immobiliari gravate da uso civico, qualora sia già intervenuta una declassificazione per fatti concludenti, consistente nella perdita irreversibile delle caratteristiche fisico-funzionali dei terreni agrari, in ordine ai quali il decreto di declassificazione (successivo ai rogiti) assuma valenza puramente dichiarativa e non, dunque, costitutiva.

<sup>(721)</sup> Cass., 8 novembre 2000, n. 12989, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 529, concorso desunto da consigli tecnici che, per la qualità e le modalità di attuazione, non potevano non provenire da un esperto del diritto qual è l'esercente la professione notarile.

<sup>(722)</sup> Cass., 21 marzo 2000, n. 4894, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1205, sul delitto dell'art. 479 c.p.

febbraio 1913, n. 89, come modificato dall'art. 3, d.lgs. 4 maggio 2006, n. 182).

Il Fondo è costituito con delibera del Consiglio nazionale del notariato, approvata dal Ministero della giustizia, ed è alimentato con separata contribuzione obbligatoria a carico di tutti gli iscritti al ruolo <sup>(723)</sup>: i contributi dei notai sono acquisiti definitivamente al patrimonio del Fondo e non danno diritto a restituzione (art. 22, commi 1° e 2°, l. not.).

Nel Fondo di garanzia sono altresì conferite le somme ottenute a titolo di rivalsa per i risarcimenti erogati (v. *infra*), oltre la dotazione residua del fondo volontario temporaneo di solidarietà, già istituito dal Consiglio nazionale del notariato, ed agli incrementi conseguenti alla gestione del Fondo medesimo.

Il Fondo di garanzia è amministrato dal Consiglio Nazionale del Notariato che potrà regolamentarlo con delibere che, al pari di quella costitutiva, dovranno essere approvate con decreto del Ministero della Giustizia.

L'erogazione dell'indennizzo al danneggiato dall'illecito notarile è espressamente condizionata ad un duplice presupposto:

1) al passaggio in giudicato della sentenza che accerti la responsabilità del notaio ovvero, in alternativa, della sentenza di patteggiamento dell'art. 444 c.p.p.: la Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nel parere reso nell'Adunanza del 27 febbraio 2006 (n. 749/2006), ritenne che l'art. 22, comma 3°, l. not. dovesse propriamente riferirsi ad una «sentenza penale di condanna»: la più lata espressione accolta nel testo definitivo della norma consente di comprendervi non solo quella sentenza, ma anche la sentenza civile di condanna al risarcimento del danno che abbia accertato, seppure in via solo incidentale, la rilevanza penale dell'illecito commesso dal notaio;

2) alla surrogazione del Consiglio Nazionale del Notariato nel credito vantato nei confronti del notaio responsabile del danno, nei limiti dell'importo del contributo erogato, ai sensi dell'art. 1201 c.c. (art. 22, comma 3°, l. not.): si tratta, qui, di surrogazione per volontà del creditore <sup>(724)</sup>, talché il cliente indennizzato dal Fondo di garanzia dovrà surrogarne l'ente gestore nei propri diritti, in modo espresso e contestuale al pagamento <sup>(725)</sup>.

---

imputato al notaio che falsamente attesti che la firma è stata apposta da chi appare esserne l'autore, previa identificazione; Cass., 13 maggio 1983, in *Vita not.*, 1984, p. 1050, sul medesimo reato imputato al notaio incaricato della stipula d'una compravendita dove s'attesti come pagato in sua presenza un prezzo diverso da quello effettivamente corrisposto dall'acquirente.

<sup>(723)</sup> Il contributo è determinato dal Consiglio nazionale del notariato e riscosso, unitamente ai contributi dovuti alla Cassa nazionale del notariato, a mezzo degli archivi notarili distrettuali (art. 21, legge 27 giugno 1991, n. 220).

<sup>(724)</sup> Non, dunque, d'una surrogazione legale assimilabile a quella dell'art. 1916 c.c.

<sup>(725)</sup> D'altra parte, s'è visto come il Fondo di garanzia si componga, oltre che dei contributi dei notai in esercizio, proprio delle somme recuperate a titolo di rivalsa per i risarcimenti erogati (art.

In assenza di sentenza passata in giudicato, il danno patrimoniale lamentato dal cliente nei confronti del professionista è indennizzato dal Fondo di garanzia solo quando ne sia data la prova per iscritto, nel corso di un procedimento regolamentato dall'ente gestore (dunque, dal C.N.N.) (art. 22, comma 4°, l. not.) <sup>(726)</sup>.

## 8. Il Fondo di garanzia notarile come patrimonio separato

La gestione dei contributi versati dalla classe notarile per alimentare il Fondo di garanzia è affidata al Consiglio Nazionale del Notariato che dovrà destinarli al risarcimento dei danni derivanti da sinistri altrimenti privi di copertura assicurativa, talché li si possa includere tra i patrimoni separati, al pari del Fondo di garanzia per le vittime della strada <sup>(727)</sup>, ove regolamentati in modo da prefigurarne la impignorabilità da parte dei creditori dell'ente gestore. Si tratterebbe, poi, di separazione biunivoca e perfetta, poiché il patrimonio del Consiglio Nazionale del Notariato <sup>(728)</sup> non risponde della obbligazione risarcitoria da colpa professionale dell'iscritto al ruolo.

Ancora una volta, la tecnica di destinazione patrimoniale è speculare, *quoad effectum*, al conferimento in altro ente costituito *ad hoc* <sup>(729)</sup>: l'assenza di personalità giuridica non

---

22, legge 16 febbraio 1913, n. 89).

<sup>(726)</sup> Nell'esprimere il proprio parere, il Consiglio di Stato rilevò l'equivocità della norma che, così come formulata, avrebbe potuto indurre all'irrisarcibilità dei danni morali. Invero, l'obbligo indennitario gravante sul Fondo di garanzia dovrà estendersi a tutte le conseguenze dannose dell'art. 185 c.p.: perché la responsabilità civile dell'art. 1917 c.c. è da intendersi in senso ampio, talché nel rischio assicurato possa comprendersi non solo il risarcimento del danno di fonte contrattuale, ma anche il risarcimento del danno non patrimoniale dell'art. 2059 c.c. (Cass., 24 maggio 1984, n. 3196, in *Mass. Giust. civ.*, 1984: principio enunciato, in materia di r.c.a., per l'obbligazione del fondo di garanzia e, dunque, per l'impresa all'uopo designata, in caso di fatto illecito costituente reato); e perché nessun onere probatorio avrebbe comunque richiesto il danno morale, per la risarcibilità *in re ipsa* che vale a distinguerlo da tutte le altre poste di danno.

<sup>(727)</sup> Analoga destinazione di scopo ricorre nel Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive, istituito dall'art. 18 della legge 23 febbraio 1999, n. 44 e nel Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura, istituito dall'art. 14 della legge 7 marzo 1996, n. 108, anch'essi gestiti dalla CONSAP, che vi provvede per conto del Ministero dell'interno sulla base di apposita concessione.

<sup>(728)</sup> La premessa della configurabilità d'un patrimonio separato è in ciò, che il Consiglio Nazionale del Notariato ha un proprio patrimonio. Ed infatti, alle spese per il funzionamento del C.N.N. provvedeva, inizialmente, la Cassa Nazionale del Notariato, quale ente economico di categoria (art. 12, legge 3 agosto 1949, n. 577; in *Gazz. Uff.*, 31 agosto, n. 199). Successivamente, l'art. 20 della legge 27 giugno 1991, n. 220 (in *Gazz. Uff.*, 24 luglio, n. 172), ha stabilito che a quelle spese il C.N.N. (quale ente politico) dovesse provvedere da sé, tramite i contributi versati dai notai in esercizio, talché il funzionamento dei due enti venne separato e reso autonomo.

<sup>(729)</sup> Questo sulla falsariga del Fondo di garanzia delle vittime della strada: cfr. DONATI, *La nuova legge italiana sull'assicurazione obbligatoria*, in *Assicurazioni*, 1970, p. 39; ID., in *Dir. e prat. assic.*, 1970, p. 11, dove quel Fondo fu qualificato come patrimonio separato privo di personalità giuridica. In giurisprudenza, sull'assenza di soggettività giuridica del Fondo di garanzia nella r.c.a., v. Trib. Napoli, 30 maggio 1984, in *Dir. e giur.*, 1984, p. 528, sentenza poi annullata con rinvio dalla Cass., 6 luglio 1990, n. 7131, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 344.

inficia l'efficacia reale della devoluzione indennitaria (per legge), giacché il patrimonio destinato, quale centro d'autonoma imputazione di interessi, comunque assume debiti propri, in modo che l'ente gestore possa amministrarlo senza tuttavia risponderne in proprio <sup>(730)</sup>.

