



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE

XXIX CICLO DEL DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

DIRITTO CIVILE E PROCESSUALE CIVILE

Sede convenzionata

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

I FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

Dottorando:
Luca IACUMIN

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Mauro BUSSANI

Supervisore:
Chiar.mo Prof. Lotario Benedetto DITTRICH

Anno Accademico 2016 – 2017

Je crois que je commence à y comprendre quelque chose
Renoir, dipingendo sul letto di morte

INDICE

PREMESSA.....	11
----------------------	-----------

CAPITOLO I

IL DIBATTITO SUI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

§ 1. Una premessa di metodo: l'ordine della nostra trattazione.	13
§ 2. Le fonti che regolano i fondi comuni di investimento.....	14
§ 3. La tesi della comunione ordinaria.....	17
§ 4. La tesi della soggettività del fondo. Il Consiglio di Stato e la prassi notarile.....	18
§ 5. La giurisprudenza di legittimità: il fondo è un patrimonio separato della S.G.R.	19
§ 6. I corollari dell'orientamento di legittimità. La trascrizione. La responsabilità sussidiaria della S.G.R. La sostituzione della società e la sua legittimazione processuale.	21
§ 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità.	22
§ 8. La nostra tesi.....	26

CAPITOLO II

IL DOGMA DI NECESSARIA TITOLARITÀ DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE E IL DISCRIMINE TRA SOGGETTO E OGGETTO

§ 1. Precisazioni terminologiche introduttive.....	29
§ 2. Il dogma di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche.....	32
§ 3. Ricapitolazione del dibattito sull'eredità giacente.	33
§ 4. L'eredità giacente è un patrimonio privo di titolare.	35
§ 5. Il dogma di necessaria titolarità deve essere sottoposto al rasoio di Ockham.	39
§ 6. La prima fase storica della critica alla configurabilità dei patrimoni acefali.	40
§ 7. L'autonomia concettuale della soggettività rispetto alla personalità fonda la seconda fase storica della critica ai patrimoni acefali.	44
§ 8. Segue: la necessità della distinzione tra soggetto e patrimonio.	46

§ 9. Segue: la distinzione tra soggettività e personalità non assorbe il patrimonio acefalo.....	47
§ 10. Il criterio dell'imputazione legislativa delle situazioni giuridiche. Critica.....	48
§ 11. Il criterio volontaristico e il suo corollario organizzativo. Critica.....	49
§ 12. Il criterio per identificare i soggetti sta nell'imputazione giuridica degli atti.....	50
§ 13. Profilo funzionale e profilo strutturale del distinguo tra il patrimonio entificato e il patrimonio acefalo. Le due accezioni del 'patrimonio'.....	53
§ 14. La rilevanza della distinzione tra il patrimonio bilateralmente separato e quello acefalo.....	58
§ 15. Il criterio per distinguere il patrimonio bilateralmente separato da quello acefalo.....	58
§ 16. Conclusioni su 'patrimonio' e 'soggetto'.....	60

CAPITOLO III

GLI ISTITUTI FONDAMENTALI PER LA RICOSTRUZIONE DEI PROFILI PROCESSUALI DEI PATRIMONI SEPARATI

§ 1. La contraddizione tra la necessità processuale del soggetto e la sua non necessaria sussistenza nel mondo sostanziale.....	63
§ 2. La capacità di essere parte.....	64
§ 3. La <i>legitimatío ad causam</i> e la sostituzione processuale.....	66
§ 4. Segue: <i>legitimatío ad causam</i> e possibilità giuridica.....	74
§ 5. La <i>legitimatío ad processum</i>	76
§ 6. La rappresentanza processuale e la <i>contemplatio domini</i>	81
§ 7. Gli istituti esaminati presuppongono, per come intesi dalla tradizione, l'imputazione delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio.....	86
§ 8. Ridefinizione della <i>legitimatío ad causam</i>	87
§ 9. Il rappresentante processuale possiede sia la <i>legitimatío ad processum</i> rappresentativa, sia la <i>legitimatío ad causam</i> . Comparazione con il sostituto processuale.....	88
§ 10. Distinzione tra la <i>contemplatio domini</i> e la legittimazione processuale rappresentativa.....	95
§ 11. Nuovo inquadramento del <i>falsus procurator</i>	97
§ 12. Le conseguenze della ridefinizione dei rapporti tra <i>legitimatío ad causam</i> e <i>legitimatío ad processum</i> per i patrimoni separati e gli indizi da ricercare nel diritto positivo ai fini del loro inquadramento processuale.....	98
§ 13. I rapporti (meramente eventuali) tra la capacità di essere parte e la soggettività sostanziale.....	99
§ 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.....	104

CAPITOLO IV

GLI INDIZI NORMATIVI NECESSARI PER LA RICOSTRUZIONE DELLA NATURA GIURIDICA DEI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

§ 1. Premessa metodologica.....	107
§ 2. Il fondo comune di investimento è «l'O.I.C.R. costituito in forma di patrimonio autonomo» e «raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote».....	108
§ 3. L'O.I.C.R. è «gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi [...], in base a una politica di investimento predeterminata».....	111
§ 4. Le limitazioni alle azioni sul fondo comune.	113
§ 5. Le disposizioni contenute nell'art. 37 T.U.F.....	114
§ 6. L'impossibilità di trarre dall'art. 37, comma 3, la dimostrazione o la negazione della soggettività del fondo.....	118
§ 7. Il fondo non è un patrimonio separato della S.G.R.	120
§ 8. Il fondo non è un soggetto, ma un patrimonio acefalo.	123
§ 9. L'art. 38 T.U.F. conferma che il fondo non è né un soggetto, né un patrimonio imputato alla S.G.R.	125
§ 10. Critiche metodologiche alla dottrina concernente i fondi comuni d'investimento.	127
§ 11. Il fondo comune è distinto, «a tutti gli effetti», da ogni altro patrimonio.....	130

CAPITOLO V

I PROFILI SOSTANZIALI DEI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

§ 1. La centralità sistematica del rapporto tra la S.G.R. e i partecipanti al fondo.	135
§ 2. Il rapporto intercorrente tra i partecipanti al fondo e le S.G.R., di promozione e di gestione.	136
§ 3. La natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la S.G.R. di gestione.....	139
§ 4. Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti.	144
§ 5. Le relazioni tra S.G.R., partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico e sulla rilevanza del soggetto quale criterio (non necessario) di identificazione delle situazioni giuridiche.....	145
§ 6. I trasferimenti dei diritti nel fondo e dal fondo. La proprietà.	149
§ 7. La sostituzione della S.G.R. di gestione. Le deleghe di funzioni ex art. 33 T.U.F.....	153
§ 8. La trascrizione. La fusione dei fondi. I comparti.	160
§ 9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi.	166
§ 10. I diritti, inclusi nel fondo, verso i terzi.	170

§ 11. La banca depositaria.....	173
§ 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.....	174

CAPITOLO VI

I PROFILI PROCESSUALI

DEI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

SEZIONE I

LE BENEFICIARY DISPUTE

§ 1. Introduzione: <i>summa divisio</i> delle controversie concernenti i fondi comuni d'investimento.	183
§ 2. <i>Le beneficiary dispute</i>	184
§ 3. <i>La class action</i> contro la S.G.R. di gestione.	187
§ 4. <i>La class action</i> contro la banca depositaria e la S.G.R. di promozione.	195
§ 5. Le conseguenze della sostituzione di S.G.R. e della separazione tra le funzioni di promozione e quelle di gestione.....	197
§ 6. Le esecuzioni.....	198

SEZIONE II

LE THIRD PARTY DISPUTE

§ 1. <i>Le third party dispute</i> . Le controversie con la depositaria, la S.G.R. di promozione e gli ex amministratori della società di gestione.	203
§ 2. Il fondo è parte sostanziale e subisce gli effetti degli atti processuali.....	205
§ 3. La posizione processuale della S.G.R. di gestione. La competenza.	207
§ 4. La posizione processuale dei partecipanti.	209
§ 5. Il conflitto d'interessi della società di gestione.	213
§ 6. L'identificazione dell'oggetto processuale e i limiti patrimoniali del giudicato.	218
§ 7. Le conseguenze del trasferimento dell'oggetto processuale da un fondo all'altro.	219
§ 8. La sostituzione della S.G.R. interrompe il processo.....	220
§ 9. L'intervento della S.G.R. sostituita nel processo introdotto dalla sostituita.	222
§ 10. L'impossibilità giuridica dell'imputazione al fondo comune, alla S.G.R. o ai partecipanti dell'oggetto processuale di cui sia affermata l'inclusione nel fondo medesimo.	223
§ 11. La fusione e la scissione dei fondi. La fusione di fondi con S.I.CA.V. e S.I.CA.F.....	224
§ 12. Le esecuzioni.	226

CAPITOLO VII

CONCLUSIONI

§ 1. Panoramica delle soluzioni applicative.	229
§ 2. Conseguenze sistematiche di quest'opera.	230
§ 3. Il <i>trust</i> e il patrimonio acefalo.	233
§ 4. Congedo.	236

BIBLIOGRAFIA

Dottrina.....	241
Giurisprudenza della Corte di cassazione.....	260
Giurisprudenza di merito, amministrativa, costituzionale e prassi delle Autorità garanti.....	266

PREMESSA

I patrimoni separati sono utilizzati negli ambiti più disparati, spaziando dal diritto di famiglia a quello successorio, finanziario, societario.

Le ragioni economiche di tale fenomeno, nonostante la diversità di ambiti disciplinari e di interessi coinvolti, vanno prevalentemente individuate nella necessità, ancor più avvertita dopo lo scoppio della crisi finanziaria ed economica, di proteggere i beni personali e familiari dalle pretese creditorie e di consentire un'efficiente allocazione del rischio d'impresa.

L'interesse che la dottrina ha riservato a questo fenomeno è amplissimo.

Stante l'eterogeneità delle ipotesi di separazione patrimoniale¹, si è assistito, da un lato, a una discussione piuttosto piana con riguardo alle figure più tradizionali, quali il fondo patrimoniale, ma anche ad accese diatribe, come quella che ha coinvolto il *trust*, in cui a essere controversa non è la sola costruzione giuridica dell'istituto, ma la sua stessa ammissibilità².

Con riguardo ai fondi comuni di investimento, a una fase storica di relativa calma, ha fatto seguito uno sconvolgimento interpretativo, innescato dalla Corte di Cassazione nel corso del 2010. Da allora, le prese di posizione, non di rado connotate da rimarchevole profondità di pensiero, si sono moltiplicate, ma si sono concentrate su singoli aspetti e, in particolare, sulle modalità con cui effettuare la pubblicità immobiliare.

Proprio per questo, le soluzioni sinora offerte sono frammentarie, mancando uno studio sistematico dei fondi comuni d'investimento. Le conclusioni, sostanziali e processuali, cui sono giunte la dottrina e la giurisprudenza, poi, non sono riuscite a guadagnare un largo

¹ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione*, cit., p. VII: «la rilevanza del vincolo di destinazione e la sua incidenza sul regime giuridico dei beni aggrega [...] in una dimensione unitaria figure per sé eterogenee, dal fondo patrimoniale che rappresenta l'espressione normativa della destinazione familiare, alla complessa fenomenologia dei fondi comuni di investimento, che esprimono la dimensione dinamica dell'investimento, ai modelli della società unipersonale e dell'impresa individuale a responsabilità limitata, che danno rilievo sul piano normativo all'autonomia dei beni destinati all'attività imprenditoriale rispetto alle vicende del restante patrimonio del soggetto imprenditore».

Per l'eterogeneità delle ipotesi di patrimonio separato ed autonomo: DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, XXII, p. 2.

² Per il dibattito che si è sviluppato sul tema, si vedano: LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992, pp. 976 ss.; CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998, p.; ID., *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 451; GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, p. 11 ss.; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, pp. 1247 ss.; ID., *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *www.judicium.it*; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Rivista del Notariato*, 2002, pp. 1107 ss.; ID., *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *www.judicium.it*; LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Rivista del Notariato*, 2001, pp. 1159 ss.; GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, II, pp. 257 ss.; ID., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, II, pp. 919 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 2002, pp. 200-204; LA PORTA, I "formanti dell'ordinamento giuridico": *il diritto anglosassone e l'iperuranio. (Piccola e giocosa reazione a un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Scritti in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, pp. 115 ss.; LUPOI, *La legittima funzione protettiva dei trust interni*, in *Contratto e impresa*, 2004, pp. 236 ss.; ID., *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, pp. 169 ss.

consenso, a causa di incoerenze argomentative e di dogmi duri a morire. La certezza del diritto è ancora di là da venire.

Si pone quindi la necessità di approfondire, in modo non più frammentario, e prestando grande attenzione ai presupposti dogmatici e logici della discussione, i profili sostanziali e processuali dei fondi comuni, nella speranza di poter consegnare agli operatori del diritto gli strumenti teorici necessari per dominare compiutamente questi nuovi fenomeni.

Una nota tipografica. Per agevolare la lettura della presente opera, sono stati inseriti dei collegamenti ipertestuali tra note e capitoli, tra l'indice e il resto del testo, nonché ai siti internet che offrono la versione aggiornata delle fonti normative citate.

CAPITOLO I

IL DIBATTITO SUI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

SOMMARIO: § 1. Una premessa di metodo: l'ordine della nostra trattazione. § 2. Le fonti che regolano i fondi comuni di investimento. § 3. La tesi della comunione ordinaria. § 4. La tesi della soggettività del fondo. Il Consiglio di Stato e la prassi notarile. § 5. La giurisprudenza di legittimità: il fondo è un patrimonio separato della S.G.R. § 6. I corollari dell'orientamento di legittimità. La trascrizione. La responsabilità sussidiaria della S.G.R. La sostituzione della società e la sua legittimazione processuale. § 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità. § 8. La nostra tesi.

§ 1. Una premessa di metodo: l'ordine della nostra trattazione.

Prima di inoltrarci nello studio dei fondi comuni d'investimento, è necessario chiarire al Lettore il nostro programma di lavoro.

In questo capitolo, daremo conto delle fonti normative che governano i fondi comuni e, in seguito, delle diverse ricostruzioni di questi istituti, sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Per una più compiuta comprensione di tali inquadramenti, ne esporremo alcune conseguenze applicative, la cui critica sarà svolta nel seguito dell'opera, man mano che svilupperemo i necessari strumenti di analisi.

Al termine del primo capitolo, presenteremo la nostra tesi, alla cui verifica saranno dedicati i capitoli successivi.

Nel Capitolo II, dimostreremo l'astratta configurabilità dei diritti privi di titolare; nel terzo Capitolo, risolveremo la contraddizione tra l'acefalia di questi diritti e l'imprescindibilità di un soggetto che li faccia valere in giudizio; in seguito, nel Capitolo IV, esamineremo gli indizi, offerti dalle fonti normative, necessari alla ricostruzione della natura dei fondi comuni.

All'esito di questo percorso, saremo in grado di offrire una ricostruzione sistematica dei profili sostanziali (Capitolo V) e processuali (Capitolo VI) dei fondi comuni d'investimento.

§ 2. Le fonti che regolano i fondi comuni di investimento.