La localizzazione della responsabilità patrimoniale dell'art. 2740 c.c. è quella già impiegata dagli estensori del Codice delle Assicurazioni private, nella costituzione del Fondo di garanzia per i mediatori di assicurazione e riassicurazione (art. 115): l'intermediario iscritto alla sezione del registro dell'art. 109, comma 2°, lettera *b*), deve aderire al Fondo di garanzia costituito presso la CONSAP per risarcire il danno patrimoniale causato agli assicurati e alle imprese di assicurazione o di riassicurazione nell'esercizio dell'attività di mediatore assicurativo o riassicurativo che non sia stato risarcito dall'intermediario né indennizzato attraverso la polizza degli artt. 110, comma 3°; e 112, comma 3°, T.U.A. (v. *supra*, § 1).

Come i premi pagati all'intermediario, anche i contributi separatamente versati dai notai in esercizio destinandoli alla dotazione del Fondo di garanzia potrebbero soggiacere al medesimo regime di separazione patrimoniale dell'art. 117 del Codice delle Assicurazioni private: potrebbero dunque confluire in apposito conto separato, che potrà essere intestato all'ente gestore (il Consiglio nazionale del notariato) ma solo espressamente in tale qualità, talché sui conferimenti dell'art. 21 della legge notarile possano ammettersi soltanto azioni, sequestri o pignoramenti dei creditori della prestazione indennitaria, con esclusione della compensazione legale, giudiziale o convenzionale con eventuali crediti del depositario delle somme destinate.

## **9. Le tecniche di destinazione della prestazione assicurativa diverse dal patrimonio separato**

Se si eccettua l'azione diretta dell'art. 1015 c. nav., la tecnica della destinazione allo scopo indennitario fu per la prima volta sperimentata in materia assicurativa proprio dai compilatori del 1942, col privilegio speciale dell'art. 2767 c.c. che il codice civile del 1865 non contemplava.

V'è un privilegio ogniqualvolta il legislatore stabilisca che un credito possa soddisfarsi a preferenza di altri, in ragione della natura del titolo o rapporto da cui origini.

---

<sup>(730)</sup> Ancora con riguardo al Fondo di garanzia del comparto assicurativo della r.c.a., Cass., 6 luglio 1990, n. 7131, cit.: «dal fatto che non sia stata attribuita la personalità giuridica al Fondo (ragione per cui lo stesso non può che essere rappresentato da chi ne ha la gestione) non consegue che la posizione di creditore e debitore venga assunta dal gestore in proprio, perché ciò comporterebbe la confusione dei patrimoni» (in motivazione).

Nella Relazione al libro della tutela dei diritti del Guardasigilli al Re (n. 66), il principio per cui, nell'assicurazione della responsabilità civile, il credito del danneggiato per il risarcimento ha privilegio sull'indennità dovuta dall'assicuratore, fu giustificato da ragioni d'equità sostanziale, e segnatamente dall'esigenza di sottrarre il terzo danneggiato al pari concorso dei creditori (chirografari) dell'assicurato, il cui dissesto avrebbe altrimenti imposto una liquidazione del danno in moneta fallimentare <sup>(731)</sup>.

Concernendo il credito vantato dal responsabile civile nei confronti della compagnia tenuta a manlevarlo, ben s'intende come il diritto di preferenza possa esercitarsi dal danneggiato nei limiti dei massimali di polizza <sup>(732)</sup>. Il privilegio, inoltre, è sempre dato nell'insolvenza del debitore *ex delicto*: non è limitato, dunque, al solo caso del suo fallimento, ove l'indennità è comunque corrisposta per l'intero dall'assicuratore alla curatela, in funzione dell'insinuazione privilegiata al passivo <sup>(733)</sup>.

Nel sistema dell'assicurazione facoltativa della responsabilità civile, autorevole dottrina definì il privilegio dell'art. 2767 c.c. come «la chiave di volta» della tutela assicurativa del terzo danneggiato <sup>(734)</sup>, avvertendo la compenetrazione economica tra l'obbligazione di garanzia dell'assicuratore e quella risarcitoria dell'assicurato che avrebbe riservato (*rectius*, destinato) la prestazione dell'art. 1917 c.c. alla soddisfazione del credito indennitario <sup>(735)</sup>. Occorreva, dunque, che l'indennità fosse effettivamente, e per l'intero, devoluta al terzo avente diritto: ove ciò non fosse stato, il contratto d'assicurazione della responsabilità civile non avrebbe assolto le sue funzioni <sup>(736)</sup>. Fu in tal modo ipotizzata una azione diretta <sup>(737)</sup> del terzo danneggiato, discendente non dal contratto di assicurazione,

---

<sup>(731)</sup> A ben vedere, gli argomenti della Relazione al Re sono puntualmente trasfusi nella massima tratta dall'App. Bologna, 15.11.1997, in *Dir. trasporti*, 1998, p. 792: «Nell'assicurazione della responsabilità civile, nel momento in cui si verifica l'evento dannoso a carico del terzo e sorge nella sua sfera giuridica il diritto al risarcimento, nello stesso momento si attiva il meccanismo della garanzia da parte dell'assicuratore. Pertanto, una volta dichiarato il fallimento dell'assicurato, il credito all'indennizzo transita automaticamente nell'attivo fallimentare, con la conseguente inapplicabilità del comma 2 dell'art. 1917 c.c. che abilita l'assicuratore, previa comunicazione all'assicurato, a pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta. Il danneggiato, per contro, è ammesso al passivo fallimentare col privilegio di cui all'art. 2767 c.c. sull'indennizzo predetto». In senso conforme, il Trib. Ancona, 28.10.1980, in *Resp. civ. e prev.*, 1981, p. 254, dove è precisato che se l'assicuratore, dopo la sentenza di fallimento, corrisponda al terzo danneggiato l'indennità, il curatore potrà comunque richiederli quanto versato.

<sup>(732)</sup> Cass., 11.1.1978, n. 87, in *Foro it.*, 1978, I, c. 1497.

<sup>(733)</sup> Cass., 4.7.1969, n. 2465, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1829.

<sup>(734)</sup> DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, p. 427.

<sup>(735)</sup> MAGLIETTA e PRANDI, *I privilegi*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1995, p. 287.

<sup>(736)</sup> DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 422.

<sup>(737)</sup> Sull'azione diretta, BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 624, dove la si definisce come «l'azione proposta da un soggetto per conseguire da un

bensì proprio dall'art. 2767 c.c.: ritenuto che l'oggetto del privilegio consistesse non nell'indennità, ma nel credito dell'assicurato verso l'assicuratore, s'è riconosciuto al terzo il diritto d'ottenere che il credito non fosse estinto col pagamento all'assicurato <sup>(738)</sup>, in modo da attribuirgli lo *jus exigendi* verso l'assicuratore, in applicazione analogica del pegno di crediti (art. 2803 c.c.) <sup>(739)</sup>.

Invero, al pari dell'indennizzo diretto su richiesta dell'assicurato (art. 1917, 2° comma, c.c.), anche il privilegio è altro dall'azione diretta del terzo danneggiato <sup>(740)</sup>: se quest'ultima sottintende un vero e proprio diritto di separazione sul credito che ne forma oggetto, il privilegio per contro presuppone il concorso dei creditori dell'assicurato sì da attribuire al danneggiato soltanto una causa legittima di prelazione <sup>(741)</sup>.

Valgono, anche per i privilegi, i medesimi principi di tassatività che hanno informato la disciplina dei patrimoni separati (nonché del *numerus clausus* dei diritti reali di godimento): gli uni e gli altri possono costituirsi solo nei casi e modi legislativamente previsti <sup>(742)</sup>, né ne sarebbe consentita, trattandosi di norme eccezionali, l'applicabilità in via analogica. Senonché, il fondamentale *discrimen* tra gli istituti risiede nell'infungibilità dei cespiti separati che ne preclude la confusione col patrimonio residuo del debitore, in modo da appalesarne le affinità funzionali proprio con l'azione diretta, che pure è ben altro dal

---

terzo, cui non è legato da alcun rapporto obbligatorio, ciò che avrebbe potuto ottenere dal proprio debitore, a sua volta creditore del terzo».