Il Testo Unico della Finanza³, all'art. 1, comma 1, lett. k), definisce l'O.I.C.R., ovvero l'Organismo di Investimento Collettivo del Risparmio, nei seguenti termini: *«l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi da consumatori, a valere sul patrimonio dell'O.I.C.R., partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata».*

Ai sensi della lett. j) del medesimo articolo, il fondo comune di investimento è *«l'O.I.C.R. costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore»* e, per la precisione, da una società di gestione del risparmio (S.G.R.).

La S.G.R. è una società per azioni con sede legale e direzione generale in Italia, autorizzata a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio (lett. n, o). La società può, inoltre, svolgere le seguenti attività: gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi; amministrazione di quote di O.I.C.R. di propria istituzione; istituzione e gestione di fondi pensione; consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari; attività connesse e strumentali indicate dal Testo Unico.

La disciplina di dettaglio dei fondi comuni d'investimento è contenuta nell'art. 36 T.U.F., a norma del quale il fondo è gestito dalla S.G.R. che lo ha istituito o da quella subentrata nella gestione, in conformità alla Legge e al regolamento del fondo medesimo. La S.G.R. di promozione istituisce il fondo, lo organizza e cura i rapporti con i partecipanti; la S.G.R. di gestione effettua le scelte di investimento e disinvestimento. Le due funzioni, di promozione e di gestione, possono coesistere in capo a un'unica società⁴.

Il regolamento del fondo, ai sensi dell'art. 37 T.U.F., determina le caratteristiche del fondo stesso, il suo funzionamento, il gestore e il depositario, definendo i compiti di tali soggetti e i rapporti con gli investitori partecipanti⁵. Esso è predisposto dalla S.G.R. promotrice e approvato dalla CONSOB, secondo dei criteri generali di redazione determinati dalla Banca d'Italia, sentita la medesima Commissione Nazionale per le Società e la Borsa.

La partecipazione dell'investitore al fondo si perfeziona con l'adesione al regolamento⁶ ed è costituita da una quota, rappresentata da un certificato, nominativo, al portatore o cumulativo⁷, che resta custodito presso la banca depositaria. La vendita delle quote da parte

³ Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, consultabile al seguente indirizzo internet: http://www.consob.it/main/documenti/Regolamentazione/normativa_in/dlgs58_1998.htm.

⁴ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, pp. 145-146.

⁵ Più specificamente, si prevede che il regolamento definisca: le caratteristiche e i criteri di funzionamento del fondo; la denominazione, la durata, le modalità di partecipazione; i termini e le modalità di emissione ed estinzione dei certificati, di sottoscrizione, di rimborso e di liquidazione; gli organi competenti per la scelta degli investimenti; il tipo di beni e strumenti finanziari oggetto di investimento; le spese e le modalità di pubblicizzazione del valore.

⁶ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 149.

⁷ Il certificato cumulativo rappresenta le quote di una pluralità di sottoscrittori.

della S.G.R. è subordinata alla pubblicazione di un prospetto informativo e l'investimento può avvenire con versamento in unica soluzione o mediante PAC (piano di accumulo).

Particolarmente rilevante è il terzo comma dell'art. 36, secondo cui la S.G.R. gestisce il fondo in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti, verso i quali assume gli obblighi e le responsabilità del mandatario.

A norma dell'art. 36, comma 4, inoltre, «*ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la S.G.R. risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi. La società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti*».

La sussunzione nel *genus* degli O.I.C.R. fa dei fondi comuni un fenomeno di gestione collettiva del risparmio, che si distingue dalla gestione di portafogli per il fatto di svolgersi «*in monte*», ossia non limitatamente all'investimento di un singolo partecipante.

Ulteriore differenza rispetto alla gestione di portafogli è quella per cui il fondo comune può avere a oggetto, ai sensi dell'art. 4 del D.M. 24 maggio 1999, n. 228⁸: strumenti finanziari (quotati o non); depositi bancari di denaro; beni mobili; beni immobili; diritti reali immobiliari; partecipazioni in società immobiliari; parti di altri fondi immobiliari, anche esteri; crediti e titoli rappresentativi di crediti; altri beni per i quali esiste un mercato e che abbiano un valore determinabile con certezza con una periodicità almeno semestrale.

Dal punto di vista economico, il fondo comune consente al piccolo investitore di diversificare il rischio in misura maggiore di quanto questi potrebbe ottenere ricorrendo alla gestione di portafogli⁹.

Ulteriore soggetto coinvolto nel fenomeno dei fondi comuni, è la banca depositaria, la quale tutela gli investitori garantendo l'autonomia patrimoniale del fondo e impedendo qualsiasi abuso da parte della società incaricata della gestione. La banca, in forza di una convenzione stipulata con la S.G.R., custodisce gli strumenti finanziari e le disponibilità liquide del fondo, in modo da sottrarne la materiale detenzione alla S.G.R.

Il citato D.M. 24 maggio 1999, n. 228 distingue i fondi comuni secondo l'oggetto, le categorie di investitori, le modalità di partecipazione, l'eventuale durata minima e massima dei fondi in relazione al tipo di investimento, i beni conferiti e le modalità con le quali

⁸ Il citato decreto ministeriale è stato modificato dal D.M. 31 gennaio 2003, n. 47 e dal D.M. 5 ottobre 2010, n. 197. Va ricordato, poi, il Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 5 marzo 2015, n. 30, attuativo dell'art. 39 T.U.F. e consultabile al seguente indirizzo internet: http://www.consob.it/main/documenti/Regolamentazione/normativa_in/mef_30_2015.htm.

⁹ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 143.

devono essere effettuati gli acquisti¹⁰. Le tipologie di fondi così individuate sono le seguenti: aperti (armonizzati e non)¹¹; chiusi¹²; semi-chiusi¹³; mobiliari; immobiliari¹⁴; garantiti¹⁵; riservati¹⁶; speculativi¹⁷; fondi di fondi¹⁸.

Dal punto di vista della gestione economico-finanziaria, i fondi comuni sono disciplinati, oltre che dal Testo Unico della Finanza, anche dal Regolamento Intermediari¹⁹,

¹⁰ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 151.

¹¹ Nei fondi aperti i partecipanti possono sottoscrivere le quote e ottenerne il rimborso in qualsiasi momento. I fondi sono armonizzati quando operano alle condizioni previste dalla direttiva 85/611/CE: investono il loro patrimonio in valori mobiliari o in altre attività finanziarie liquide, ripartiscono i rischi e prevedono il rimborso o il riacquisto delle quote a valore sul patrimonio stesso e godono, all'interno dell'UE, del diritto al mutuo riconoscimento. Quelli non armonizzati, al contrario, per essere offerti in uno Stato membro diverso da quello di origine, devono ottenere la previa autorizzazione dell'Autorità competente.

Il patrimonio dei fondi comuni aperti è dunque di entità variabile a seconda delle sottoscrizioni e dei rimborsi intervenuti in un determinato istante. Conseguentemente, il valore di ogni quota, ottenuto suddividendo il NAV (*Net Asset Value*) per il numero di quote, viene calcolato di giorno in giorno dalla banca depositaria.

Sussistono infine alcuni divieti, quali l'acquisto di metalli preziosi e la concessione di prestiti, nonché dei limiti quantitativi, sia in riferimento al patrimonio netto del fondo (es. 5 % massimo di investimento in altri O.I.C.R. mobiliari), sia con riguardo al singolo emittente (es. 5% massimo di titoli azionari con diritto di voto).

¹² Nei fondi chiusi il diritto al rimborso della quota viene riconosciuto solamente a determinate scadenze. Il fondo chiuso è necessario quando i beni inclusi in esso sono di difficile smobilizzo, come accade tipicamente per gli immobili. In questi casi, infatti, ove fosse adottata la forma del fondo aperto, le richieste di rimborso potrebbero compromettere l'equilibrio finanziario della gestione.

¹³ È possibile chiedere il rimborso delle quote, oltre che alle scadenze predeterminate, anche in corrispondenza di nuove emissioni.

¹⁴ È il fondo che investe in beni immobili, diritti reali immobiliari e partecipazioni in società di natura immobiliare. Secondo la normativa italiana e a differenza di quella europea, esso può essere istituito soltanto in forma chiusa. La società di gestione deve acquisire una quota pari al 2% del patrimonio del fondo stesso.

Secondo Cass., sez. trib., 19 giugno 2013, n. 15319, in *Diritto e Giustizia online* 2013, 24 giugno, con nota di TERLIZZI, *Apporto irregolare del bene nel fondo immobiliare: non è necessario il contraddittorio preventivo*, «la costituzione del fondo immobiliare può avvenire o mediante acquisto di beni immobili, diritti immobiliari e partecipazioni in società immobiliari successivamente alla sottoscrizione o mediante "apporto" - ossia conferimento di immobili e diritti immobiliari - da parte di enti pubblici (fondi ad apporto pubblico) o di società private (fondi ad apporto privato), che ne divengono partecipanti». Di conseguenza, «come la nozione di conferimento si ricollega al ruolo di socio, così [...] quella di apporto si relaziona al ruolo di partecipante al fondo e alla titolarità delle relative quote. Le due indicate modalità di costituzione (mediante acquisto o mediante apporto) possono anche concorrere».

¹⁵ Essi garantiscono ai partecipanti la restituzione del capitale investito o un rendimento minimo.

¹⁶ La possibilità di sottoscrivere le quote di questi fondi è riservata agli investitori qualificati definiti dall'art. 1, lett. h), del D.M. 24 maggio 1999, n. 228.

¹⁷ Le risorse di tali fondi possono essere investite anche derogando ai divieti e alle norme di contenimento e frazionamento del rischio stabiliti dalla Banca d'Italia. Non possono partecipare più di 200 investitori; il valore minimo della sottoscrizione è di 500.000 €; questo fondo non può essere oggetto di sollecitazione all'investimento.

¹⁸ Questi fondi investono in quote di altri fondi comuni e S.I.C.A.V. dotati di una politica di investimento compatibile con il proprio regolamento, cosicché è ad esempio vietato l'acquisto di quote di fondi chiusi da parte di fondi aperti. Gli O.I.C.R. oggetto di investimento devono essere O.I.C.V.M. (fondi armonizzati) oppure O.I.C.R. aperti di diritto italiano il cui patrimonio non risulti a sua volta investito, in misura superiore al 10%, in quote di altri O.I.C.R. (cd. «cascata di fondi»).

¹⁹ Regolamento Consob 29 ottobre 2007, n. 16190, consultabile nel seguente sito internet: http://www.consob.it/main/documenti/Regolamentazione/normativa/reg16190.htm?symbblink=/main/intermediari/imprese_investimento/reg16190.html.

dal Regolamento congiunto di Banca d'Italia e Consob del 29 ottobre 2007²⁰, nonché dal Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015²¹.

Tracciati per sommi capi i contorni dei fondi comuni, occorre ora approfondirne la struttura giuridica, sulla quale si sono sviluppate diverse teorie.

§ 3. La tesi della comunione ordinaria.

Secondo la teoria della comunione ordinaria, sviluppatasi prima dell'entrata in vigore del Testo Unico della Finanza²², gli investitori, aderendo al fondo, non conferiscono alla S.G.R. la titolarità dei diritti oggetto dell'investimento, ma esclusivamente il potere di disporre.

Solo ricostruendo il fenomeno in questi termini, si farebbe in modo che gli investitori corrano esclusivamente il rischio dell'investimento dei titoli, e non anche quello delle sorti del gestore²³; quest'ultimo, in qualità di rappresentante dei partecipanti²⁴, vanterebbe soltanto dei poteri di disposizione dei diritti inclusi nel fondo.

A tale teoria, abbandonata ormai da molto, è stato rimproverato il ricorso a uno schema dominicale classico inidoneo a rappresentare la situazione economica degli investitori²⁵. Essi si trovano in un rapporto di partecipazione, ricostruibile in termini di «utilità-rischio» e non di diritto assoluto o relativo²⁶.

²⁰ «Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio», il cui testo può essere consultato al seguente indirizzo internet: http://www.consob.it/main/documenti/Regolamentazione/normativa/bi_consob_29_ott_2007.htm.

²¹ Il testo del provvedimento può essere consultato al seguente indirizzo internet: http://www.consob.it/documents/46180/46181/bi_2015_01_19.pdf/106767de-3122-41c0-8727-1d07e2bf300e.

Sugli aspetti gestionali dei fondi comuni di investimento, si vedano: STELLA RICHTER JR., *La governance delle società di gestione del risparmio*, in *Giur. comm.*, fasc.4, 2009, p. 670; CAPUTI, *I Fondi Comuni di investimento Immobiliari*, consultabile in http://www.academia.edu/1466231/I_Fondi_Immobiliari.

²² Si tratta infatti dell'orientamento più risalente: ASCARELLI, *L'Investment trust*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1954, I, pp. 178 e ss.; LIBONATI, *Holding e investment trust*, Giuffrè, 1959, p. 627.

²³ Così ASCARELLI, *Op. loc. ult. cit.*

²⁴ In questo senso ASCARELLI, *Op. loc. ult. cit.*

²⁵ BARBANTI SILVA, *Alcune riflessioni in merito alla natura dei fondi comuni d'investimento*, consultabile nel sito internet <http://www.dirittobancario.it/rivista/gestione-collettiva-del-risparmio/alcune-riflessioni-in-merito-alla-natura-dei-fondi-comuni-investimento>; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, in <http://www.notariato.it/sites/default/files/90-12-i.pdf>.

Propendono per la sussistenza di un diritto di credito degli investitori: GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. Comm.*, pp. 1146 e ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605; PACILEO, *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica, mentre la società di gestione del risparmio ha la titolarità del fondo*, consultabile in <http://www.dircomm.it/2010/n.1/05.html>, in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

²⁶ Così FERRO - LUZZI, *Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Riv. Soc.*, 2012, pp. 751 e ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

La critica alla teoria della comunione è stata svolta anche da Cass., sez. III, 14 luglio 2003, n. 10990, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 7-8, nonché, nella giurisprudenza di merito, dal Tribunale di Milano, 29 marzo 2012. Quest'ultimo provvedimento è consultabile al seguente indirizzo internet: http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/tribunale_di_milano_29_marzo_2012.pdf.

Difatti, gli artt. 1, comma 1, lett. k) e 36, comma 3 T.U.F. stabiliscono che la S.G.R. agisce nell'interesse dei partecipanti, ma in piena autonomia da costoro.

I partecipanti, di conseguenza, non possono ingerirsi nella gestione del fondo, ciò che preclude la sussunzione della loro posizione nella fattispecie disciplinata dagli artt. 1100 ss. c.c.

§ 4. La tesi della soggettività del fondo. Il Consiglio di Stato e la prassi notarile.

La tesi della soggettività è stata autorevolmente affermata dal Consiglio di Stato²⁷, secondo il quale la titolarità dei beni, inclusi nei fondi, spetta a questi ultimi quali centri autonomi di interessi.

Si è così affermato che il fondo integrerebbe un centro d'imputazione giuridica²⁸ o un centro d'imputazione soggettiva²⁹.

La prassi notarile ha costantemente seguito l'insegnamento del Consiglio di Stato, traendone il corollario per cui la trascrizione delle alienazioni andrebbe effettuata a favore del fondo comune, così da rendere opponibile ai terzi l'effetto traslativo e garantire la separazione patrimoniale sancita dall'art. 36, comma 4 T.U.F.³⁰. Proprio la necessità di assicurare tale separazione, funzionale alla garanzia dei partecipanti, aveva spinto il Consiglio di Stato a ritenere che la trascrizione dovesse avvenire a favore dei fondi, il che, a sua volta, ne implicava la soggettività³¹.

La S.G.R. è invece indicata nel quadro D, cosicché la sua sostituzione, deliberata ex art. 37, comma 3 T.U.F.³², è oggetto di un'annotazione³³.

²⁷ Consiglio di Stato, sez. III, parere 11 maggio 1999, n. 608, in *Cons St.*, 1999, 2216 e in *Foro Amm.* 2000, 2225.

²⁸ COSTI, *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1968, pp. 269 ss.

²⁹ ALCARO, *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, pp. 105 ss.

Il Tribunale di Rovigo, sezione distaccata di Adria, 21 ottobre 2010, in <http://www.altalex.com/documents/massimario/2010/12/07/fondo-di-investimento-societa-di-gestione-azioni-giudiziarie-foro-competente>, ha sostenuto che il fondo comune sarebbe un «soggetto autonomo».

³⁰ Sostengono la correttezza di questa prassi: BARBANTI SILVA, *op. cit.*; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*; GHIGI, *op. cit.*; PACILEO, *op. cit.*; COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva di beni immobili nel sistema dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. Notariato* 2014, 1, pp. 11 ss.

³¹ In questo senso: PACILEO, *op. cit.*; DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio della soggettività dei fondi di investimento immobiliare: evoluzione giurisprudenziale e riflessi operativi*, consultabile in <http://www.sfogliami.it/sfogliabili/109000/Feder%20luglio-ago.pdf>, p. 17.

³² «Il regolamento dei fondi chiusi diversi dai FLA riservati prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore. L'assemblea è convocata dal consiglio di amministrazione della società di gestione anche su richiesta dei partecipanti che rappresentano almeno il 5 per cento del valore delle quote in circolazione e le deliberazioni sono approvate con il voto favorevole della maggioranza assoluta delle quote degli intervenuti all'assemblea. Il quorum deliberativo non può in ogni caso essere inferiore al 10 per cento del valore di tutte le quote in circolazione».

³³ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*; COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva, cit.*

Ai sensi dell'art. 17 l. 52/1985, nel quadro D della nota di trascrizione, a forma libera, possono essere menzionati i contenuti dell'atto che il redattore ritenga opportuni per meglio descrivere il rapporto giuridico oggetto di pubblicità.

La scissione e la fusione di fondi, invece, sono pubblicizzate mediante una voltura, secondo le modalità stabilite per il mutamento di denominazione e per le operazioni straordinarie delle società³⁴.

Questo sistema consente di rilevare rapidamente l'esistenza del fondo e i diritti che vi sono inclusi, evitando, inoltre, di dover procedere a una voltura ove la società di gestione sia coinvolta in una fusione o in una scissione³⁵.

§ 5. La giurisprudenza di legittimità: il fondo è un patrimonio separato della S.G.R.

Il panorama interpretativo e applicativo sinora descritto è stato scosso nel 2010, quando la Corte di Cassazione è stata chiamata a decidere se il giudice delegato al fallimento avesse operato correttamente nell'emettere un provvedimento con cui, all'esito di una vendita all'incanto, un immobile era stato trasferito a una S.G.R., invece che al fondo comune dalla stessa gestito.

Secondo la Suprema Corte, il fondo comune d'investimento non è un soggetto, bensì un patrimonio separato di cui la società di gestione è titolare³⁶.

L'argomentazione, elaborata dai provvedimenti che via via hanno arricchito questa corrente³⁷, è così riassumibile.

³⁴ Così CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

³⁵ COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva, cit.*

³⁶ Il precedente fondamentale in materia è Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, con note di: MILIZIA, *L'immobile acquistato da una finanziaria e confluito in un fondo di investimento istituito dalla stessa deve essere intestato alla società che lo gestisce poiché rientra nel suo patrimonio separato*, in *Dir. giust.*, 2010, pp. 429 ss.; FANTETTI, *Separazione e titolarità del patrimonio nei fondi comuni di investimento*, in *Resp. civ.*, 2011, 2, pp. 124 ss.; LAMORGESE, *I fondi comuni d'investimento non hanno soggettività giuridica autonoma*, in *Contratti*, 2011, 1, pp. 27 ss.; BRUTTI, *Fondo comune di investimento: oggetto o soggetto di diritto*, in *Società*, 2011, 1, pp. 46 ss.; PACILEO, *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica, cit.*; SCANO, *Fondi immobiliari e imputazioni degli effetti dell'attività di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 1133 ss.; GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento, cit.*, pp. 1146 ss.; COLAIORI, *Pubblicità del vincolo e articolazione patrimoniale: questioni a margine di una recente sentenza in tema di fondi comuni di investimento*, in *Foro pad.*, 2012, 2, pp. 178 ss.; CALICETI, *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, pp. 219 ss.; FERRO - LUZZI, *Un problema di metodo, cit.*, pp. 751 ss.; BARALIS, *Fondi immobiliari e S.G.R.: problemi di pubblicità immobiliare*, in *Riv. not.*, 2012, I, pp. 1249 ss.

³⁷ La Suprema Corte ha poi confermato tale orientamento: Cass., 17 ottobre 2012, n. 17793, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 10, 1220; Cass. 17 ottobre 2012, n. 17812, in <http://juriswiki.it/provvedimenti/ordinanza-corte-di-cassazione-sez-civile-vi-17812-2012-it>; Cass. 20 maggio 2013, n. 12187, in *Diritto & Giustizia* 23 maggio 2013, con nota di TERLIZZI, *I fondi comuni d'investimento non hanno autonomia soggettività giuridica*; Cass. 19 giugno 2013, n. 15319, *cit.*

Per le pronunce di merito che hanno aderito a tale impostazione: Tribunale di Varese, 21 novembre 2011, consultabile in http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/civ.php?id_cont=9568.php; Tribunale di Milano, 29 marzo 2012, *cit.*; Tribunale di Milano, 2 luglio 2013 (inedita); Tribunale di Milano, 3 ottobre 2013, n. 12211, consultabile in http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/20131003_RG79890-20115.pdf; Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, pp. 89 ss., con nota di IACUMIN, *L'azione sociale di responsabilità esperita dalla S.G.R. a tutela del fondo gestito*, in *Giurisprudenza Italiana*.

Il Tribunale di Rovigo, sezione distaccata di Adria, 21 ottobre 2010, *cit.* ha invece affermato che il fondo è un soggetto giuridico.

Vige, nell'ordinamento, il principio per cui ogni situazione giuridica deve appartenere a un titolare³⁸, il quale deve essere un soggetto giuridico³⁹.

La soggettività giuridica può essere ascritta solamente alle entità dotate di una minima struttura organizzativa che permetta loro di formare e manifestare una volontà. L'assemblea dei partecipanti, prevista dall'art. 37, comma 3 T.U.F., potendo deliberare la sola sostituzione della S.G.R., non integra questo requisito⁴⁰: il fondo non è un soggetto giuridico e, conseguentemente, non è titolare del patrimonio⁴¹.

Gli unici altri soggetti ipotizzabili quali titolari sono la S.G.R. e gli investitori partecipanti; il patrimonio deve essere quindi imputato all'una o agli altri. Poiché, ai sensi degli artt. 1, comma 1, lett. j) e k), 36 e 37 T.U.F., alla società competono i soli poteri di disposizione, allora la proprietà è frammentata e, non corrispondendo allo schema dell'art. 832 c.c., non esiste; non vi è dunque alcun soggetto che possa dirsi titolare del diritto di proprietà.

I diritti di godimento e di appropriazione dei frutti, che residuano dai poteri di disposizione e gestione conferiti alla S.G.R., devono essere attribuiti agli investitori, unici soggetti alternativi alla società stessa; a quest'ultima spetta dunque una titolarità formale, mentre agli investitori una sostanziale⁴², «[...] dove la prima può definirsi in termini di diritto di disporre e non di godere di quei beni (con l'ulteriore vincolo di disporre a vantaggio dei partecipanti al fondo [...]); e la seconda può definirsi in termini di diritto di godere dei beni del fondo e dei loro frutti»⁴³.

Per una più profonda comprensione dell'importanza di questa novità giurisprudenziale, è opportuno esporne alcuni corollari applicativi.

³⁸ Secondo Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*, «l'ordinamento mal sopporta un patrimonio privo di titolare». Il Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*, ha parlato di «assoluta distonia rispetto al sistema di [...] un patrimonio privo di titolare».

³⁹ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, ritiene che gli aspetti fondamentali del ragionamento condotto dalla Suprema Corte siano due: il sistema sarebbe basato sulla centralità del diritto soggettivo e sulla corrispondenza biunivoca tra il riconoscimento del diritto e il soggetto al quale esso viene imputato; b) l'ordinamento poggerrebbe inoltre su di una nozione astratta di soggettività.

⁴⁰ In senso difforme si esprimono DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, per i quali «il fondo comune di investimento, sia per previsione normativa che per prassi dei regolamenti di gestione, è generalmente dotato di due organi, seppure privi di rilevanza verso l'esterno, nei quali si forma la volontà dei relativi investitori (nei limiti a essi concessi dal principio di autonomia della società di gestione), ossia l'assemblea e il comitato consultivo».

⁴¹ Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*, ha contrapposto il fondo comune ai «fondi speciali per la previdenza e l'assistenza costituiti a norma dell'art. 2117 c.c., ai quali la giurisprudenza riconosce la qualifica di centri d'imputazione di rapporti giuridici anche quando non abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità».

⁴² CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, nota 30, sottolinea la a-tecnicità di tali termini. A tale improprietà linguistica fa da contraltare quella del Testo Unico della Finanza, che discorre indistintamente di «patrimonio autonomo», «separato» e «destinato», come messo in luce da Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.* e, nella dottrina, da: SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 837 ss.; COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, *cit.*, pp. 11 ss.

⁴³ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

§ 6. I corollari dell'orientamento di legittimità. La trascrizione. La responsabilità sussidiaria della S.G.R. La sostituzione della società e la sua legittimazione processuale.

Poiché la S.G.R. è la titolare formale delle situazioni giuridiche incluse nel fondo e i partecipanti vantano una titolarità meramente sostanziale, il fenomeno dei fondi comuni sarebbe analogo alla proprietà fiduciaria⁴⁴. Perciò, la pubblicità immobiliare dovrebbe essere effettuata a favore della società di gestione⁴⁵.

Il sistema pubblicitario, adottato dalla prassi notarile e sostenuto dal Consiglio di Stato, dovrebbe essere sovvertito. La trascrizione si eseguirebbe a favore della S.G.R., mentre l'annotazione nel quadro D andrebbe svolta a favore del fondo comune di investimento, al fine di rendere il vincolo di destinazione opponibile ai terzi e di costituire così la separazione patrimoniale⁴⁶.

Conseguentemente, la trascrizione di un apporto a favore del fondo sarebbe nulla, *ex art. 2665 c.c.*, stante l'inesistenza di tale soggetto⁴⁷.

Inoltre, sulla S.G.R. incomberebbe la responsabilità sussidiaria per i debiti inclusi nel fondo. La Corte, infatti, ha sostenuto che la soggettività del fondo darebbe luogo a una complicazione non necessaria e addirittura *«foriera di distorsioni, nella misura in cui potrebbe indurre a dubitare della possibilità che i creditori per obbligazioni contratte nell'interesse del fondo siano ammessi a rivalersi nei confronti della società di gestione, qualora i beni del fondo non risultassero sufficienti a soddisfare le loro ragioni»*⁴⁸.

Un ulteriore corollario dell'orientamento di legittimità è stato elaborato dal Tribunale di Varese⁴⁹, secondo il quale la sostituzione del gestore (art. 37, comma 3 T.U.F.) realizza un trasferimento della titolarità dei diritti inclusi nel fondo, richiedendo, nel caso di beni immobili, l'adozione della forma scritta (art. 1350 c.c.) e imponendo, al fine di rendere opponibile il trasferimento medesimo ai creditori, la trascrizione nei registri immobiliari (art. 2914 c.c.).

Quanto all'ambito processualistico, secondo la Corte di Cassazione, *«i fondi comuni d'investimento [...] sono privi di un'autonoma soggettività giuridica, ma costituiscono patrimoni separati della società di gestione del risparmio, la quale è legittimata ad agire in giudizio per far accertare i diritti di pertinenza del patrimonio separato in cui il fondo si sostanzia»*⁵⁰. Da ciò discenderebbe, secondo il

⁴⁴ DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, p. 19.

⁴⁵ Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*

⁴⁶ DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, p. 19.

⁴⁷ In questo senso si è espresso il Tribunale di Lodi (R.G.E. n. 244/2013), con un provvedimento inedito, citato da DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, p. 26.

⁴⁸ Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*

⁴⁹ Tribunale di Varese, 21 novembre 2011, *cit.*

⁵⁰ Cass., 20 maggio 2013, n. 12187, *cit.* Il principio era stato già espresso da Cass., 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*

Tribunale di Milano, la «*legittimazione, anche processuale, della S.G.R. ad esercitare i diritti e adempiere agli obblighi ricollegati ai beni presenti nel fondo*»⁵¹.

Pertanto, ad avviso del Tribunale ambrosiano, se il diritto dedotto compete alla società, e non agli investitori, allora la legittimazione processuale che spetta alla S.G.R. è propria, ossia non rappresentativa né del fondo, che non è un soggetto giuridico, né dei partecipanti: questi ultimi, infatti, «*non hanno azione nei confronti degli amministratori per i danni che il fondo abbia subito [...] perché tali danni non ineriscono al loro patrimonio, ma a quello – che è separato – del fondo, di cui non sono titolari ed il danno che si ripercuote sul valore della quota è solo un danno riflesso [...]*»⁵².

La mancata deduzione di un diritto spettante agli investitori fonda così l'asserto per cui, oltre a non dar luogo ad un fenomeno rappresentativo, l'azione esercitata dalla S.G.R. non configura nemmeno una sostituzione processuale: pertanto, «*si deve ammettere che la S.G.R. possa agire in nome proprio per ottenere il risarcimento dei danni [...] provocati al fondo gestito*»⁵³.

§ 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità.

La dottrina ha assunto un atteggiamento fortemente critico nei confronti della ricostruzione dei fondi adottata dalla Corte di Cassazione.

Le reazioni si sono appuntate soprattutto sulle conseguenze in tema di pubblicità immobiliare, riguardo alla quale la Suprema Corte ha stabilito che la trascrizione andrebbe eseguita a favore delle S.G.R., con annotazione a favore del fondo.

La dottrina non ha tardato a evidenziare che l'annotazione, non potendo rendere opponibile ai terzi il trasferimento dei diritti da un fondo all'altro, non può costituire la separazione patrimoniale bilaterale imposta dall'art. 36, comma 4 T.U.F. Questa forma pubblicitaria, infatti, è diretta esclusivamente a integrare la pubblicità dichiarativa, senza alterarne in alcun modo la portata⁵⁴. Di conseguenza, il sistema pubblicitario delineato dalla Cassazione violerebbe il Testo Unico della Finanza⁵⁵.