<sup>(738)</sup> Sull'estinzione del privilegio speciale dell'art. 2767 c.c. a fronte del pagamento dell'assicuratore all'assicurato nell'inerzia del danneggiato, Cass., 20.7.1971, n. 2332, in *Foro it.*, 1972, I, c. 708; in *Giust. civ.*, 1972, I, c. 158.

<sup>(739)</sup> DONATI, *In tema di azione diretta del terzo danneggiato nell'ass. resp. civ.*, in *Assicurazioni*, 1958, p. 247; ID., *Trattato delle assicurazioni private*, cit., p. 430. D'altra parte, sulla funzione del privilegio speciale, GAETANO, *I privilegi*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1956, p. 51: «il privilegio speciale sarebbe riuscito il più delle volte illusorio se il debitore o i terzi avessero potuto comprometterlo con atti di disposizione che avessero fatto uscire la cosa dal patrimonio del debitore o ne avessero menomato il potere di garanzia. Donde la necessità di munire il creditore di particolari poteri che investissero direttamente la cosa e la vincolassero a suo favore, anche nei confronti dei terzi».

<sup>(740)</sup> Poiché l'obbligazione dell'assicuratore è autonoma e distinta da quella risarcitoria del responsabile assicurato, il danneggiato è privo di azione diretta contro l'assicuratore tenuto al pagamento diretto in favore del terzo solo quando ne sia richiesto dall'assicurato: in giurisprudenza, per tutte, v. la Cass., sez. un., 31.7.1965, n. 1856, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 544.

<sup>(741)</sup> ANDRIOLI, *Dei privilegi*, *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 217, ove, constatato che l'azione diretta dell'art. 1676 c.c. esclude ogni concorso degli altri creditori dell'appaltatore sul credito verso il committente (lo stesso accadrebbe secondo l'analogo schema dell'art. 1595 c.c.) mentre il privilegio dell'art. 2767 c.c. presuppone di contro proprio il pari concorso dei creditori dell'assicurato, è accolta la conclusione per la quale «l'azione diretta conferisce a chi ne beneficia un vero e proprio diritto di separazione sul credito che ne forma oggetto».

<sup>(742)</sup> Nel senso che la fonte dei privilegi è soltanto la legge, per cui la loro determinazione è sottratta all'autonomia privata, App. Firenze, 20.12.1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, 831.

patrimonio separato: «il privilegio accordato al danneggiato sulle indennità percepite dall'assicuratore presuppone, infatti, la possibilità di confusione di quelle somme con il patrimonio dell'assicurato (debitore-danneggiante): ciò spiega la preferenza da attuarsi in sede di riparto delle attività del debitore, qualora sussista il concorso fra i creditori. L'azione diretta, invece, consente di attingere direttamente dal patrimonio del terzo successivamente ad una sentenza di accertamento o di condanna, con ciò eliminando ogni passaggio intermedio e svuotando di funzionalità il privilegio per mancanza del presupposto logico (il trapasso delle somme attraverso il patrimonio del danneggiante-assicurato)»<sup>(743)</sup>.

In definitiva, al pari della separazione patrimoniale e diversamente dal privilegio<sup>(744)</sup>, l'azione diretta preclude ogni forma di concorso tra il danneggiato *ex delicto* e gli altri aventi causa o creditori del danneggiante sulle somme dovute dal terzo assicuratore della responsabilità civile. Ed è in questo senso che nell'istituto verrebbero a sommarsi i vantaggi propri del sequestro conservativo e quelli dell'azione esecutiva<sup>(745)</sup>.

---

<sup>(743)</sup> FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, p. 18.

<sup>(744)</sup> Sull'esclusione dal novero dei patrimoni autonomi o separati, oltre che delle cause legittime di prelazione dell'art. 2741 c.c., anche della separazione dell'art. 512 c.c. (che al pari delle prime non costituirebbe deroga alcuna al generale principio dell'art. 2740 c.c.), BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 285. In giurisprudenza, sembra escludere un patrimonio separato (comunque sottratto all'azione esecutiva del ceto creditorio le cui ragioni esulino dal vincolo di scopo) anche con riguardo all'eredità accettata con beneficio d'inventario, Cass., 25.6.1971, n. 2007, in *Giust. civ. mass.*, 1971, p. 1082: «La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede assicura il soddisfacimento, con i beni del defunto, dei creditori e dei legatari che l'hanno esercitata, a preferenza dei creditori dell'erede. Gli effetti sostanziali della separazione si producono anche quando l'eredità sia stata accettata con beneficio d'inventario, poiché tale accettazione, sebbene operata essenzialmente in favore dell'erede, comporta la separazione dei patrimoni del defunto e dell'erede».

<sup>(745)</sup> Cfr. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 647.

## CAPITOLO IV

### Il nuovo corso dei patrimoni separati

SOMMARIO: 1. I patrimoni destinati allo specifico affare: un *unicum* nel diritto dei patrimoni separati. – 2. Esiste, dunque, uno statuto generale dei patrimoni separati? – 3. L'evidenza pubblicitaria del patrimonio separato. – 4. L'interesse meritevole. – 5. L'inopponibilità della separazione patrimoniale alle obbligazioni da fatto illecito. – 6. L'indistraibilità-inespropriabilità della massa separata.

#### 1. I patrimoni destinati allo specifico affare: un *unicum* nel diritto dei patrimoni separati

Sono lontani, anche se non troppo, i tempi in cui la buona fede nei contratti e la sicurezza dei commerci «costringevano» il legislatore ad assicurare ai creditori le persone dei debitori insolventi <sup>(746)</sup>.

Nella civiltà giuridica che, nei rapporti di diritto privato, non grava il debitore di responsabilità altra da quella patrimoniale, la diffusione del patrimonio separato, quale tecnica di specializzazione di quella responsabilità, ha progressivamente eroso il principio d'universalità-indivisibilità ch'ebbe a baluardo dapprima gli artt. 1948 e 1949 del codice previgente, quindi gli attuali artt. 2740 e 2741 c.c. <sup>(747)</sup>, in combinato disposto. Per questo ancora la nostra dottrina è divisa tra quanti intravedono nei patrimoni separati uno «strumento incautamente offerto dal legislatore ai più furbi» <sup>(748)</sup>, e quanti, invece, ne hanno accolto con favore la disciplina d'ultima codificazione <sup>(749)</sup>.

---

<sup>(746)</sup> Sul dibattito svoltosi nel Settecento illuminista sulla responsabilità personale del debitore inadempiente, v. BONINI, «*La carcere dei debitori*». *Linee di una vicenda settecentesca*, Torino, 1991, *passim*.

La progressiva erosione della responsabilità personale del debitore, che della contratta obbligazione non avrebbe risposto col suo solo patrimonio, ebbe inizio in diritto romano, con l'abolizione dell'uccisione e dell'infamia (ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917, p. 140 ss.), e proseguì dapprima con la legge 6 dicembre 1877, n. 4166, quindi col codice civile del 1942 che abolì l'arresto per debiti da reato.

Sul tema, anche D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da D'Amelio, Firenze, 1943, p. 430; GRASSETTI, voce *Debiti (arresto personale per)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 182; SCANDIANI, *L'abolizione dell'arresto per debiti*, in *Arch. giur.*, 18, 1877, p. 161 ss.

<sup>(747)</sup> Ov'è appunto enunciato il principio di responsabilità illimitata ed universale del debitore, nonché del concorso paritario dei creditori, nella soddisfazione delle proprie ragioni.

<sup>(748)</sup> GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, II, 2006, 165.

<sup>(749)</sup> LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 173.

All'affermarsi dei patrimoni separati quale tecnica di specializzazione della responsabilità hanno contribuito, in egual misura, tutti i formanti del diritto: la dottrina, sin dalla teorizzazione, ad opera della Pandettistica, dei patrimoni di scopo (*Zweckvermögen*) evolutisi nei modelli codificati nel nuovo millennio; il legislatore, da ultimo con la destinazione atipica dell'art. 2645 *ter*; la giurisprudenza, infine, specie con le pronunce che hanno riconosciuto il *trust* interno.

Ogni patrimonio separato è altro dal patrimonio adespota, poiché non cessa di appartenere ad alcuno (*ad aliquem*), né apparterebbe allo scopo di destinazione (*ad aliquid*), pur mancando di soggettività propria. Tra i modelli censiti nel nostro sistema civilistico, i patrimoni destinati allo specifico affare dell'ultima riforma societaria (art. 2447 *bis* ss. c.c.) costituiscono, tuttavia, un *unicum*, poiché la titolarità, la gestione ed il profitto della massa separata non sono dissociate, diversamente da quanto accadrebbe nella destinazione statica dell'art. 2645 *ter*, dove disponente e *trustee* potrebbero identificarsi nella stessa persona<sup>(750)</sup>, salva la terzietà del beneficiario.