⁵¹ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

Il Tribunale di Varese, 21 novembre 2011, *cit.*, aveva ricavato dalla ricostruzione offerta dalla Suprema Corte la legittimazione passiva della S.G.R. nell'azione esecutiva con la quale erano stati aggrediti dei diritti inclusi nel fondo.

La legittimazione attiva della S.G.R. in riferimento alle azioni con le quali si facciano valere diritti inclusi nel fondo e la contestuale esclusione della suddetta legittimazione in capo ai partecipanti hanno poi trovato riscontri nella giurisprudenza di merito: Tribunale di Milano, 29 marzo 2012, *cit.*; Tribunale di Milano, 2 luglio 2013, *cit.*; Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

⁵² Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

⁵³ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

⁵⁴ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*; DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, p. 17.

⁵⁵ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

A parere di DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, «*le conseguenze operative che derivano dall'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza del 2010 aprono margini di incertezza per gli operatori; in particolare [...] nel settore dei fondi immobiliari*».

Lo stesso CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, tuttavia, ha avuto cura di precisare che il dibattito in corso non produce incertezza intorno alle parti da indicare nella nota di trascrizione

Difatti, l'annotazione nel quadro D ha esclusivamente la funzione di pubblicità-notizia, mai di pubblicità dichiarativa. Conseguentemente, l'annotazione non può essere utilizzata per rendere opponibile ai terzi la separazione patrimoniale sussistente tra il patrimonio generico della S.G.R. e i fondi gestiti; anzi, l'annotazione rende aggredibile il fondo anche da parte dei creditori dei quotisti, nonostante che il Testo Unico della Finanza sia chiaro nel precludere una tale evenienza⁵⁶.

Si è allora proposto in dottrina, anche al fine di far salve le trascrizioni effettuate prima della sentenza Cass. n. 16605/2010, di fare applicazione analogica della soluzione giurisprudenziale con cui si è ammessa la trascrizione a favore del *trust*, nonostante che quest'ultimo sia privo di soggettività giuridica⁵⁷.

Infine, la configurazione della S.G.R. quale titolare del fondo comporta un'ulteriore conseguenza, a dir poco perniciosa, nel caso in cui un immobile sia trasferito tra diversi fondi appartenenti alla stessa società di gestione. Questa vicenda, infatti, non mutando la titolarità dei diritti, non avrebbe natura traslativa e non potrebbe pertanto essere trascritta nei registri immobiliari, impedendo agli interessati di avere contezza del trasferimento e soprattutto precludendo qualsiasi possibilità di rendere a essi opponibile l'avvenuto passaggio da un patrimonio a un altro⁵⁸.

Le incongruenze applicative cui mette capo la giurisprudenza di legittimità hanno spinto la dottrina a ricercare, a livello sistematico, una sorta di terza via, non riconducibile né all'impostazione della Corte di Cassazione, né a quella del Consiglio di Stato.

L'apporto nel fondo sarebbe costituito da un negozio a efficacia reale alquanto peculiare. Esso non provocherebbe un trasferimento della proprietà in favore del fondo, ma la cessazione dell'applicazione della disciplina della proprietà, «*sostituita da una disciplina nella quale il bene è nel suo valore strumentale allo svolgimento di un'attività di gestione diretta ad un risultato nell'interesse dei partecipanti*»⁵⁹.

L'autonomia del patrimonio, stabilita dall'art. 36, comma 4 T.U.F., sarebbe la conseguenza della «*funzionalità dell'agire*»⁶⁰. Sarebbe l'attività, e non l'apporto, a predisporre i beni nell'interesse dei partecipanti⁶¹. La pubblicità, pertanto, dovrebbe essere "agganciata",

ex art. 2659 c.c., cosicché le trascrizioni effettuate in ossequio alla prassi e dunque in contrarietà all'orientamento della Corte di Cassazione sono salve, poiché, ex art. 2665 c.c., «l'omissione e l'inesattezza di alcuna delle indicazioni richieste nelle note menzionate negli artt. 2659 e 2660 non nuoce alla validità della trascrizione, eccetto che induca incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico, a cui si riferisce l'atto o, rispettivamente, la sentenza o la domanda».

⁵⁶ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*; BARALIS, *Fondi immobiliari e S.G.R.*, *cit.*; DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, pp. 19 e 26.

⁵⁷ DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, pp. 27 ss., i quali citano il decreto del Tribunale di Torino, sez. III, 10 febbraio 2011, n. 7559, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 627 ss., nonché il decreto del Tribunale di Torino, sez. III, 10 marzo 2014, consultabile nel sito <http://www.altalex.com>.

⁵⁸ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, p. 10, nota 2.

⁵⁹ FERRO - LUZZI, *Un problema di metodo*, *cit.*, p. 755.

⁶⁰ SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio*, *cit.*, p. 847.

⁶¹ COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, *cit.*

non a un inesistente titolare del fondo, ma alla funzione della gestione, che rende autonomo il fondo stesso⁶².

Invece di ricercare un soggetto di diritto, la cui definizione manca nell'ordinamento, occorrerebbe affidarsi alle sole disposizioni del Testo Unico e costruire ogni soluzione applicativa a partire da queste. Sulla base dei dati positivi, bisognerebbe allora riconoscere che, all'interno dei fondi comuni, non sussiste un diritto di proprietà e che la situazione giuridica che ne prende il posto non potrebbe essere imputata alla S.G.R. Difatti, i tre elementi che caratterizzano il diritto di proprietà, ossia godimento, disposizione e responsabilità, sarebbero ripartiti tra entità diverse – rispettivamente partecipanti, S.G.R. e fondo – di modo che il fenomeno non potrebbe essere sussunto nella definizione data dall'art. 832 c.c.⁶³.

Nel contempo, il criterio adottato dalla Cassazione per predicare la soggettività del fondo, ossia quello della minima struttura organizzativa, sarebbe privo di fondamento normativo, mancando nel nostro ordinamento una previsione dei criteri in base ai quali individuare i soggetti. Conseguentemente, anche a questo riguardo, occorrerebbe far riferimento alla sola disciplina del T.U.F., per identificare il centro di imputazione delle situazioni giuridiche e ciò «*non al fine di interrogarsi sui fondamenti ontologici dei fondi e sulla natura della loro struttura ma, ben più limitatamente, per chiarire se e in quale misura possa parlarsi di un soggetto al fine dell'applicazione della disciplina in questione, e cioè quella della pubblicità immobiliare*»⁶⁴.

La «*disposizione di un bene immobile ad investimento in un fondo comune è da pensarsi come destinazione e dunque avvicendamento nella titolarità funzionale: il proprietario che destina l'immobile ad un fondo rinuncia alla titolarità propria dell'utilità a favore di una titolarità funzionale*»⁶⁵ allo scopo⁶⁶.

Non sarebbe quindi ravvisabile alcun diritto reale, né in capo alla S.G.R., né in capo al fondo, poiché solo una volta fuoriuscito dal fondo «*il bene immobile potrà tornare ad avere un proprietario nel senso compiuto del termine*»⁶⁷. Fino a quel momento, il bene è sottoposto a un regime speciale, dettagliatamente regolato dal Testo Unico, che non richiede quindi alcuna integrazione mediante categorie concettuali predeterminate⁶⁸.

Premesso che l'unico modo per garantire la separazione patrimoniale bilaterale che caratterizza il fondo è effettuare la trascrizione a favore del (e contro il) fondo stesso, allora chiedersi quale sia il titolare dei diritti è inutile, dato che già si conoscono le modalità pubblicitarie necessarie per il rispetto degli artt. 36 e 37 T.U.F., cosicché ogni ulteriore

⁶² COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

⁶³ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

⁶⁴ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

⁶⁵ SPADA, *Diritto commerciale*, II, p. 2.

⁶⁶ COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., da cui è tratta la nota all'interno della citazione.

⁶⁷ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

⁶⁸ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

concettualizzazione si rivela non solo superflua, ma persino foriera della violazione di quelle stesse disposizioni⁶⁹.

Essendo precluso un inquadramento del fenomeno in termini dominicali, la forzatura del sistema della trascrizione, che su quei termini è fondato, dovrebbe avvenire con le modalità adottate dalla prassi, ossia mediante trascrizione a favore del fondo e annotazione a favore della S.G.R., giacché non interessa accertare se il fondo sia un soggetto in sé e in termini assoluti, ma soltanto ai fini della pubblicità immobiliare⁷⁰.

Il citato art. 36 T.U.F., attribuendo alla società gli obblighi del mandatario, dimostrerebbe che i poteri di disposizione e gestione ad essa attribuiti non sono la conseguenza del trasferimento della proprietà ipotizzato dalla Suprema Corte, ma l'effetto del contratto di mandato che la lega agli investitori⁷¹ e che le impone l'ufficio di gestore⁷².

Quanto alla sostituzione *ex art. 37*, comma 3 T.U.F., la S.G.R. promotrice perderebbe ogni rapporto con il fondo: non sussistendo alcun diritto di proprietà sui beni in fondo, e non essendone *a fortiori* titolare la S.G.R., ed essendo i poteri di gestione/disposizione acquisiti dalla subentrante, la promotrice vedrebbe cessare gli unici poteri di cui era titolare⁷³.

Conseguentemente, la sostituzione della S.G.R., deliberata dall'assemblea dei partecipanti, non darebbe luogo ad alcuna vicenda traslativa⁷⁴, cosicché non sarebbe necessario procedere a una trascrizione, ma esclusivamente all'annotazione nel quadro D della nota di trascrizione del subentro di una nuova società nella gestione del fondo, in modo da rendere noto ai terzi la legittimazione sostanziale perduta dalla sostituita e acquisita dalla sostituita⁷⁵. La sostituzione dovrebbe quindi essere confinata all'ambito obbligatorio⁷⁶.

⁶⁹ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

⁷⁰ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*: «*ai sensi dell'art. 2659 cod. civ. la nota di trascrizione deve recare l'indicazione delle "parti" (a favore e a carico delle quali viene eseguita la formalità): non vi sono difficoltà a far rientrare nel concetto di parte anche il fondo, in quanto centro di imputazione di un'attività, sintesi di un patrimonio specificamente individuato, qualificato espressamente dal legislatore come "autonomo", centro di interesse per i partecipanti al fondo.*»

⁷¹ Tra gli altri, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*; DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, pp. 16 ss.; COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, *cit.*

⁷² Di ufficio di diritto privato ragionano: BARBANTI SILVA, *cit.*; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, pp. 7-8; DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, p. 22.

⁷³ Il CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

⁷⁴ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, p. 9, nota 2: «*[...] il mero mutamento della S.G.R., gestore o promotore, non può essere ritenuto fenomeno idoneo a produrre effetti traslativi (né è ritenuto tale dal legislatore); di conseguenza risulta incongruente affermare che la proprietà dei fondi sarebbe in capo alla S.G.R., ove una modificazione del soggetto apparentemente proprietario non sia fenomeno idoneo a determinare un mutamento di titolarità.*»

⁷⁵ DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, *cit.*, pp. 17-18. In nota 15 gli Autori danno conto di come il Notariato abbia sviluppato la consuetudine di fare sottoscrivere alle S.G.R. coinvolte nella sostituzione degli atti ricognitivi sulla cui base effettuare l'annotazione della sostituzione medesima.

⁷⁶ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, p. 9: «*La disciplina sul punto è dettata dal Regolamento della Banca d'Italia e della Consob ai sensi dell'articolo 6, comma 2 bis, del Testo unico della Finanza del 29 ottobre 2007 (modificato, da ultimo, con Provvedimento 9 maggio 2012): l'art. 33 (Delega alla gestione di O.I.C.R.) prevede che le S.G.R. possano affidare ad altre S.G.R. "con apposito contratto scritto" la gestione di singole operazioni riguardanti i fondi da essi gestiti, o anche delegare la gestione della totalità del patrimonio. Alla questione si potrebbe apparentemente obiettare che "proprietaria" sia in realtà la S.G.R. promotrice, e che dunque la modificazione del gestore non avrebbe conseguenza sul piano della titolarità dei beni, che permarrrebbe sempre in capo al medesimo*

Le anomalie che si irradiano dalla giurisprudenza di legittimità hanno coinvolto anche la posizione della S.G.R., di cui la Cassazione ha affermato la responsabilità sussidiaria per i debiti del fondo.

L'assunto, sebbene espresso come mero *obiter dictum*, ha suscitato forti critiche in dottrina⁷⁷. Quale S.G.R., infatti, istituirebbe dei fondi, sapendo di essere tenuta al pagamento dei relativi debiti⁷⁸? La gestione collettiva del risparmio ne risulterebbe compromessa a livello nazionale⁷⁹.

Non è un caso, allora, che l'impostazione della Cassazione sia stata contraddetta anche dal Legislatore. L'art. 32 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, ha integrato l'art. 36, comma 6 T.U.F., prevedendo che «*delle obbligazioni contratte per suo conto, il fondo comune di investimento risponde esclusivamente con il proprio patrimonio*». La formulazione del citato Decreto Legge costituiva un'evidente ipallage⁸⁰, alla quale si è posto rimedio con il D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 44, che ha modificato il predetto art. 36, prescrivendo, con formulazione tuttora vigente, che «*delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la S.G.R. risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo*»⁸¹.

§ 8. La nostra tesi.

Le problematiche sostanziali e processuali che abbiamo ricordato – cui se ne aggiungeranno molte altre nel corso di questo lavoro –, unitamente alla rilevanza dei fondi comuni per l'economia nazionale, evidenziano la necessità di uno studio di questo istituto non limitato, come sinora accaduto, ai profili esaminati da questo o quel provvedimento.

soggetto. Deve tuttavia osservarsi come, secondo il Regolamento 8 maggio 2012, sia possibile indifferentemente provvedere alla sostituzione della società promotrice o del gestore. Dovrebbe allora necessariamente dedursi, partendo dalla premessa che la S.G.R. promotrice sia l'effettivo proprietario degli immobili, che il legislatore abbia previsto un fenomeno idoneo a produrre effetti traslativi di straordinaria rilevanza (il mutamento di titolarità di tutti i beni facenti parte di tutti i fondi gestiti dalla S.G.R. sostituita) lasciando integralmente all'autonomia negoziale il compito di individuarne la disciplina, e rinviando a un generico "atto scritto". Senza contare i risvolti sul piano documentale (la necessità di provvedere a tutti gli adempimenti richiesti dal trasferimento di tutti gli immobili) e su quello fiscale, che deriverebbero dal mero cambiamento della S.G.R. promotrice o gestore».

⁷⁷ DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, cit., p. 19; BARBANTI SILVA, cit.

⁷⁸ SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit., si chiede: «*in assenza di simile protezione chi si arrischierebbe a raccogliere ingenti masse di danaro per investirle e gestirle in monte? Questa semplice considerazione è la risposta migliore all'interrogativo sollevato in passato circa la spiegazione del perché dovrebbe riconoscersi alla società di gestione un tale privilegio*».

⁷⁹ DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio*, cit., p. 31, discorrono di un «*pronunciamento della Corte di Cassazione, il cui orientamento è stato confermato da giurisprudenza successiva, che però rischia di mettere in ginocchio l'intera industry delle S.G.R. immobiliari*».

⁸⁰ ANNUNZIATA e CONSO, *Il fondo comune d'investimento. Patrimonio separato e soggettività, consultabile in <http://www.acfirmgroup.com/il-fondo-comune-dinvestimento-patrimonio-separato-e-soggettivita/>*. In senso altrettanto critico, PACILEO, cit.