Certo, i patrimoni dell'art. 2447 *bis* dovrebbero giovare all'intero mercato, attraendo capitali stranieri e riducendo il costo del capitale di debito, quasi si configurasse un interesse diffuso a che siano costituiti. Senonché, solo nel modello della riforma societaria l'interesse dominante resta quello del disponente, e segnatamente della società beneficiata dalla diversificazione del rischio d'impresa. In ciò è, in tutta evidenza, il *discrimen* dagli altri modelli, ed in specie dallo schema fiduciario dell'art. 2645 *ter* c.c., dove la separazione patrimoniale a profitto del disponente che se ne riserva la gestione è presunta in frode dei creditori, in violazione dell'art. 2740 c.c.<sup>(751)</sup>.

Diversamente dal fine previdenziale dell'art. 2117 c.c., la realizzazione dello specifico affare dunque non esula dall'interesse dell'imprenditore, sì che i benefici che il mercato riceve dalla separazione patrimoniale dell'art. 2447 *bis* c.c. non soddisfino, almeno in via prioritaria, quell'interesse ultraindividuale che nella concezione classica del patrimonio destinato avrebbe giustificato, in punto di *strictum ius*, la conservazione del vincolo reale di scopo, e segnatamente l'opponibilità ai terzi creditori o aventi causa della indistruttibilità ed impignorabilità dei beni vincolati.

---

<sup>(750)</sup> *Contra* il Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Riv. notariato*, 2004, 565, dov'è deciso che danneggia i creditori, e per questo non può essere trascritto, il *trust* in cui disponente e *trustee* coincidano nella stessa persona, al pari di quanto disposto dal progetto di *fiducie* francese, salva la possibile identità tra disponente e beneficiario.

<sup>(751)</sup> Sull'infedeltà dualismo soggettivo tra disponente e beneficiario della destinazione di nuova codificazione, QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1741.

In deroga all'antico brocardo *nemini res sua servit*, nei patrimoni societari destinati allo specifico affare il vincolo di scopo soddisfa l'interesse, individuale, del disponente, tanto più ove si trattasse di società azionaria unipersonale. Potrebbe trarsene che l'alterità soggettiva tra disponente, gestore e beneficiario non assurga a principio d'ordine pubblico interno, quale premessa per poter escludere, se del caso, l'indefettibile pubblica utilità della destinazione dell'art. 2645 *ter* per la quale è imposta l'alterità del beneficiario ma non, a contemperamento delle istanze di tutela del credito, un limite quantitativo simile a quello dell'art. 2447 *bis*, comma 2, c.c. <sup>(752)</sup>.

## 2. Esiste, dunque, uno statuto generale dei patrimoni separati?

La tutela dell'affidamento del terzo ha storicamente impedito la costituzione di patrimoni separati oltre i casi tassativamente ammessi dalla legge: la limitazione di responsabilità, coesenziale a ciascun patrimonio destinato <sup>(753)</sup>, avrebbe spiegato mera efficacia obbligatoria, senza preclusione alle azioni esecutive dei creditori del fiduciario, quand'anche consapevoli del *pactum fiduciae* <sup>(754)</sup>. Il principio è risalente ed è tuttora riaffermato, con riguardo all'art. 2645 *ter*, nel presupposto che l'effetto destinatorio non sia negoziabile, per il divieto di creare vincoli reali diversi da quelli previsti dalla legge <sup>(755)</sup>.

Nella tradizione dottrina, l'impignorabilità del patrimonio separato (*Sondergut* o *Sondervermögen*) è assurda a deroga non solo della responsabilità (illimitata) dell'art. 2740 c.c., ma anche della libera circolazione e disponibilità del patrimonio, quando il vincolo reale di destinazione fosse valso oltre il limite dell'art. 1379 c.c. e, ciò che più conta (con riguardo proprio all'affidamento dei terzi creditori ed aventi causa), del sommo principio di relatività del contratto (art. 1372 c.c.). Tanto sarebbe valso a connotare la disciplina di ciascun tipo di patrimonio separato in termini d'eccezionalità o specialità, in modo da escluderne l'applicabilità analogica agli altri modelli, benché strutturalmente e funzionalmente affini <sup>(756)</sup>.

---

<sup>(752)</sup> A norma del quale, giova ricordarlo, i patrimoni destinati della riforma societaria non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società.

<sup>(753)</sup> Quella limitazione, è bene qui ribadirlo, avrebbe costituito, al più, un aspetto del patrimonio separato, non il patrimonio separato medesimo, così come la garanzia (illimitata) dell'art. 2740 c.c. avrebbe prefigurato un aspetto del patrimonio (generale), senza tuttavia identificarsi, *tout court*, con lo stesso (SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Napoli, 1945, p. 54).

<sup>(754)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 29.

<sup>(755)</sup> VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 775.

<sup>(756)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 22.

La questione della applicazione analogica della singola norma di separazione (artt. 170, 490, 2117 e 2447 *quinquies* c.c.) deriva dalla mancata o carente codificazione della categoria generale dell'atto di destinazione patrimoniale, avversata dai più <sup>(757)</sup>, talché la specialità di ciascun tipo alimenterebbe una anomia cui la sola autonomia privata, quando meritevole di tutela, potrebbe rimediare.

Senonché, la separazione patrimoniale <sup>(758)</sup> oramai non è più figura sintomatica della legislazione speciale di settore, prova ne siano proprio i patrimoni destinati del libro quinto (art. 2447 *bis* ss.) e sesto (art. 2645 *ter*) del codice civile, in modo che la progressiva proliferazione e diffusione di quei modelli di localizzazione della responsabilità, equipollenti alle società con soci a responsabilità limitata <sup>(759)</sup>, accresca la evanescenza, nei rapporti di diritto privato, della generalità della regola di responsabilità illimitata <sup>(760)</sup>.

Rispetto all'impostazione classica, i termini della questione potrebbero mutare, e non poco, se solo si attribuisse una diversa valenza all'alternanza dialettica regola/eccezione, trattandosi d'un rapporto che, al cospetto delle logiche del diritto, potrebbe assumere un significato affatto relativo. Esemplificativa, a questo riguardo, la comunione legale tra i coniugi, che è regime ordinario nel diritto patrimoniale della famiglia, ma regime d'eccezione quando riferito alle norme di diritto comune <sup>(761)</sup>. S'aggiunga che altro dalla

---

<sup>(757)</sup> E' indubbio che vi siano distinte cause di destinazione, in corrispondenza di altrettanti patrimoni separati: dal fine previdenziale dell'art. 2117 c.c. ai bisogni della famiglia dell'art. 167 c.c. e finanche alla diversificazione del rischio d'impresa dell'art. 2447 *bis*. Senonché, altro dalla compravendita è la locazione, ma ciò non ha impedito la codificazione, nel titolo secondo del quarto libro, d'una disciplina dei contratti in generale.

<sup>(758)</sup> Quale organizzazione di beni o rapporti giuridici ridotti ad unità funzionale, in assonanza con la terminologia del BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 82.

<sup>(759)</sup> Sul tema GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 1993, p. 394 ss.: «Il rapporto fra regola e eccezione appare, in fatto, capovolto se si considera che il soggetto attivo del mondo degli affari non è, nella normalità delle ipotesi, un imprenditore individuale o una società con soci a responsabilità illimitata, ma è all'opposto una società con soci a responsabilità limitata»: così con riguardo alla limitazione di responsabilità di cui beneficiano gli associati, anche nelle associazioni non riconosciute, i soci di società semplice (in presenza del patto dell'art. 2267 c.c.), gli accomandanti della società in accomandita semplice e per azioni, i soci di S.p.A. e s.r.l. nonché di società cooperative o i membri di consorzio tra imprenditori.

<sup>(760)</sup> Il che, tuttavia, in un sistema permeato da regole fondamentali strutturate in modo affatto speculare: la perentoria enunciazione di principi, quali la responsabilità illimitata dell'art. 2740 c.c. e la *par condicio creditorum* dell'art. 2741 c.c., peraltro suscettibili di deroga tassativamente contemplate, quali la responsabilità limitata e le cause legittime di prelazione dei capoversi degli stessi artt. 2740 e 2741 c.c., siccome (almeno secondo la tradizionale esegesi) sempre sottratte dal legislatore all'autonomia privata.