⁸¹ GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, II, pp. 432 ss.; PACILEO, cit.

COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., afferma che non si tratta di limitazione di responsabilità, ma di norma sulla responsabilità *tout court*, da ricondursi al primo e non al secondo comma dell'art. 2740 c.c.

Nel contempo, diverse questioni – quali quelle della trascrizione, della rappresentanza processuale, dell'intervento della S.G.R. subentrante – non possono essere risolte senza che si chiarisca previamente la natura del fondo comune e le sue relazioni con la società di gestione e i partecipanti. Dimosteremo, infatti, che l'irrelevanza della natura soggettiva o oggettiva del fondo, affermata in relazione alla trascrizione, non può essere assolutizzata.

L'unico punto fermo, infatti, sembra essere quello della legittimazione sostanziale e processuale della S.G.R. a disporre delle situazioni giuridiche incluse nel fondo. Per il resto, nonostante i pregevoli sforzi profusi dagli interpreti, le soluzioni restano incoerenti e incomplete.

Anche chi ha condivisibilmente criticato la giurisprudenza di legittimità per essere incorsa in un'inversione di metodo e per aver forzato il dato normativo in ossequio ai dogmi e alla stessa idea di sistema non ha sviluppato una teoria onnicomprensiva dei fondi comuni.

Soprattutto, non sono state sufficientemente approfondite le relazioni tra i concetti di 'soggetto di diritto', 'diritto soggettivo' e 'patrimonio'. In altri termini, il problema è ben più esteso e profondo di quanto possa apparire a prima vista, estendendosi all'insieme dei patrimoni separati e ai concetti fondamentali del diritto privato e del processo civile.

La nostra tesi, alla cui dimostrazione sono dedicate le pagine che seguono, è che il fondo comune d'investimento sia un patrimonio privo di titolare, affidato alla legittimazione sostanziale e processuale della sola S.G.R. di gestione, verso la quale i partecipanti vantano dei diritti di credito, aventi a oggetto la massimizzazione del valore del fondo e il rimborso integrale delle proprie quote individuali.

CAPITOLO II

IL DOGMA DI NECESSARIA TITOLARITÀ DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE E IL DISCRIMINE TRA SOGGETTO E OGGETTO

SOMMARIO: § 1. Precisazioni terminologiche introduttive. § 2. Il dogma di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche. § 3. Ricapitolazione del dibattito sull'eredità giacente. § 4. L'eredità giacente è un patrimonio privo di titolare. § 5. Il dogma di necessaria titolarità deve essere sottoposto al rasoio di Ockham. § 6. La prima fase storica della critica alla configurabilità dei patrimoni acefali. § 7. L'autonomia concettuale della soggettività rispetto alla personalità fonda la seconda fase storica della critica ai patrimoni acefali. § 8. Segue: la necessità della distinzione tra soggetto e patrimonio. § 9. Segue: la distinzione tra soggettività e personalità non assorbe il patrimonio acefalo. § 10. Il criterio dell'imputazione legislativa delle situazioni giuridiche. Critica. § 11. Il criterio volontaristico e il suo corollario organizzativo. Critica. § 12. Il criterio per identificare i soggetti sta nell'imputazione giuridica degli atti. § 13. Profilo funzionale e profilo strutturale del distinguo tra il patrimonio entificato e il patrimonio acefalo. Le due accezioni del 'patrimonio'. § 14. La rilevanza della distinzione tra il patrimonio bilateralmente separato e quello acefalo. § 15. Il criterio per distinguere il patrimonio bilateralmente separato da quello acefalo. § 16. Conclusioni su 'patrimonio' e 'soggetto'.

§ 1. Precisazioni terminologiche introduttive.

Prima di addentrarci nel tema che ci siamo proposti, è opportuno offrire al Lettore alcune coordinate di massima che gli consentano di aggirarsi con passo più sicuro tra i concetti che cercheremo di penetrare nel corso di quest'opera.

Rimandando al prosieguo gli approfondimenti che il termine impone, ricordiamo che il 'patrimonio' è tradizionalmente definito come un insieme di situazioni giuridiche, attive e passive, di cui sia titolare un determinato soggetto⁸².

⁸² In questo senso: TRIMARCHI, voce *Patrimonio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, pp. 271 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, pp. 83 ss.

Poiché, ai sensi dell'art. 2740 c.c., «*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*», alla titolarità di un debito fa seguito la costituzione della responsabilità patrimoniale che, *ex latere creditoris*, suole denominarsi 'garanzia patrimoniale generica'⁸³.

Con la locuzione 'responsabilità patrimoniale' si intende indicare, «*piuttosto che la violazione di un dovere generico di mantenere integro il patrimonio, una soggezione del debitore alle iniziative del creditore*»⁸⁴, ossia all'azione esecutiva di costui⁸⁵.

Il debitore ha così interesse a limitare la soggezione dei propri beni all'aggressione dei creditori; ciò può farsi, *ex art. 2740*, comma 2 c.c., nei soli casi determinati dalla Legge. Tale limitazione è conseguibile mediante la separazione che, a sua volta, può derivare dalla destinazione di uno o più beni alla realizzazione di uno scopo⁸⁶. Il patrimonio separato è quindi concetto strutturalmente autonomo rispetto al patrimonio destinato e i due fenomeni solo eventualmente coincidono in concreto. Difatti, è possibile che alla destinazione non si accompagni la segregazione di taluni beni all'interno di un patrimonio distinto da quello generale⁸⁷.

DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, XXII, p. 1: «*il termine patrimonio designa un'entità composita, formata dall'insieme delle situazioni soggettive suscettibili di valutazione economica [...], dalla legge unificate in conseguenza della loro appartenenza a un soggetto o della loro destinazione unitaria*». Il comune riferimento delle diverse situazioni a un medesimo soggetto è sottolineato anche da GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, pp. 651-653.

⁸³ GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 651: «*non è [...] concepibile un debito che non comporti una responsabilità*».

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 85, lega la considerazione unitaria dei beni, presupposta dalla stessa idea di 'patrimonio', alla comune responsabilità patrimoniale che su di essi grava e che discende dall'assunzione di debiti: «*gli istituti della surrogatoria, della revocatoria e del sequestro conservativo, più generalmente la figura della solvenza o meglio della solvibilità del debitore esprimono [...] una rilevanza del patrimonio della persona nel suo complesso*».

⁸⁴ BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, p. 23, attribuisce a tale posizione la natura di diritto potestativo.

⁸⁵ GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 651: «*il rapporto che [...] si instaura tra creditore e patrimonio del debitore non fa [...] nascere a vantaggio del primo [...] una situazione soggettiva di carattere sostanziale, ma piuttosto un potere di natura processuale che si esprime nell'azione esecutiva [...]*».

⁸⁶ DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, cit., p. 2, chiarisce la portata della disposizione: «*è [...] opinione autorevole e diffusa che anche in via convenzionale (sia pure con portata obbligatoria) possano vincolarsi al soddisfacimento dei crediti determinati nuclei patrimoniali, spogli peraltro del carattere dell'universalità*». Sul tema si vedano anche: BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 59 ss.; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 653; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 86.

⁸⁷ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 189.

La separazione patrimoniale unilaterale consiste nella costituzione di un patrimonio speciale⁸⁸, sul quale potranno rivalersi esclusivamente i creditori i cui diritti siano sorti da atti inerenti allo scopo al quale il patrimonio è destinato⁸⁹.

Nella separazione bilaterale, invece, i creditori generici non possono rivalersi sul patrimonio speciale e quelli speciali non possono aggredire il patrimonio generico⁹⁰.

Altra nozione, infine, è quella di ‘patrimonio autonomo’, consistente nel complesso di diritti appartenenti ad enti che, sebbene privi di personalità giuridica, sono dotati di soggettività giuridica, di modo che il loro patrimonio è distinto rispetto a quelli delle singole persone che vi hanno contribuito⁹¹.

⁸⁸ Il patrimonio separato, dunque, non è distinto da quello generale per ragioni inerenti ai diritti che ne sono le componenti: se così fosse, infatti, non avrebbe senso parlare di due patrimoni, dato che la riconduzione di determinate situazioni soggettive all'uno piuttosto che all'altro “insieme” non potrebbe che essere arbitraria, stante la comune appartenenza ad un soggetto. Per usare le parole di DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, cit., p. 2, «*reputata vaga ed imprecisa, oltre che priva di significato pratico, l'identificazione del fenomeno sulla base dello scopo, si scorge, poi, nella responsabilità del titolare il momento idoneo ad imprimere ai diversi elementi una sorte comune: può parlarsi di patrimonio separato, solo in quanto un gruppo di beni sfugga alla regola generale dell'art. 2740 c.c., operativa peraltro in riguardo agli altri beni del soggetto. Si, quindi, da coglierne l'essenza nella funzione di garanzia per i creditori, la pretesa dei quali strettamente s'annodi alla destinazione impressa ai beni, di modo che, persistendo tale destinazione, i beni siano sottratti all'aggressione degli altri creditori*». Ciò che distingue i patrimoni, allora, è un elemento estrinseco: non le caratteristiche dei diritti inclusi nei diversi “insiemi” o lo scopo cui essi sono destinati, ma la sottoponibilità di certi beni alla sola azione esecutiva di determinati creditori, che si distinguono da quelli “ordinari” per aver acquistato il proprio credito in forza di atti posti in essere per il raggiungimento dello scopo cui è strumentale il patrimonio speciale. A tale funzione di garanzia, poi, si accompagnerebbe anche quella di conservazione, che impone di non sottrarre i beni allo scopo cui sono destinati.

⁸⁹ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 86, il quale ricorda le ipotesi dell'eredità accettata con beneficio d'inventario e di quella giacente; QUADRI, *La circolazione dei beni del patrimonio destinato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, II, 10; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 654.

Destinazione e separazione non vanno confuse, benché lo stesso GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 654, per amore di brevità, parli di «*separazione o destinazione*». Nel caso del patrimonio di cui all'art. 2645 *ter* c.c., difatti, la destinazione dei beni al perseguimento di uno scopo è effetto immediato del negozio, ma la separazione si verifica solo in seguito, mediante la trascrizione nei registri immobiliari.

CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino, 2012, p. 69, sostiene che gli aggettivi ‘segregato’, ‘autonomo’, ‘dedicato’ e ‘destinato’ sono «*pressoché equivalenti*».

⁹⁰ GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 654, il quale esemplifica la separazione unilaterale ricordando il fondo patrimoniale e l'atto di destinazione previsto dall'art. 2645 *ter* c.c., mentre riconduce alla separazione bilaterale il patrimonio destinato a uno specifico affare delle società per azioni.

⁹¹ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., pp. 85-86, offre gli esempi dei patrimoni delle associazioni non riconosciute e dei comitati, mentre DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, cit., a pagina 2, vi aggiunge i patrimoni delle società personali e a pagina 5 delinea la seguente nozione: «*il fondo costituito con i contributi d'una pluralità di soggetti e connotato dall'indivisibilità e dalla funzione di garanzia per i debiti coordinati allo scopo con esso perseguito. Si indica, cioè, il distacco d'una massa patrimoniale da più patrimoni di provenienza, una species del patrimonio separato (anzi, secondo taluno, una somma di più patrimoni separati)*».

Questo Autore, a pagina 5, sottolinea che la separazione, che si compendia negli aspetti della conservazione del patrimonio e della garanzia dei creditori funzionali, riguarda, non i beni, ma i diritti sui beni: la pignorabilità e la disponibilità, aspetti fondamentali della destinazione, ineriscono infatti ai soli diritti soggettivi, non alle cose.

§ 2. Il dogma di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche.

L'orientamento di legittimità⁹² circa la natura dei fondi comuni di investimento poggia sull'assunto per cui «*l'ordinamento mal sopporta un patrimonio privo di titolare*»⁹³.

L'idea non è nuova.

I tre principi che governerebbero il patrimonio, proclamati da Zachariae⁹⁴ e formalizzati da Rau e Aubry⁹⁵, sono i seguenti: 1) ogni soggetto è titolare di un patrimonio; 2) ogni soggetto è titolare di non più di un patrimonio; 3) ogni patrimonio è imputato a un soggetto, detto titolare.

La tradizione addebita frequentemente a Rau e Aubry la colpa di aver assolutizzato quei principi che, per Zachariae, erano solamente generali. I due Autori francesi avrebbero considerato quei principi come delle necessità logiche, esistenti di per sé e quindi indipendenti dalle caratteristiche del singolo e concreto ordinamento, sul quale si imporrebbero sempre e comunque⁹⁶. Questa tradizione è stata recentemente messa in dubbio da un'interessante analisi filologica del trattato di Rau e Aubry, dalla quale risulterebbe che la dottrina maggioritaria continuerebbe a intenderne malamente il significato a causa di un'errata interpretazione iniziale, poi divenuta tralatizia⁹⁷.

Il primo principio esprime la definizione stessa del soggetto («*entità idonea a essere titolare di situazioni giuridiche*»⁹⁸). La traduzione di tale definizione in questo primo principio, il quale fa perno sull'attuale titolarità dei diritti, è, tuttavia, imprecisa, giacché la nozione di 'soggetto' si incentra, invece, sulla potenziale titolarità dei diritti. L'attuale esistenza di questi ultimi, infatti, è presupposta dalla definizione del 'patrimonio'⁹⁹.

Il secondo principio sembra contraddetto apertamente dal fenomeno della separazione patrimoniale, sempre più frequente nella legislazione.

Ciò che, in questa sede, ci interessa sottoporre a vaglio critico è il terzo principio, che designiamo con l'espressione «*dogma di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche*». Come

⁹² Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*

⁹³ Sull'apriorismo di tale assunto si veda CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva, cit.*, ha rimarcato che «*il problema è che l'ordinamento, costruito intorno alla nozione di soggetto titolare di un unico e unitario patrimonio, stenta a funzionare quando, come in questo caso, operano regimi di segregazione patrimoniale senza moltiplicazione di soggettività ed in cui si constata un passaggio di titolarità da un soggetto ad uno scopo*».

⁹⁴ *Le droit civil français*, trad. G. Massé, Ch. Vergé, II, Durand, 1855, p. 38.

⁹⁵ *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, V, Cosse, 1857, p. 347.

⁹⁶ CHÉNEDÉ, *La mutation du patrimoine*, in *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n° 139, p. 19.

⁹⁷ DENIZOT, *L'étonnant destin de la théorie du patrimoine*, in *RTD Civ.* 2014, p. 547.

La soggezione delle grandi opere alle incomprensioni, anche secolari, non è una sorpresa. Basti ricordare le tre interpretazioni cui è stato sottoposto il *Principe* del Machiavelli, o la concezione rigida della separazione dei poteri a lungo attribuita a *L'esprit des lois* del Montesquieu e apertamente in contrasto col passo fondamentale di quell'opera secondo cui «*pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*».

⁹⁸ Per questa definizione, v., tra gli altri: PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXXIV, Roma, 1991, pp. 1 ss.; GAZZONI, *Manuale, cit.*, pp. 121 e 155; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, pp. 23-24.