<sup>(761)</sup> RUSSO, *Nuove considerazioni sull'oggetto della comunione legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 673: «la comunione legale è sicuramente un istituto di carattere eccezionale rispetto al nostro ordinamento, sia perché ha come effetto l'acquisto della proprietà in forza di uno *status* (di coniuge), sia perché attribuisce carattere fisiologico alla comunione dei beni, escludendo, durante la sua vigenza, la facoltà di procedere alla divisione».

regola di eccezione è la facoltà di libera scelta dall'ordinamento concessa all'autonomia privata <sup>(762)</sup>, onde della separazione patrimoniale possa giovare il debitore, limitandone la responsabilità, ma anche il suo creditore, che beneficerà d'una garanzia assai incisiva, che gli consenta di soddisfarsi, in via pressoché esclusiva <sup>(763)</sup>, sul compendio separato.

Quando di stretta interpretazione, la clausola di inopponibilità del vincolo di scopo alle obbligazioni derivanti da fatto illecito varrebbe per le sole destinazioni del diritto commerciale (art. 2447 *quinquies*, comma 3). Lo stesso avverrebbe per l'onere della preventiva escussione del patrimonio destinato, ogniqualvolta il vincolo di scopo desse luogo ad una separazione patrimoniale solo imperfetta.

### 3. L'evidenza pubblicitaria del patrimonio separato

La separazione dei patrimoni ha sempre realizzato scopi ben delineati dal legislatore, traendo dalla norma di legge la propria giustificazione, misura e limite <sup>(764)</sup>. La disamina delle fattispecie di legge s'è risolta nella constatazione che la pubblicità del vincolo di destinazione, unitamente al perseguimento d'un interesse meritevole, costituissero la duplice essenza del patrimonio separato <sup>(765)</sup>. Di quelle dottrine dev'essersi avveduto il legislatore, tant'è che è su quegli elementi che si basa l'art. 2645 *ter*, dov'è trasfusa la clausola generale dell'art. 1322, comma 2, c.c., e dove la trascrizione è tanto indispensabile da escludere, come nell'art. 167 c.c., la destinazione di beni mobili non registrati <sup>(766)</sup>.

La trascrizione, nei rispettivi registri, della destinazione di beni immobili o mobili registrati ad uno specifico affare (art. 2447 *quinquies*, comma 2) <sup>(767)</sup> esplica la medesima funzione della trascrizione della destinazione, atipica, dell'art. 2645 *ter*, ovvero del fondo

---

<sup>(762)</sup> Nel presupposto che «se la legge prevede dei sistemi per limitare la responsabilità, chi assume debiti cercherà, se possibile, di utilizzarli; e allo stesso modo, se la legge prevede dei mezzi per essere preferiti nella esecuzione, chi dà credito cercherà di procurarseli»: così ZATTI e COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2003, p. 352 ss.

<sup>(763)</sup> La riserva è dovuta all'eventualità di una obbligazione *ex delicto*, che renda inopponibile il vincolo di scopo ai terzi creditori o aventi causa «generali» del comune debitore. Della distinzione tra patrimonio separato e causa legittima di prelazione s'è detto *supra*.

<sup>(764)</sup> PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1942, p. 302.

<sup>(765)</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 215; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 179: «la deroga al principio della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* presuppone sia che il vincolo sia adeguatamente conoscibile da parte dei creditori del disponente (*requisito formale*), sia che detto vincolo sia costituito per un interesse «meritevole di maggior tutela» rispetto a quello dei medesimi creditori (*requisito sostanziale, o assiologico*)».

<sup>(766)</sup> Ma non anche di quote di società di capitali, per le quali il registro delle imprese assolverebbe una funzione simile a quella della trascrizione immobiliare.

<sup>(767)</sup> Richiesta in aggiunta all'iscrizione della deliberazione di costituzione dell'art. 2447 *ter* nel registro delle imprese.

patrimoniale o del *trust* immobiliare: solo una volta assolto l'onere pubblicitario, i beni conferiti nella massa separata potranno essere esclusivamente impiegati per la realizzazione del fine di destinazione e potranno essere aggrediti soltanto per debiti contratti per tale scopo.

La tutela del credito esclude che la formalità pubblicitaria possa ammettere equipollenti. Pertanto, in difetto di trascrizione il vincolo di destinazione non potrebbe opporsi nemmeno al terzo avente causa del disponente, quand'anche in mala fede: quello stato soggettivo rileverebbe, al più, ai fini della condanna risarcitoria del secondo avente causa che per primo avesse trascritto il proprio acquisto. In ciò s'appaleserebbe la valenza declamatoria, nel sistema privatistico italiano come in quello del *Code civil*, del principio consensualistico (art. 1376 c.c.) che regolerebbe solo l'assetto e le vicende interne al patrimonio, diversamente informato, nei confronti dei creditori non partecipi dell'atto dispositivo<sup>(768)</sup>, dal criterio della opponibilità<sup>(769)</sup>.

La pubblicità del vincolo di scopo è dunque un onere analogo a quello rappresentato, nell'eredità beneficiata, dalla redazione dell'inventario, senza la quale la dichiarazione dell'erede non è senza effetto (determinando, comunque, l'acquisto della qualità di erede), pur non producendo alcuna separazione di patrimoni<sup>(770)</sup>.

Come l'eredità beneficiata, anche gli altri patrimoni separati apparterrebbero al genere delle fattispecie a formazione progressiva<sup>(771)</sup>, benché mutino, a seconda del tipo, gli

---

<sup>(768)</sup> Con effetti solo *inter partes*.

<sup>(769)</sup> GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 157.

<sup>(770)</sup> La formazione dell'inventario, che deve precedere o seguire la dichiarazione costitutiva del patrimonio separato, previene, evidentemente, possibili distrazioni ed occultamenti dei beni ereditari. Poiché è la soddisfazione preferenziale dei legatari e creditori del *de cuius* lo scopo dell'effetto segregativo, la responsabilità limitata dell'erede è condizionata all'assolvimento dell'onere d'inventario, cui il chiamato dovrà provvedere nel termine di tre mesi decorrenti dall'apertura della successione (art. 485 c.c.), in caso di possesso dei beni ereditari, ovvero dalla dichiarazione di accettazione beneficiata, in mancanza del medesimo possesso (art. 487 c.c.).

In caso di più chiamati all'eredità, l'accettazione beneficiata del coerede giova a tutti gli altri, e ciò quantunque all'inventario avesse provveduto un chiamato diverso da quello che avesse reso la dichiarazione dell'art. 484 c.c. (MAZZEI, *Osservazioni sull'art. 510 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 887; COVIELLO, *In tema di interpretazione dell'art. 510 c.c.*, in *Foro pad.*, 1956, I, c. 423).

<sup>(771)</sup> Cass., 9 agosto 2005, n. 167339, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10: «In tema di successioni *mortis causa*, l'art. 484 c.c., nel prevedere che l'accettazione con beneficio d'inventario si fa con dichiarazione, preceduta o seguita dalla redazione dell'inventario, delinea una fattispecie a formazione progressiva di cui sono elementi costitutivi entrambi gli adempimenti ivi previsti; infatti, sia la prevista indifferenza della loro successione cronologica, sia la comune configurazione in termini di adempimenti necessari, sia la mancanza di una distinta disciplina dei loro effetti, fanno apparire ingiustificata l'attribuzione all'uno dell'autonoma idoneità a dare luogo al beneficio, salvo il successivo suo venir meno, in caso di difetto dell'altro. Ne consegue che, se da un lato la dichiarazione di accettazione con beneficio d'inventario ha una propria immediata efficacia,

adempimenti richiesti e le dinamiche di perfezione del vincolo di segregazione. Ciò vale con riguardo alla trascrizione della destinazione immobiliare <sup>(772)</sup>, come per la iscrizione della devoluzione delle quote sociali nel registro delle imprese; ma vale, soprattutto, per la contabilizzazione dei proventi dell'affare, nella separazione patrimoniale differita dell'art. 2447 *decies* c.c., alimentata da componenti reddituali, non patrimoniali <sup>(773)</sup>.

L'evidenza pubblicitaria è dunque una costante del patrimonio separato in funzione della opponibilità o, detto altrimenti, della efficacia reale del vincolo di scopo, perciò espressamente delimitata, talvolta, alle sole obbligazioni di fonte volontaria (art. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c.).