⁹⁹ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali, cit.*, pp. 23-24: «*lo stato giuridico della persona fisica non è la somma dei suoi poteri o doveri [...], è invece il presupposto di una sfera di capacità e quindi di una serie aperta di poteri e doveri, o di rapporti, che possono variare e variano senza che perciò cambi lo stato*».

appena ricordato, infatti, esso sta alla base della discussione sulla natura dei fondi comuni d'investimento.

Il miglior modo per dimostrare l'infondatezza di questo dogma è quello tradizionale¹⁰⁰, incentrato sugli esempi dell'eredità vacante e di quella giacente, alla luce dei quali, come ricorda Colaïori¹⁰¹, già Windscheid¹⁰² ragionava di diritti senza soggetto.

§ 3. Ricapitolazione del dibattito sull'eredità giacente.

L'antichità delle origini e la semplicità delle esigenze cui l'eredità giacente è diretta rendono ancor più rimarchevole la sua importanza per la ricostruzione di istituti recentissimi, di grande complessità giuridica e di sempre maggiore importanza economica, come i fondi comuni di investimento.

Lo scopo dell'eredità giacente è quello di evitare che il patrimonio ereditario, in assenza di accettazione, si ritrovi materialmente e giuridicamente abbandonato: una tale situazione, infatti, lederebbe le ragioni di creditori ereditari e successibili¹⁰³.

L'istituto proviene dal diritto romano classico, dal quale trae origine pure la disputa intorno alla sua natura. Già allora, infatti, alcuni ritenevano che i beni ereditari fossero attribuiti, mediante una *factio*, all'erede; altri sostenevano che i beni appartenessero al defunto. Stante la mancanza di una retrodatazione dell'acquisto ereditario, l'eredità non ancora devoluta costituiva, nella Roma arcaica, una *res nullius* ed era dunque liberamente occupabile. La giacenza, successivamente introdotta, funse da anello di congiunzione tra la titolarità del *de cuius* e quella dell'accettante¹⁰⁴.

Nel diritto vigente, tre sono i presupposti della giacenza: 1) la mancata accettazione dell'eredità; 2) il fatto che il chiamato non sia nel possesso dei beni ereditari; 3) la nomina del curatore¹⁰⁵.

Quest'ultimo soggetto rappresenta l'architrave dell'intera struttura dell'istituto in discorso¹⁰⁶. Egli è nominato dal Tribunale del luogo in cui si è aperta la successione «su

¹⁰⁰ ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978, pp. 115 ss.

¹⁰¹ COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., pp. 11 ss.

¹⁰² *Die rubende Erbschaft; in Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, par. 531, p. 10.

¹⁰³ GAZZONI, *Manuale*, cit., pp. 446-447; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2012, p. 131, il quale la distingue dall'eredità vacante, che si presenta ove sia definitivamente accertato che non vi sono chiamati né testamentari, né legittimi: «verificatasi la vacanza, poiché non è ammissibile nell'interesse dei terzi (creditori e legatari) che il patrimonio del de cuius resti senza titolare, succede lo Stato (art. 586)». PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, VII, tomo I, *Successioni e donazioni*, Milano, 2011, p. 184, riferisce le parole della Relazione al Re, n. 225, secondo cui l'istituto in discorso è volto alla «conservazione del patrimonio in tutti i casi in cui il chiamato non vi provveda».

¹⁰⁴ FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012, pp. 361-362, ricorda che al diritto giustiniano è dovuta la configurazione, a suo parere tutt'ora valida, dell'*hereditas iacens* come persona giuridica. Per un riferimento a FLORENTINUS, *Libro VIII institutionum*, in D.29.2.54 e nel contempo per l'esclusione della soggettività giuridica dell'eredità non ancora accettata, BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, p. 645, il quale la considera un patrimonio autonomo, ossia un «patrimonio con destinazione legale (acquisto dell'erede)».

¹⁰⁵ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 134.

¹⁰⁶ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 137.

istanza delle persone interessate o anche d'ufficio». Gli interessati possono essere: a) i chiamati non in possesso dei beni ereditari; b) i chiamati in subordine; c) i legatari; d) i creditori ereditari; e) i creditori del chiamato¹⁰⁷.

Si sono date due interpretazioni della posizione del curatore.

Secondo una prima teoria, egli sarebbe un rappresentante dell'erede¹⁰⁸, del chiamato¹⁰⁹ o della stessa eredità¹¹⁰.

È tuttavia prevalsa un'interpretazione diversa: il curatore non è un rappresentante, ma ricopre un ufficio privato, dato che agisce nell'interesse non soltanto del chiamato, ma anche degli altri legittimati all'istanza volta alla sua nomina¹¹¹.

L'art. 529 c.c. gli attribuisce il compito, tra l'altro, di procedere all'inventario dell'eredità, di esercitarne e promuoverne le ragioni, nonché di amministrarla e di rispondere alle istanze proposte contro la stessa.

Conseguentemente, egli, al pari del chiamato possessore, esercita, sostanzialmente e processualmente, le ragioni dell'eredità¹¹².

Il motivo per cui al chiamato possessore e al curatore dell'eredità giacente è riconosciuta sia la legittimazione sostanziale che quella processuale risulta da quanto detto *supra*. Lo scopo dell'eredità giacente e della nomina del relativo curatore è quello di sopperire alla mancata attivazione da parte del chiamato¹¹³. Ora, è bene ricordare che la *ratio* dell'attribuzione della legittimazione processuale al chiamato, in relazione ai procedimenti che abbiano ad oggetto diritti e debiti ereditari, sta nel permettere ai terzi di agire in giudizio

¹⁰⁷ L'elencazione è tratta da CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 137, il quale vi aggiunge, ove si voglia ammettere la cd. giacenza *pro quota* (pp. 144 ss.), i chiamati possessori *pro quota* e i coeredi.

¹⁰⁸ D'AVANZO, *Delle successioni*, Firenze, 1941, p. 366; AZZARITI, *L'eredità giacente*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 5, Torino, 1982, p. 329;

¹⁰⁹ COVIELLO, *Delle successioni, Parte generale*, Napoli, 1935, p. 237.

¹¹⁰ BRUNELLI e ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, 1951, p. 164; FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, cit., p. 362.

¹¹¹ NICOLÒ, *Eredità giacente*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1941, pp. 203 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, *Singoli rapporti obbligatori. Diritto delle successioni per causa di morte*, pp. 321 ss.; TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Milano, 1954, p. 71; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditati*, Milano, 1947, p. 307; MICCOLI, voce *Eredità giacente*, in *Enc. Dir.*, XV, Torino, 1966, p. 210; GROSSO e BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, In *Trattato Vassalli*, Torino, 1977, p. 218; PALAZZO, *Le successioni*, I, *Introduzione al diritto successorio. Istituti comuni alle categorie successorie. Successione legale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, pp. 407 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, cit., Milano, 2005, pp. 231 ss.; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 447; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., pp. 137 ss.

¹¹² GAZZONI, *Manuale*, cit., pp. 446-447, il quale menziona l'art. 486 c.c., a norma del quale il tribunale, qualora il chiamato sia convenuto in giudizio, ma non intenda comparire, nomina un curatore *ad lites*, così permettendo al chiamato stesso di non dover seguire tutte le controversie.

¹¹³ L'alternatività tra la posizione del chiamato possessore e quella del curatore dell'eredità giacente è messa in luce dagli artt. 460, comma 3 e 532 c.c. Essa è inoltre costantemente sottolineata in dottrina: GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 445; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 131.

Cass., sez. I, 7 marzo 1977, n. 920, ha precisato che «la legittimazione passiva in rappresentanza dell'eredità è prevista esclusivamente con riguardo al chiamato che sia in possesso dei beni ereditari (art. 486 c.c.), mentre, nella diversa ipotesi del chiamato non possessore, l'indicata rappresentanza spetta al curatore dell'eredità, nominato su istanza degli interessati, a norma dell'art. 528 c.c.». In senso conforme Cass., sez. III, 3 agosto 2000, n. 10197, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1699.

a tutela delle proprie ragioni: in caso contrario, infatti, essi non saprebbero a quale soggetto notificare l'atto introduttivo del processo¹¹⁴.

Ciò è conseguenza di quanto anticipato nel principio di questo paragrafo, quando abbiamo sottolineato che la funzione dell'eredità giacente e, in particolare, della nomina del suo curatore, non è quella di tutelare il patrimonio. Questa protezione, infatti, costituisce soltanto un mezzo; lo scopo è, al contrario, quello di tutelare le ragioni «*delle persone interessate*», ossia di soggetti che non sono titolari delle situazioni soggettive comprese nel patrimonio e che, tuttavia, potrebbero acquistarle (chiamati) o aggredirle (creditori).

§ 4. L'eredità giacente è un patrimonio privo di titolare.

Sino alla devoluzione, il patrimonio ereditario è privo di titolare¹¹⁵. Come stabilito dall'art. 459 c.c., l'eredità si acquista con l'accettazione. Questo significa che, prima dell'acquisto ereditario, non esiste un titolare dei diritti. Il precedente titolare è oramai deceduto e nessuno è divenuto erede.

Non depone, in senso contrario, la *factio iuris* di retroattività della devoluzione, prevista dall'art. 459, seconda parte c.c., a mente del quale «*l'effetto dell'accettazione risale al momento nel quale si è aperta la successione*»¹¹⁶.

¹¹⁴ Per questa *ratio* dell'art. 460 c.c., la quale, per le ragioni viste nel testo, vale a spiegare in parte anche l'art. 529 dello stesso codice, si veda GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 446, secondo cui «*il chiamato possessore [...] ha la rappresentanza processuale che permette ai terzi di instaurare liti*».

¹¹⁵ CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, Artt. 456-461, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2006, p. 169, mette in chiaro la differenza che corre tra il sistema che il Legislatore ha adottato prevedendo che l'eredità si acquisti con l'accettazione e quelli francese e tedesco, ispirati al principio della *saisine*, «*in forza del quale il patrimonio ereditario si trasferisce automaticamente all'erede alla morte dell'ereditando*».

Il sistema italiano, per il quale la delazione non è allora sufficiente a provocare l'effetto traslativo, crea delle soluzioni di continuità nella titolarità del patrimonio, per ovviare alle quali è data la *factio* di retroattività dell'accettazione, alla quale si ricollegano le norme degli artt. 475, comma 2, 521, comma 1, 637.

Tuttavia, tra queste due parti dell'art. 459 – sostanzialmente in conflitto nonostante la formale armonia cui è da sempre diretta la *factio* per il tramite del *tamquam* – non può che prevalere la prima, la quale non tollera mitigazioni quando recisamente esclude la sufficienza della delazione agli effetti della devoluzione. Pertanto, occorrerà ammettere che il sistema attuale crea intenzionalmente delle soluzioni di continuità, alle quali si ripara solamente *ex post* e parzialmente mediante la suddetta finzione, secondo quanto si chiarirà nel corso del Capitolo.

PALAZZO, *Le successioni*, I, *Introduzione al diritto successorio*, cit., p. 246, riconduce la seconda parte dell'art. 459 c.c. al concetto di successione *in locum et ius defuncti*, il quale non tollerebbe soluzioni di continuità.

Nello stesso senso già FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 122: «*morto il re, viva il re! Un'interruzione nella titolarità o sovranità del patrimonio sarebbe incompatibile con il concetto di successione che implica continuità, oserei dire, perpetuità*».

CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1961, p. 37, spiega che si risale sempre all'apertura della successione per la decorrenza degli effetti dell'accettazione, «*in coerenza del principio di continuità dei rapporti giuridici che con la figura dell'erede si vuole conseguire*».

¹¹⁶ Per la ricostruzione di questa norma in termini di *factio iuris*: GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 449;

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Artt. 2643-2645, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, p. 391, proprio sulla base di tale inquadramento, esclude che gli atti di alienazione di beni compiuti dal curatore dell'eredità giacente possano essere trascritti contro l'erede, dato che costui non esiste. È

Che quell'effetto sia retroattivo è innegabile e dipende dalla necessità di evitare soluzioni di continuità nella titolarità dei diritti. Ma la continuità della titolarità si realizza *ex post*, ossia soltanto una volta che il chiamato sia divenuto erede. L'acquisto con cui l'avente causa fa proprio un bene ereditario alienatogli dal curatore, invece, non è sospensivamente condizionato all'acquisto dell'eredità da parte del chiamato. L'immediatezza del trasferimento in favore del terzo dimostra quindi che costui acquista da un patrimonio privo di titolare.

Inoltre, l'acquisto dell'eredità da parte del successibile non è scontato. Tra l'apertura della successione e la devoluzione, il valore dell'asse ereditario potrebbe essersi azzerato¹¹⁷, cosicché non vi sarà alcuna situazione giuridica in cui il chiamato possa subentrare. La vendita di beni ereditari, compiuta dal curatore dell'eredità giacente, sarà efficace sin dal perfezionamento del relativo contratto, nonostante il fatto che nessuno diverrà erede. L'avente causa, quindi, avrà acquistato un diritto, ma non vi sarà alcun soggetto dante causa.

A sua volta, questa ricostruzione riposa su principi di diritto successorio di portata ancor più generale, poiché è la stessa istituzione ereditaria ad essere volta a «*quella continuità globale e pressoché assoluta nei rapporti già facenti capo al de cuius [...]: alla morte del de cuius deve dunque stabilirsi chi acquisterà la qualità di erede e quindi a chi faranno capo i diritti e a chi soprattutto gli obblighi, a tutela dei creditoris*»¹¹⁸.

significativa la spiegazione che BIANCA, *Diritto civile*, II, *cit.*, p. 571, dà dell'apertura della successione: «*si estingue la titolarità dei diritti già spettanti al defunto e inizia la vicenda traslativa dell'eredità ai successori*». A p. 572, poi, conferma il fatto che l'apertura della successione imponga una vacanza della titolarità dei diritti ereditari quando afferma che il diritto di far propria l'eredità, che Egli qualifica come diritto potestativo, «*non è ancora acquisto dell'eredità*». Ancor più evidente è quanto sostenuto a p. 645: «*prima che si verifichi l'effetto retroattivo dell'accettazione, la titolarità dei diritti ed obblighi ereditari è provvisoriamente vacante, ma destinata all'erede*».

In senso contrario, CORSINI, *Il trustee*, *cit.*, p. 66, secondo cui il curatore agirebbe in rappresentanza del chiamato.

¹¹⁷ Ad esempio quando dall'integrale soddisfazione dei creditori ereditari non residua alcunché.

¹¹⁸ Così GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, pp. 440-441, il quale, a p. 442, trae proprio dalla differente responsabilità patrimoniale dell'erede e del legatario la differente disciplina in merito al loro acquisto (artt. 459 e 649 c.c.). In senso conforme, v. Cass., sez. II, 14 maggio 1963, n. 1197, per la quale l'art. 586 c.c., secondo cui lo Stato succede senza bisogno di accettazione quale chiamato «di ultima istanza», è volta a far sì che quest'ultimo «*adempia ad un dovere di interesse generale, impedendo che i beni restino in istato di abbandono o che siano oggetto di occupazione da parte di chi non vanta su di essi alcun diritto*».

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, *cit.*, p. 18, spiega che il fondamento della stessa successione *mortis causa* va ravvisato in particolari esigenze economico-sociali, che «*possono sintetizzarsi nella necessità che i rapporti giuridici facenti capo al defunto non si estinguano alla sua morte, altrimenti i beni del de cuius diverrebbero res nullius, le obbligazioni si estinguerebbero, il possesso cesserebbe permettendo, con grave turbamento dell'ordine sociale, ad ogni soggetto di usufruire dei vantaggi che derivano dalla relazione di fatto con le cose*». In nota 21, l'Autore ricorda BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, pp. 2 ss. e 25 ss., per cui la successione a causa di morte soddisfa diversi interessi: quello pubblico alla continuazione della vita economica nonostante la morte del soggetto, quello dell'ereditando ad indirizzare il proprio patrimonio nel modo che più gli aggrada, e quello della famiglia.

Sarebbe, infatti, immaginabile una responsabilità patrimoniale che si estinguesse al momento dell'estinzione del soggetto debitore, ma le ripercussioni per l'economia nazionale sarebbero a dir poco ovvie. CICU, *Successioni per causa di morte*, *cit.*, p. 12: «*se la morte troncasse, con la vita del soggetto, anche quella dei rapporti giuridici che a lui facevano capo, le cose in proprietà del defunto diventerebbero res nullius, gli iura in re si estinguerebbero, e così pure i crediti ed altri diritti incorporali, e le obbligazioni estinguendosi determinerebbero l'estinzione dei relativi crediti*». L'Autore dà conto di come il profilo tradizionalmente considerato centrale sia quello della continuazione dei debiti ereditari, che Egli al contrario ritiene secondario, dato che è contraddetto dall'accettazione beneficiata, la quale non solo limiterebbe la responsabilità *intra vires*

Di conseguenza, l'attribuzione della legittimazione negoziale e di quella processuale ad un determinato soggetto rispetto alle posizioni giuridiche comprese in un certo patrimonio: 1) può immaginarsi nonostante la mancanza di un titolare del patrimonio stesso; 2) è data, qualora il titolare sia venuto a mancare, nell'interesse di persone diverse dal precedente titolare.

Quanto al primo profilo, viene in rilievo la tematica dei patrimoni (e dei diritti) senza soggetto; quanto al secondo, la funzione della stessa idea di patrimonio, generico, separato o autonomo che sia.

Dalla mancanza di titolarità attuale delle posizioni comprese nell'eredità giacente discende un'ulteriore, complessa questione: gli atti di disposizione ed eventuale alienazione dei diritti compresi nell'eredità costituiscono, seconda autorevole dottrina, dei negozi per conto di chi spetta¹¹⁹. Difatti, il contratto è concluso da un soggetto nell'interesse di una diversa persona di cui, al tempo del perfezionamento, non si conosce l'identità¹²⁰.

La ricostruzione giuridica della categoria è impervia, essendosi sviluppate svariate tesi riguardo a questo istituto, di cui si danno diverse manifestazioni¹²¹ e che trae origine dal codice svizzero delle obbligazioni¹²².

hereditatis, ma escluderebbe pure che i debiti si trasmettano all'erede. I profili essenziali della figura dell'erede risiederebbero nella continuazione dei diritti e del possesso, la mancanza dei quali sarebbe fonte dei gravi disordini sociali (corsa all'appropriazione dei beni oramai *nullius*) che già obbligarono i romani a prevedere un apposito *crimen expilatae hereditatis*, come attestato da FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, cit., pp. 361-362.

Che queste esigenze sociali costituiscano la *ratio* della finta retroattività dell'acquisto ereditario e nel contempo ne limitino l'operare, è messo in luce da Cass., sez. III, 10 marzo 1992, n. 2849, in *Giust. civ.* 1993, I, 745, citata da FERRI, *Le successioni*, cit., p. 121, nota 2, secondo cui l'art. 459 c.c. non sana la nullità della notificazione di un precetto fatta al chiamato non possessore che abbia successivamente accettato l'eredità.

Questa limitazione funzionale dell'ambito di operatività della suddetta *fictio* è particolarmente interessante. Se davvero la ragione della retroattività dell'acquisto risiedesse nell'esigenza di evitare soluzioni di continuità in contrasto con l'idea di successione, allora il Legislatore avrebbe potuto prevedere il ben più lineare sistema della *saisine*; al contrario, quel meccanismo è stato esplicitamente rifiutato sulla base del diverso principio per cui nessuno assume posizioni soggettive attive e soprattutto passive senza il proprio consenso, ciò che spiega perché l'accettazione dell'eredità sia necessaria alla sua devoluzione, il che produce gli inconvenienti evidenziati da Cicu, rispetto ai quali la retroattività vale come correttivo. Riassumendo l'art. 459 c.c., allora, si può concludere che, nel periodo intercorrente tra la morte del precedente titolare e l'accettazione e il subentro dell'erede, le posizioni incluse nel patrimonio non spettano ad alcuno, ma, ciò nonostante, esse esistono al fine di evitare l'occupabilità dei beni e di consentire ai creditori di soddisfare le proprie ragioni anche in via giudiziale.

¹¹⁹ BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 126; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, *Artt. 2643-2645*, cit., p. 389.

¹²⁰ È questa la definizione del 'contratto per conto di chi spetta' accolta da GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1062, che la riprende da Militerni. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., p. 126, lo tratteggia come il «contratto stipulato in rappresentanza di chi risulterà titolare di una data posizione giuridica». Secondo BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 561, citato dallo stesso Bianca in nota 205, il *proprium* di questa categoria negoziale consisterebbe in ciò che il soggetto del rapporto contrattuale sarà identificato in funzione di eventi oggettivi sopravvenuta al suo perfezionamento. Il riferimento al carattere oggettivo degli eventi permette di distinguere il contratto per conto di chi spetta da quello per persona da nominare, come confermato da GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., pp. 389-390.

¹²¹ Sono ricondotti a questa categoria gli atti traslativi compiuti ex artt. 460 e 529 c.c., la vendita per conto di chi spetta regolata dall'art. 1513 dello stesso codice, la fattispecie di cui all'art. 1690, comma 2

Si è affermato che essa darebbe luogo ad un contratto per persona da nominare¹²³, a un contratto a favore di terzi¹²⁴, ad un negozio *per relationem* fonte di obbligazioni *propter rem*¹²⁵, ad una rappresentanza *in incertam personam*¹²⁶; il fatto che nessuna tesi sia immune da obiezioni ha addirittura fatto concludere che l'istituto si sottragga a ogni inquadramento¹²⁷.

Probabilmente l'istituto è ricostruibile secondo le categorie note, ma in termini molto meno pretenziosi di quelli proposti dalla dottrina.

Per descrivere le svariate ipotesi di negozio per conto di chi spetta, a fini non solo didattici, ma anche normativi, è sufficiente affermare che tali fattispecie sono accomunate dalla spettanza *ex lege*, in capo a un soggetto, non necessariamente corrispondente al futuro titolare del diritto, della legittimazione a disporre del diritto medesimo; l'identificazione della natura rappresentativa o meno di questo potere e la qualificazione del contratto costituiscono delle proposizioni che non trovano alcuna base e che, anzi, si scontrano con le obiezioni conclusive già sviluppate da altri¹²⁸.

Questo inquadramento spartano sarà fondamentale per ricostruire la posizione sostanziale e processuale del gestore e la funzione stessa del concetto di 'patrimonio'.

c.c., la vendita del bene sottoposto a sequestro convenzionale. In questo senso: BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., p. 126; GAZZONI, *Manuale*, cit., pp. 1062-1063.

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 389 e BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., p. 127, escludono che la fattispecie negoziale dell'art. 1891 c.c., nonostante la rubrica dedicata all'«assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta», possa ricondursi a quest'ultima *figura iuris*, consistendo piuttosto in un contratto a favore di terzi.

¹²² Più precisamente dall'art. 32, comma 2 di quel codice, secondo quanto precisato da BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 560.

¹²³ Per la critica a questa tesi e per gli opportuni riferimenti bibliografici si vedano: MESSINEO, voce *Contratto per conto di chi spetta*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 78; CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu, Messineo e Mengoni*, Milano, 1987, p. 191; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 389, il quale nota che la sostituzione soggettiva è eventuale, ma non determinata da un'*electio*.

¹²⁴ SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile diretto da Grosso e Santoro Passarelli*, Milano, 1972, p. 85, citato da GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 390, il quale ritiene che tale ricostruzione sia adatta alla sola ipotesi dell'art. 1891 c.c., peraltro estranea alla categoria del negozio per conto di chi spetta.

¹²⁵ Per questa tesi, giudicata meramente descrittiva da GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 390, vedi le opere di Carresi e Messineo citate alla nota 123. L'Autore ipotizza che lo stipulante e il rappresentante coincidano; da ciò ricava l'impossibilità del ricorso alla rappresentanza, nonché l'eterogeneità delle varie figure che si suole ricondurre al contratto per conto di chi spetta. Gli unici elementi comuni, infatti, consisterebbero nella presenza di un contratto *per relationem*, titolo di obbligazioni *propter rem*. Per la critica a questa teoria nella parte in cui tende a ravvisare un agire rappresentativo, BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., p. 127.

¹²⁶ BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., p. 127, che la trae dalla dottrina tedesca, della quale rifiuta l'accostamento della rappresentanza di persona incerta alla rappresentanza di persona non dichiarata.

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 390, critica tale ricostruzione adducendo l'irrilevanza del consenso dell'interessato, la quale sarebbe incompatibile con la rappresentanza.

¹²⁷ CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 191; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 390.

¹²⁸ Vedi, in particolare, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., pp. 389-390. A proposito di quanto sostenuto nel testo, ossia del fatto che ogni ulteriore qualificazione del contratto costituisca un'opzione interpretativa arbitraria, è interessante notare che lo stesso Autore, nelle pagine successive, pur non aderendo ad alcuna delle teorie sopra ricordate, è comunque in grado di offrire delle soluzioni alle questioni relative alla trascrizione immobiliare del contratto per conto di chi spetta.

§ 5. Il dogma di necessaria titolarità deve essere sottoposto al rasoio di Ockham.

Immaginare l'esistenza di un soggetto, titolare dell'eredità, tra l'apertura della successione e la devoluzione, non risponde ad alcuna necessità logica o giuridica. I diritti ereditari esistono a prescindere dalla loro imputazione, come dimostrato dalla possibilità che essi siano attivati in giudizio dal chiamato (art. 460 c.c.) e dal curatore dell'eredità giacente (art. 529 c.c.)¹²⁹. Anche l'art. 529 c.c., che parla di «*danaro che si trova nell'eredità*», depone in questo senso.

La disciplina, quindi, non si preoccupa di imputare i diritti, ma di individuare i soggetti che li possono far valere. In altri termini, ciò che preme al diritto positivo non è che i patrimoni abbiano un titolare, ma che essi abbiano un gestore.

Difatti, il curatore può essere nominato, *ex art.* 528 c.c., su istanza di qualsiasi interessato, ivi compresi i creditori ereditari. Tale legittimazione generale è funzionale all'interesse pubblico che abbiamo individuato, ossia alla gestione dei patrimoni, la quale non implica la loro imputazione. Peraltro, se il creditore ereditario non potesse chiedere la nomina del curatore, allora non potrebbe agire contro nessuno. Se invece gli fosse consentito di aggredire un patrimonio senza un contraddittore, si violerebbe la natura dialettica del processo civile. Di conseguenza, anche il diritto processuale – come spiegheremo nel terzo capitolo – richiede un legittimato a disporre e non un titolare.

Inoltre, i diritti ereditari sono identificabili sulla base della precedente imputazione al soggetto ormai deceduto.

Questa seconda notazione ha un'importanza fondamentale all'interno di quest'opera.

Affinché le situazioni giuridiche possano essere costituite, modificate e estinte, è necessario che esse siano identificabili. Senza di ciò, le proposizioni normative riguarderebbero una situazione giuridica indeterminata e non potrebbero operare.

Occorre quindi basarsi sulla teoria dell'identificazione delle azioni¹³⁰.

Desideriamo, infatti, tentare una formalizzazione della distinzione tra soggetto e patrimonio, leggendo la tematica «*nel prisma dell'accertamento giudiziale*»¹³¹ e, più precisamente, della *triple identité* di *personae, causa petendi e petitum*.

¹²⁹ Vedremo nel Capitolo IV che la stessa architettura disciplinare si riscontra nei fondi comuni di investimento.

¹³⁰ La letteratura, in materia, è vastissima. Si vedano, tra gli altri: CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni: sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, pp. 162-163; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935-1936, p. 326; ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 280; DENTI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Digesto Priv.*, XIV, Torino, 1967, pp. 675 ss.; PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 1969, pp. 866 ss.; TARUFFO, *Collateral estoppel e giudicato sulle questioni*, II, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, pp. 282 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del cod. di proc. civ.*, diretto da Allorio, II, Torino, 1980, p. 33, nota 17; COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, pp. 119 ss.; MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da Proto Pisani*, Torino, 2002, pp. 190 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2007, pp. 262 ss.; *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007, pp. 152 ss.

La correttezza dell'uso di questo prisma, che prenderà le forme di un'*insiemistica patrimoniale*, discende dalla circostanza per cui, secondo la citata teoria, ogni situazione giuridica è in concreto identificata dai tre anzidetti predicati che, nel mondo sostanziale, sono designati con i seguenti termini: 'soggetto-titolare', 'titolo' e 'oggetto'¹³². Nessuno ha mai dimostrato che il soggetto possa essere l'unico predicato, assieme al titolo e all'oggetto, a identificare le situazioni giuridiche, né, ad esempio, che l'eredità vacante non possa funzionare senza un titolare.

Alla luce di ciò, il dogma di necessaria titolarità si rivela superfluo e deve essere eliminato, in quanto foriero di un ingiustificato irrigidimento dei fenomeni giuridici. L'interpretazione e l'applicazione del diritto non presuppongono l'imputazione delle situazioni giuridiche, ma la loro identificazione.

Questa necessità identificativa può essere soddisfatta, dunque, non solo mediante l'imputazione di una situazione a un soggetto-titolare, ma anche mediante l'attribuzione, alla situazione medesima, di un predicato che, d'ora in poi, definiremo 'acefalo'. Quest'ultimo non consiste in un soggetto-titolare (es. «*Tizio*»), ma in un'entità oggettiva (es. «*eredità vacante di Tizio*»), la quale non è un soggetto-titolare del patrimonio ereditario). Quest'entità oggettiva, questo predicato acefalo, al pari del soggetto-titolare (*persona*), consente di distinguere la situazione giuridica concreta da ogni altra situazione caratterizzata dallo stesso titolo (*causa petendi*) e dallo stesso oggetto (*petitum*).

§ 6. La prima fase storica della critica alla configurabilità dei patrimoni acefali.

La circostanza per cui il fenomeno giuridico regola interessi umani non significa che ogni diritto debba essere attribuito a un uomo, benché proprio su tale base si sia sviluppata la

¹³¹ Il prosieguito di quest'opera spiegherà il riferimento ad ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, I, pp. 3 ss.