#### 4. L'interesse meritevole

La separazione dei patrimoni è in funzione d'una effettiva destinazione di beni o rapporti ad uno specifico scopo <sup>(774)</sup> che involge, sacrificandoli, un complesso composito di interessi, spesso antitetici a quelli del beneficiario: l'interesse dei creditori, anzitutto, che non potranno rivalersi sull'intero patrimonio del conferente; dello stesso debitore, quando dalla massa separata non possa ritrarre, nemmeno in via mediata, alcuna utilità nell'interesse proprio <sup>(775)</sup>; dell'intero mercato, infine, che certo non si compiace delle immobilizzazioni improduttive della ricchezza <sup>(776)</sup>.

---

determinando il definitivo acquisto della qualità di erede da parte del chiamato che subentra perciò in *universum ius defuncti*, compresi i debiti del *de cuius*, d'altro canto essa non incide sulla limitazione della responsabilità *intra vires*, che è condizionata (anche) alla preesistenza o alla tempestiva sopravvenienza dell'inventario, in mancanza del quale l'accettante è considerato erede puro e semplice (art. 485, 487, 488 c.c.) non perché abbia perduto *ex post* il beneficio, ma per non averlo mai conseguito. Infatti, le norme che impongono il compimento dell'inventario in determinati termini non ricollegano mai all'inutile decorso del termine stesso un effetto di decadenza ma sanciscono sempre come conseguenza che l'erede viene considerato accettante puro e semplice, mentre la decadenza è chiaramente ricollegata solo ed esclusivamente ad alcune altre condotte, che attengono alla fase della liquidazione e sono quindi necessariamente successive alla redazione dell'inventario. Poiché l'omessa redazione dell'inventario comporta il mancato acquisto del beneficio e non la decadenza dal medesimo, ne consegue che all'erede, il quale agisce contro i terzi non chiamati alla successione, è precluso l'esperimento dell'azione di riduzione, non sussistendo il presupposto al riguardo richiesto dall'art. 564, comma 1, ultima parte, c.c., cioè l'accettazione con beneficio d'inventario».

<sup>(772)</sup> L'infungibilità della trascrizione è altro, tuttavia, dalla valenza costitutiva che pure talvolta assumerebbe, come nel caso della usucapione abbreviata: cfr. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, II, 2006, 182.

<sup>(773)</sup> Per la quale è stata appunto impiegata la locuzione di fattispecie a formazione progressiva: BERTACCHINI, *Le ragioni del credito nelle società riformate*, Padova, 2004, p. 109.

<sup>(774)</sup> SALVI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1947, p. 243; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1949, pp. 87 ss. e 97 ss.

<sup>(775)</sup> Non potrebbe esservi alcuna separazione patrimoniale in difetto di norma di diritto positivo che la rendesse opponibile non solo al terzo, ma anche allo stesso titolare (che in tal modo

Per questo si dubita che l'interesse meritevole dell'art. 2645 *ter* possa esaurirsi nella liceità dell'art. 1343 c.c.: se così non fosse, il vincolo di scopo potrebbe opporsi sol che l'interesse dichiarato dal conferente risultasse conforme ai buoni costumi, ancorché futile o privo di dignità sociale.

Il requisito di meritevolezza all'evidenza sottende un concetto relazionale. Per questo occorrerebbe un giudizio di valore non dissimile da quello invalso nella responsabilità civile, rispetto all'ingiustizia del danno <sup>(777)</sup>: non è possibile stabilire a priori quali siano gli interessi meritevoli di tutela, tanto con riguardo alla atipicità della norma primaria dell'art. 2043 c.c., quanto con riguardo alla destinazione patrimoniale, parimenti atipica, dell'art. 2645 *ter* c.c.; il compito del notaio rogante, ed eventualmente del giudice allorché insorgesse un contenzioso <sup>(778)</sup>, consisterebbe, pertanto, nella selezione degli interessi giuridicamente rilevanti <sup>(779)</sup>, onde valutarne la preminenza sull'altrui interesse <sup>(780)</sup> ora alla più ampia garanzia generica dell'art. 2740 c.c. <sup>(781)</sup>, ora alla libera circolazione dei beni, a tutela dell'affidamento del terzo avente causa che non avesse tempestivamente trascritto il proprio acquisto cui altrimenti residuerebbe, come nella doppia vendita immobiliare, il solo rimedio aquiliano <sup>(782)</sup>.

---

non potrebbe distrarre il bene dallo scopo di destinazione impressovi): cfr. DURANTE, *Patrimonio (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1990, p. 3.

<sup>(776)</sup> Il caso non è, evidentemente, quello dei patrimoni destinati allo specifico affare (artt. 2447 *bis* - 2447 *decies* c.c.), congegnati proprio per sollecitare l'iniziativa imprenditoriale, ma quello delle destinazioni improduttive, tanto più ove s'ammetta che l'interesse meritevole dell'art. 2645 *ter* possa aver natura egoistica, priva di pubblica utilità.

<sup>(777)</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giur. it.*, 2000, 1380; in *Foro it.*, 1999, I, 2487; in *Foro amm.*, 2000, 349.

<sup>(778)</sup> Comparazione e valutazione che, come bene è stato precisato, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, dovendo esser condotte alla stregua del diritto positivo.

<sup>(779)</sup> Si tratterebbe d'una rilevanza assiologica dell'interesse alla destinazione patrimoniale che ne postuli, ovviamente, la liceità.

<sup>(780)</sup> L'interesse in esame è quello del danneggiato *ex lege aquilia*, ovvero del creditore che non possa soddisfarsi sulla massa separata.

<sup>(781)</sup> *Contra* VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 777, ove si ritiene che l'art. 2645 *ter* non sia stato concepito «per esigere valutazioni funzionali di prevalenza dell'interesse del disponente rispetto a quello dei creditori danneggiati dalla separazione dei beni oggetto del vincolo».

<sup>(782)</sup> Trib. Ivrea, 16 maggio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 778: «In caso di doppia vendita immobiliare con prevalenza del secondo compratore che abbia trascritto per primo il titolo d'acquisto, quest'ultimo ed il duplice venditore rispondono solidalmente dei danni provocati al primo compratore, privato del diritto, l'uno a titolo extracontrattuale, l'altro a titolo contrattuale. Sussiste la responsabilità extracontrattuale del secondo compratore, primo trascrivente, quand'egli sia parte di una dolosa preordinazione diretta a frodare il primo compratore. Se il secondo compratore, primo trascrivente, risulta aver partecipato, d'intesa col venditore, ad un disegno fraudolento volto a privare il primo compratore del suo acquisto, quest'ultimo, mediante l'azione revocatoria, può ripristinare la garanzia patrimoniale del venditore tenuto a risarcirgli il danno». In senso analogo il Trib. Verona, 4 marzo 1991, in *Giur. merito*, 1992, 569.

Quel criterio di prevalenza insidia, tuttavia, la certezza del diritto, senza trascurare che il rapporto tra giurisdizione e legislazione verrebbe alterato dall'interazione della classe notarile, nella quale non s'esprime alcun potere statale <sup>(783)</sup>.

In punto di meritevolezza dovrà comunque stabilirsi, nel prossimo futuro, se nell'art. 2645 *ter* s'eplichi una natura sociale, ovvero solo individuale del disponente, indifferentemente persona fisica o giuridica. La questione è di non scarsa importanza, *de iure condendo*, specie se riferita a possibili sovrapposizioni con la clausola di devoluzione di beni con destinazione particolare dell'art. 32 c.c.

Sul piano dei rimedi, attribuita alla meritevolezza una funzione distinta (ed ulteriore) dalla liceità dell'art. 1343 c.c., potrebbe contenersi nella inopponibilità ai terzi, in luogo della nullità, la sanzione della destinazione immeritevole <sup>(784)</sup>, benché conforme ai buoni costumi <sup>(785)</sup>. Diversamente, al pari d'ogni altra fattispecie atipica, la meritevolezza dell'interesse perseguito non rilevarebbe ai fini della sola trascrivibilità, bensì per la validità della destinazione che il notaio, eletto «custode della meritevolezza», comunque non potrebbe ricevere.

## 5. L'inopponibilità della separazione patrimoniale alle obbligazioni da fatto illecito

Il criterio selettivo-comparativo dell'interesse meritevole dell'art. 2645 *ter* non differirebbe, a ben vedere, da quello implicitamente impiegato dal legislatore che ha codificato la regola di inopponibilità della destinazione allo specifico affare al creditore da fatto illecito (art. 2447 *quinquies*, comma 3 c.c.), senza la quale la limitazione di responsabilità avrebbe incentivato anche l'intrapresa d'affari dal costo sociale più elevato del profitto privato <sup>(786)</sup>. Non è perciò escluso che la clausola dell'art. 2447 *quinquies*, comma 3 c.c. possa valere, indistintamente, per tutte le destinazioni atipiche dell'art. 2645 *ter*, quando non se ne volesse generalizzare l'applicazione anche agli altri modelli tipici, tra cui il fondo patrimoniale del diritto di famiglia (art. 167 c.c.) <sup>(787)</sup>.

---

<sup>(783)</sup> Rilievo condiviso da VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 777.

<sup>(784)</sup> Specie quando priva, dunque, di pubblica utilità.

<sup>(785)</sup> L'illazione è coerente, si noti, con la qualificazione del patrimonio separato in termini di fattispecie a formazione progressiva (v. *supra*).

<sup>(786)</sup> Nonostante la liceità, evidentemente, della destinazione con efficacia reale di cespiti societari ad uno specifico affare.

<sup>(787)</sup> Trib. S. Remo, 29 ottobre 2003, in *Vita not.*, 2005, 843: «La limitazione alla pignorabilità dei beni costituiti nel fondo patrimoniale ex art. 170 c.c. deve intendersi riferita alle obbligazioni nascenti da contratto e non anche a quelle nascenti da fatto illecito (sorte in capo ad uno solo dei coniugi). La formulazione testuale dell'art. 170 c.c., infatti, nel richiamarsi ad attività poste

Il punto di equilibrio tra l'intangibilità dell'interesse alla destinazione e la tutela del credito va ricercato all'interno del sistema positivo <sup>(788)</sup>. In questo senso, quand'anche s'eccepisse la specialità della riserva dell'art. 2447 *quinquies*, comma 3 <sup>(789)</sup>, la maggior meritevolezza dell'interesse del creditore *ex delicto* potrebbe trarsi *aliunde*, e segnatamente dalla esdebitazione della quale il fallito (persona fisica) non potrebbe beneficiare, ove si trattasse di debito da risarcimento del danno da fatto illecito (art. 142, comma 3, 1. fall.) <sup>(790)</sup>.

La inopponibilità del vincolo di scopo alla obbligazione da fatto illecito, quando estesa oltre la fattispecie analitica dell'art. 2447 *quinquies* c.c., tutelerebbe un interesse generale dell'ordinamento, riducendo l'autonomia privata nei limiti in cui effettivamente appaia meritevole di tutela. Quando trovasse applicazione, la inderogabilità di quella regola assolverebbe una funzione analoga al potere di riduzione ad equità della clausola penale, esercitabile quand'anche le parti ne avessero per contratto stabilita l'irriducibilità <sup>(791)</sup>: ove la maggior precettività di quella inopponibilità non derivasse dall'*analogia legis*, la si potrebbe imputare alla cogenza di norma d'ordine pubblico, a corollario della massima che individua l'essenza di ogni ordinamento nelle norme che governino la rilevanza degli atti di autonomia privata, ed in specie la loro idoneità da incidere la realtà giuridica oltre l'ambito proprio del loro autore <sup>(792)</sup>.

Il vincolo di scopo potrebbe invece sempre opporsi in caso di pignoramento, sequestro o altra procedura esecutiva sul patrimonio affidato alla amministrazione fiduciaria del terzo <sup>(793)</sup>: diversamente, quando l'obbligazione sorgesse dal fatto illecito degli artt. 1173

---

in essere dai coniugi nell'ambito dell'autonomia contrattuale e nell'indicare l'ulteriore requisito della previa *scientia creditoris* (con riguardo all'estraneità del credito ai bisogni della famiglia), indirizza il limite alla pignorabilità dei beni del fondo patrimoniale alle sole obbligazioni *ex contractu*, con esclusione di quelle riferibili al paradigma dell'art. 2043 c.c.».

<sup>(788)</sup> Onde escludersene la esposizione all'arbitrio notarile o giudiziale.

<sup>(789)</sup> Nel presupposto, del quale s'è detto, per cui ogni norma di separazione patrimoniale deroghi a quelle di diritto comune sulla responsabilità del debitore e sull'efficacia personale del patto di non alienare, con conseguente inapplicabilità nei termini dell'art. 14 delle preleggi.

<sup>(790)</sup> Al pari dell'art. 2447 *quinquies*, comma 3, anche la norma fallimentare ha infatti distinto, in punto di meritevolezza, tra obbligazione da contratto ed obbligazione da fatto illecito.

<sup>(791)</sup> Cass., 28 settembre 2006, n. 21066, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>(792)</sup> Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Vita not.*, 1979, 654, dove s'escluse che l'ente costituito con l'unico scopo di attribuire i frutti del proprio patrimonio ereditario in perpetuo a tutti i discendenti di una determinata persona non costituisca una fondazione, per mancanza dello scopo proprio di quell'istituto, ma ente di puro fatto, la cui struttura e la cui funzione ne avrebbero perciò escluso la sopravvivenza, nell'ordinamento giuridico del tempo.

<sup>(793)</sup> Trib. Milano, 17 giugno 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 551: «I proprietari di titoli e strumenti finanziari che beneficiano del regime ordinario della c.d. “doppia separazione” hanno diritto all'immediata e integrale restituzione dei beni oggetto del proprio diritto. Di conseguenza, i beni costituenti patrimonio separato non devono essere assoggettati a falcidia concorsuale in caso di liquidazione coatta amministrativa della S.i.m.».

e 2043 c.c., il creditore personale del fiduciario potrebbe sempre soddisfarsi sulle utilità <sup>(794)</sup> della gestione patrimoniale, benché, al pari della curatela, non possa esercitare sulla massa separata diritti maggiori di quelli spettanti al fiduciario suo debitore <sup>(795)</sup>. Dunque si comprende, *a contrario*, perché l'identità soggettiva tra disponente, fiduciario e beneficiario consenta l'apprensione e liquidazione della massa separata alla curatela e, soprattutto, perché i creditori sociali possano soddisfarsi sul patrimonio destinato allo specifico affare, quando il restante patrimonio della società debitrice non bastasse a riparare il danno da fatto illecito.

## 6. L'indistraibilità-inespropriabilità della massa separata

La dottrina francese in passato riconobbe validità alla clausola di inalienabilità, con efficacia reale, del bene dedotto in contratto <sup>(796)</sup>. In genere si trattava di atti di liberalità, in cui quella clausola figurava apposta dal disponente per ovviare all'inesperienza o prodigalità del donatario o legatario. In tal modo, associata l'inalienabilità all'inespropriabilità <sup>(797)</sup>, si finì per riconoscere, in sostanza, una limitazione pattizia della responsabilità patrimoniale del debitore, opponibile ai terzi creditori, riconoscendo al contratto una funzione che la proprietà fiduciaria non avrebbe potuto assolvere, poiché il fiduciante, in caso di insolvenza del fiduciario, avrebbe potuto solo insinuarsi al passivo fallimentare, quale mero creditore chirografario.

E' evidente come una impostazione di tal fatta non potesse trasporsi, *sic et simpliciter*, nel nostro sistema di diritto privato, non solo per quelle dottrine che dissociarono l'impignorabilità dalla inalienabilità <sup>(798)</sup>, ma soprattutto per l'efficacia personale della limitazione dell'art. 1379 c.c., inopponibile al terzo creditore o avente causa, con l'unica eccezione della rendita vitalizia a titolo gratuito, della quale s'ammette «non sia soggetta a

---

<sup>(794)</sup> Specie in danaro o titoli, nel caso dell'amministrazione (c.d. dinamica) di azioni e valori mobiliari affidata a società fiduciaria.

<sup>(795)</sup> Che dal compendio separato non riceva altro profitto, oltre al compenso per le attività di gestione.

<sup>(796)</sup> PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 30, dove possono trarsi, alla nota 101, esaustivi riferimenti bibliografici sulla letteratura francese in argomento.

<sup>(797)</sup> In senso conforme, per la dottrina italiana, v. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 857, per il quale l'alienabilità rappresenta il *genus* e l'espropriabilità la *species*, così da ammettere che l'inalienabilità del bene ne comporti anche l'impignorabilità.

<sup>(798)</sup> LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, p. 224: «La pignorabilità non coincide necessariamente con la trasmissibilità. Infatti, a una trasferibilità oggettiva o generale, la quale vieta sia il trasferimento volontario che la responsabilità patrimoniale, si contrappongono una inalienabilità, la quale esclude il trasferimento volontario ma non anche il pignoramento, e una inespropriabilità, la quale esclude il pignoramento ma non anche il trasferimento volontario. Può

pignoramento o a sequestro entro i limiti del bisogno alimentare del creditore» (art. 1881 c.c.)<sup>(799)</sup>.

La fonte convenzionale del vincolo reale dell'art. 2645 *ter* ha dunque ovviato a quegli inconvenienti: il principio d'effettività della destinazione ne consente l'opponibilità ai terzi, giustificando l'inalienabilità e l'inespropriabilità della massa separata<sup>(800)</sup>.

A questo proposito, l'interesse meritevole di tutela divisato dal disponente potrebbe non differire dall'apprezzabile interesse dell'art. 1379 c.c., ove l'uno e l'altro non fossero necessariamente identificati nel fine d'utilità sociale<sup>(801)</sup>: quell'equivalenza attribuirebbe un particolare significato, *ex post*, alla efficacia solo personale del divieto convenzionale di alienazione imputata alla mancanza di quel sistema pubblicitario cui avrebbe rimediato, almeno in parte, proprio l'art. 2645 *ter*<sup>(802)</sup>; sarebbe contraddetta, invece, dalla persistente vigenza dell'art. 1379 c.c., quando lo si ritenesse applicabile ai soli divieti di alienazione privi di scopo meritevole di tutela<sup>(803)</sup>, ciò che identificherebbe la meritevolezza dell'art. 2645 *ter* nella pubblica utilità delle fondazioni, innovando l'art. 32 c.c. nella parte in cui non avrebbe consentito la devoluzione di beni con destinazione particolare in favore d'una persona fisica.

---

perciò aversi un bene pignorabile che non è alienabile negozialmente, così come può aversi un bene alienabile in via negoziale che è tuttavia impignorabile».

<sup>(799)</sup> Lo rileva ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, 514.

<sup>(800)</sup> Si tratta, a ben vedere, del medesimo attributo di indisponibilità dei beni conferiti nel *trust* o nel fondo patrimoniale, su cui s'è pronunciato, sancendone l'eguale trascrivibilità, il Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in *Riv. notariato* 2003, 253.

<sup>(801)</sup> In guisa da ammettersene una utilità solo individuale, purché dotata di dignità sociale, alla stregua di parametri obiettivi. Si veda, a questo proposito, FUSARO, *Il divieto contrattuale di alienazione*, in *I contratti in generale*, IV, 1, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1991, p. 64 ss.

<sup>(802)</sup> Cfr. Relazione del Guardasigilli (n. 630): «è parso esorbitante riconoscere al patto un'efficacia reale, data la difficoltà di organizzare per esso un sistema di pubblicità che potesse attuarsi rispetto ad ogni categoria dei beni e dei diritti, perciò l'obbligo convenzionale di non alienare si è mantenuto nell'orbita delle semplici obbligazioni personali, come sotto l'impero del codice del 1865».

<sup>(803)</sup> Nel senso che l'art. 2645 *ter* non abbia tacitamente abrogato l'art. 1379 c.c., che continuerebbe a disciplinare «i divieti convenzionali di alienazione relativi a beni non soggetti ad uno specifico regime pubblicitario, e rispetto ai quali non sia configurabile un “vincolo di destinazione” del bene a scopi meritevoli di tutela», v. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 199.

## FONTI BIBLIOGRAFICHE

- ARENA, *L'abbandono delle navi ai creditori*, Milano, 1939;
- ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contratto e impresa*, 2004, 323;
- AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, *Comm. al cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1992;
- BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936;
- BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1991;
- BARTALENA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 83;
- BERTUZZI-BOZZA-SCIUMBATA, *I patrimoni destinati, partecipazioni statali, s.a.a., La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003;
- BIANCA-D'ERRICO-DE DONATO-PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006;
- BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996;
- BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, IX, Torino, 1895;
- BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 280;
- BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, IV, Torino, 1956;
- BIONDI, *Patrimonio*, in *Noviss. dig. it.*, XII, 1965;
- BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1947;
- BOLLINO, *Aspetti civilistici dei fondi di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 532;
- BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, 1938;
- CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, Parte generale, Napoli, 1958;
- CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1942;
- CARRESI, *Fondo patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XIV, 1989;
- CIAMPI, *Patrimoni e finanziamenti destinati in rapporto con le regole del concorso fallimentare*, in *Società*, 2004, 1212;
- CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948;
- CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, Torino, 2001;
- COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi di terzi*, Milano, 1997;
- COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, I, Milano, 1929;
- D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da D'Amelio, Firenze, 1943;

DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005;

DI SABATO, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Società*, 2002, 665;

DONADIO, *I patrimoni separati*, Città di castello, 1941;

DURANTE, voce *Patrimonio (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990;

DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1930;

FADDA e BENZA, *Diritto delle pandette*, I, Torino, 1902;

FAUCEGLIA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fallimento*, 2003, 809;

FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921;

FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923;

FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 121;

FIMMANÒ, *Il regime dei patrimoni dedicati di s.p.a. tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Le società*, 2002, 960;

FIMMANÒ, *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fallimento*, 2005, 1105;

FRANCO, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 315;

FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993;

GALASSO-TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, *Comm. al cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1999;

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004;

GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2003;

GALLUZZO, *Il trust internazionale ed il trust interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, in *Corriere giuridico*, 2003, 64;

GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Torino, 1999;

GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 155;

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992;

GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 165;

GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005;

GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, I, 1968;

GRASSETTI, voce *Debiti (arresto personale per)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960;

GUGLIELMUCCI, *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1176;

GUGLIELMUCCI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in [www.fallimento.ipsoa.it](http://www.fallimento.ipsoa.it);

HANSMANN e KRAAKMANN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, trad. it., in *Riv. soc.*, 2001;

IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003;

INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contratto e impresa*, 2003, 164;

JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968;

LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. soc.*, 2003, 490;

LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966;

LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994;

LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. notariato*, I, 2003, 543.

LOCORATOLO, *«Patrimoni destinati» e insolvenza*, Napoli, 2005;

LUPOI, *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645 ter cod. civ., quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 169;

LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004;

LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001;

MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005;

MANES, *L'atto istitutivo di trust fonte di obbligazioni*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, III, 1, Torino, 2005;

MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contratto e impresa*, 2006, 626;

MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fallimento*, 2003, 1241;

MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuridico-economica*, nei *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2004;

MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003;

MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fallimento*, 2005, 113;

MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1919;

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957;

MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991;

NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968;

NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 69;

NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, sub artt. 2740-2899, Bologna-Roma, 1945;

NIGRO, *I fondi comuni di investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969;

OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, III, Milano, 1995;

PARTISANI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1559;

PARTISANI, *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, in *Resp. civ.*, 2005, 42;

PARTISANI, *La responsabilità civile nella gestione separata dei patrimoni destinati allo specifico affare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1560;

PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006;

PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950;

PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 419;

POTITO, *Patrimoni destinati...all'insuccesso?*, in *Società*, 2006, 545;

PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962;

PUTTI, voce *Negoziario fiduciario*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2003;

QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1717;

QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004;

RABITTI BEDOGNI, *Patrimoni dedicati*, in *Riv. notariato*, 2002, 1121;

RASCIO, *Destinazioni di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971;

RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1977;

ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 40;

ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997;

ROTONDO-SENINI, *Impignorabilità dei beni vincolati in trust da parte dei creditori del disponente*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, 181;

RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1942;

SALAMONE, *I patrimoni destinati a specifici affari nella s.p.a. riformata: insolvenza, esecuzione individuale e concorsuale*, in *www.judicium.it.*;

SANTAGATA, *Patrimoni destinati ed azioni revocatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 295;

SANTONI, *Fondi speciali di previdenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989;

SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Napoli, 1945;

SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976;

STOLFI, voce *Anstalt: I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988;

TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1963;

TERRUSI, *I patrimoni delle s.p.a. destinati ad uno specifico affare: analisi della disciplina e verifica degli effetti*, in *www.judicium.it.*;

TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982;

VIGLIONE, *Vincolo di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005;

VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 775;

VOCINO, *Patrimoni separati*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, fondato da Scialoja, V, 1, Milano, 1939;

WEIGMANN, *La responsabilità limitata delle società di capitali di fronte ai fatti illeciti*, in *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994;

ZACCARIA, «*Diritti soggettivi senza soggetto*» e *soggettività giuridica*, in *Studium iuris*, 1996, 784;

ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 545;