¹³² La struttura della situazione giuridica consiste in ciò che nel processo sarà detto '*petitum mediato*', ossia nell'effetto giuridico perseguito. Il *petitum* è, infatti, l'effetto, secondo il principio di causalità giuridica, di un determinato fatto. Il *petitum*, allora, non esiste autonomamente, non è causa di se stesso, ma richiede un titolo, che nel processo prende il nome di *causa petendi*. Poiché la previsione della situazione giuridica da parte dell'ordinamento è generale e astratta, l'identificazione della *causa petendi*, ossia del singolo e concreto fatto sussumibile nella fattispecie astratta, è necessaria all'identificazione del singolo diritto concreto che abbia delle caratteristiche strutturali che possono ripresentarsi in una serie indefinita di situazioni giuridiche concrete, così da distinguere quel diritto da tutti gli altri che abbiano la medesima struttura.

Ciò, però, non è ancora sufficiente per identificare la situazione giuridica concreta, poiché dallo stesso evento concreto possono scaturire più diritti di uguale struttura.

A questo punto – dopo che l'insiemistica incentrata sul *petitum* e quella fondata sulla *causa petendi* hanno operato due successive scremature – interviene l'insiemistica patrimoniale, solitamente fondata sul titolare.

La sufficienza di tale ultima insiemistica è data da ciò che è impossibile che un diritto, individuato da *petitum* e *causa*, sussista più volte, all'interno del medesimo patrimonio, senza smettere di essere identico a se stesso. Pertanto, il concorso di questi tre predicati distingue la situazione giuridica concreta da ogni altra situazione esistente.

prima fase storica della critica ai patrimoni acefali, dovuta al pensiero pandettistico¹³³, che influenza pesantemente la scienza giuridica contemporanea¹³⁴ e che si è sviluppato da concezioni filosofiche giusnaturalistiche, giusrazionalistiche e individualistiche¹³⁵. Al centro del “sistema” sta il soggetto, il quale vanta *iura innata* che lo Stato non crea, ma riconosce e tutela¹³⁶. Attraverso la trasposizione di quelle correnti filosofiche nel mondo giuridico, il diritto privato è concepito come un sistema di diritti soggettivi; essi costituiscono i predicati di quelle sostanze che sono gli individui umani¹³⁷. Ogni diritto, pertanto, deve essere imputato a un soggetto.

Oltre che da questo profilo ideologico, l'impostazione pandettistica deriva dalla circostanza per cui la dottrina giuridica è rimasta uno degli ultimi baluardi della logica aristotelica, difficile da abbandonare poiché la stessa costruzione grammaticale delle lingue indo-europee poggia sulla triade sostanza – copula – predicato¹³⁸. Ogni predicato deve essere agganciato, mediante una copula, a una sostanza, intesa come cosa in sé, eternamente identica a se stessa¹³⁹. Le altre scienze, in particolare quelle matematiche e naturali, si sono avvedute di come questo approccio sostanzialista, caratterizzato dalla tensione kantiana verso la cosa in sé, sia pericoloso, e hanno sviluppato delle logiche diverse da quella classica, come quella relazionale¹⁴⁰. La discussione intorno alla definizione di diritto soggettivo ha invece subito le perniciose influenze della mentalità tomistica; le diverse posizioni che si sono manifestate hanno preteso di giungere al diritto soggettivo inteso come cosa esistente fuori dall'osservatore, quando invece si sarebbe dovuto guardare al singolo e concreto ordinamento nel quale ci si trovava immersi in modo da sviluppare una definizione che vi si confacesse¹⁴¹. Si è preteso di voler vedere nell'ordinamento un sistema, i cui elementi condividono tutti un nesso con un *quid*, identificato nel soggetto giuridico o nella *Grundnorm*¹⁴². Si sono create delle definizioni valide per tutti i rami dell'ordinamento, producendo altre ipostasi¹⁴³ e dimenticando che ogni concetto dogmatico è un *posterius* del dato normativo e ha valenza descrittiva; non è invece un *prius* con il quale ingabbiare tutte le

¹³³ BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 12: «si deve ai giuristi tedeschi del secolo scorso lo sforzo costruttivo volto ad elaborare il concetto teorico di diritto soggettivo».

¹³⁴ ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., pp. 25 ss.

¹³⁵ ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., pp. 17 ss.

¹³⁶ Per la centralità sistematica del soggetto giuridico, si veda MAIORCA, voce *Diritto soggettivo (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1.

¹³⁷ Per quest'analisi storica del dibattito sul rapporto tra soggetto e sistema, v. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit.

¹³⁸ ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., pp. 76 ss., nonché 130 ss.

¹³⁹ ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., pp. 128 ss.

¹⁴⁰ ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., pp. 79 ss.

¹⁴¹ ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., pp. 73 ss.

¹⁴² ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., pp. 159 ss.

¹⁴³ Sul valore delle ipostasi per la scienza giuridica, ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., pp. 73 ss.

norme sulla base dell'indimostrato presupposto per cui ciascuna di esse accoglierebbe la medesima definizione di un certo *nomen*¹⁴⁴.

Conseguentemente, a un assolutismo che prescinde dalle diversità tra gli ordinamenti, se ne è aggiunto un altro, che oblitera le differenze tra i settori disciplinari appartenenti a uno stesso ordinamento. Non ci si è quindi resi conto che la costruzione dei dogmi «*ha [...] un vantaggio e un costo*», giacché «*tende a sottolineare alcuni aspetti della realtà normativa, con i quali meglio si accorda, e fatalmente si discosta da altri, con i quali appare meno consentanea*»¹⁴⁵ e rispetto ai quali – ci sia concesso di aggiungere – deve cedere, rinunciando a ogni pretesa di assolutezza. Difatti, «*la capacità delle formule di tradurre in una forma sintetica e semplificata una complessa realtà normativa fa sì che esse si prestino ad essere assunte, in modo acritico, come parametro di riferimento per l'interpretazione di quella stessa disciplina sulla quale, viceversa, si dovrebbe misurare la loro fedeltà rappresentativa*»¹⁴⁶.

La pretermissione di queste considerazioni è potuta avvenire perché molti istituti, come l'eredità vacante, potevano comunque funzionare nonostante l'adozione degli apriorismi sostanzialistici. Nessuno, infatti, ha mai dubitato che le alienazioni operate dal curatore dell'eredità giacente possano essere trascritte. Ora, però, con i fondi comuni di investimento, il dogma di necessaria titolarità produce conseguenze tali¹⁴⁷ da costringere a prendere coscienza del problema. È una crisi, non solo teorica, ma finalmente pratica, di quei fondamenti filosofici; è un'occasione che occorre cogliere¹⁴⁸.

¹⁴⁴ ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche, cit.*, pp. 81 ss.

¹⁴⁵ PELLIZZI, *Il realismo e l'inquietudine del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 566.

¹⁴⁶ CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano 1985, p. 9.

¹⁴⁷ Le conseguenze dell'orientamento di legittimità sono particolarmente pericolose nel momento in cui, stabilendo la trascrizione degli acquisti del fondo a favore della S.G.R., impediscono la separazione patrimoniale bilaterale sancita dall'art. 36, comma 4 T.U.F.

¹⁴⁸ Le premesse ideologiche, tuttavia, sono un male necessario.

Le premesse ideologiche sono un male perché sono soggettive. Il giurista che voglia studiare un ordinamento, se vuole essere uno scienziato, deve creare un sistema di conoscenza oggettivo. L'unico dato oggettivo di cui egli dispone è la disposizione, statutale o non. Gli elementi concettuali di cui dottrina e giurisprudenza si servono per interpretare e sistemare il diritto oggettivo sono politici, ideologici, filosofici, morali; in una parola, sono soggettivi. Il nostro ordinamento, ciò nonostante, impone il ricorso a quelle nozioni extra-giuridiche. Sono le disposizioni, nella loro ambiguità, a richiedere la scelta di premesse, di assunti ideologici e filosofici, che fungano da strumenti interpretativi per la creazione delle norme e per la loro sistemazione.

L'ordinamento italiano si pone nel solco tracciato dal Code Napoléon, rifacendosi alla fondamentale regola di civiltà contenuta nell'art. 4 di quel monumento del pensiero giuridico: «*le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*». Ogni caso deve essere deciso: in diritto, *ex art. 12 Prel.*; in fatto, *ex art. 2697 c.c.*

Analogia legis e *analogia iuris*, dunque. Esse esprimono il principio di completezza e, nel contempo, sono volte a dare coerenza all'ordinamento, poiché colmano le lacune evitando le contraddizioni. In ciò sta la creazione di un sistema. Pertanto, il ricorso a premesse extra-giuridiche è imposto dall'art. 12 Prel. nella parte in cui esso impone la completezza. Lo stesso articolo, nella parte in cui impone la coerenza, prescrive anche che, tra più premesse interpretative possibili, deve essere scelta quella che consente di evitare contraddizioni.

Le premesse interpretative, però, non possono diventare degli assoluti, ma devono adattarsi a un ordinamento che tende alla sistematicità, ossia alla completezza e alla coerenza, senza raggiungerla. La disorganicità delle fonti dimostra come vi possano essere settori disciplinari che richiedono l'adozione di premesse incompatibili col resto dell'ordinamento. La pretesa di coerenza può quindi dar luogo a soluzioni dottrinali contraddette dalle norme e deve quindi cedere di fronte a queste ultime. Di fronte

Ciò nonostante, le situazioni, secondo la stessa teoria dell'identificazione delle azioni, sono individuate, oltre che dal titolo e dall'oggetto, anche dal soggetto che ne è il titolare.

Tuttavia, non bisogna cadere nel fatale errore del tacchino induttivista¹⁴⁹ e pensare che ciò sia sempre vero. Solo la tendenza a trasformare il generale in universale, motivata da una malintesa esigenza di coerenza che prevarica il dato normativo, ha fatto ritenere che l'imputazione sia imprescindibile.

Non intendiamo lanciarsi in una critica disinvolta della tradizione. L'errore assolutista in cui essa è incorsa, oltre a essere stato cagionato da fattori linguistici e filosofici, è stato compiuto a fin di bene. Nulla, infatti, mette ordine come un assoluto e la costruzione di un sistema, ossia di un insieme completo e coerente, è uno dei doveri della dottrina.

Tuttavia, immaginare un soggetto cui l'eredità vacante (o giacente) è imputata, fosse anche la stessa eredità, produce una non necessaria moltiplicazione di enti e integra un errore scientifico da eliminare mediante il rasoio di Ockham.

Di conseguenza, anche per l'asserita necessità di imputare i diritti, vale quanto disse Laplace: «*Citoyen premier Consul, je n'ai pas eu besoin de cette hypothèse*».

Questo approdo scientifico, a sua volta, non implica che il soggetto non esista mai, ma soltanto che esso può non esistere. Eliminata l'astratta necessità del soggetto, resta da elaborare un criterio che consenta di comprendere quando un'entità ha natura soggettiva e quando no.

Prima di individuare tale criterio, è necessario affrontare un nodo metodologico che corrisponde alla seconda fase storica della critica ai patrimoni acefali.

a questa incompatibilità logica, l'ordinamento francese e quello italiano hanno scelto come valore assoluto la completezza, di fronte alla quale la coerenza deve essere talvolta sacrificata.

La completezza e la coerenza richiedono anche la costruzione di definizioni assenti nello *ius positum* e imposte dal divieto del *non liquet*. Le due analogie appena ricordate, infatti, estendono l'applicazione delle *regulae*, le quali hanno a oggetto un'entità di cui occorre elaborare una definizione.

È il caso della nozione di 'diritto soggettivo'. La formulazione della sua definizione in termini di potestà del volere, d'interesse protetto, di protezione di un interesse, ecc., ha sempre teso all'assolutizzazione del concetto. In tutte queste teorie, il diritto soggettivo deve essere sempre uguale a se stesso, deve essere un assoluto, un qualcosa che esiste indipendentemente dal singolo e concreto ordinamento e che deve valere *sub specie aeternitatis*. Qui risiede l'errore. In un ordinamento fondato sul diritto scritto, come il nostro, il giurista deve costruire i concetti in modo che essi, sebbene fondati su premesse ideologiche estranee al diritto, non si pongano mai *contra legem*. Nell'attuale ordinamento italiano, la pretesa di definire il 'diritto' sempre e comunque come il predicato di un soggetto costituisce un dogma in contrasto con il diritto positivo, giacché impone conseguenze applicative (ad es. la necessità di convenire in giudizio l'eredità giacente invece che il suo curatore) che non sono legittimate da alcuna norma.

Il ricorso alle premesse ideologiche, pertanto, è un male necessario per ottenere la coerenza e la completezza, ma diviene un male assoluto nel momento in cui trasforma il concetto di 'diritto soggettivo' in un'ipotesi confliggente col dato normativo.

¹⁴⁹ RUSSELL, *I problemi della filosofia*, Milano, 1988, p. 75: «*fin dal primo giorno questo tacchino osservò che, nell'allevamento in cui era stato portato, gli veniva dato il cibo alle 9 del mattino. E da buon induttivista non fu precipitoso nel trarre conclusioni dalle sue osservazioni e ne eseguì altre in una vasta gamma di circostanze: di mercoledì e di giovedì, nei giorni caldi e nei giorni freddi, sia che piovesse sia che splendesse il sole. Così arricchiva ogni giorno il suo elenco di una proposizione osservativa in condizioni più disparate. Finché la sua coscienza induttivista non fu soddisfatta ed elaborò un'inferenza induttiva come questa: "Mi danno il cibo alle 9 del mattino". Questa concezione si rivelò incontestabilmente falsa alla vigilia di Natale, quando, invece di venir nutrito, fu sgozzato*».

Se, infatti, in un primo periodo, in forza delle considerazioni giusnaturalistiche che abbiamo rammentato, l'idea di un patrimonio privo di titolare pareva essere contraria alla tutela dell'individuo, in una seconda fase i critici hanno sostenuto l'irrilevanza applicativa del patrimonio acefalo, negandone anche l'autonomia concettuale.

§ 7. L'autonomia concettuale della soggettività rispetto alla personalità fonda la seconda fase storica della critica ai patrimoni acefali.

Si è detto che, con la distinzione tra la personalità giuridica e la soggettività giuridica, acquisita nel '900¹⁵⁰, il patrimonio acefalo «*perde valore operativo*» se utilizzato come alternativa alla personalità giuridica stessa. La circostanza per cui si danno soggetti privi di personalità – come le associazioni non riconosciute – comporta che ogni patrimonio non imputato a una persona fisica o giuridica può essere considerato un soggetto¹⁵¹: «*il riconoscimento della soggettività giuridica, quale nozione che spezza la tradizionale dicotomia persona fisica-persona giuridica, segna i limiti della sopravvivenza della categoria dei patrimoni autonomi*»¹⁵², intesi, secondo quella dottrina, come patrimoni privi di titolare.

L'asserita perdita di valore operativo, tuttavia, non è equivalente alla seconda affermazione citata, secondo cui l'autonomia concettuale della soggettività giuridica rispetto alla personalità pone fine all'autonomia del concetto di patrimonio acefalo. Questo secondo assunto, infatti, implica che l'estendersi del concetto di soggettività oltre la personalità sia onnicomprensivo, includendo anche il patrimonio acefalo. Ciò è indimostrato.

Con la prima asserzione, infatti, s'intende sostenere l'equivalenza funzionale tra il soggetto giuridico e il patrimonio acefalo e, dunque, l'irrilevanza, a fini disciplinari, di quella distinzione concettuale; con la seconda affermazione, invece, si nega la distinzione concettuale in sé e per sé considerata. Le due affermazioni possono anche derivare l'una dall'altra, ma non è stata dimostrata l'irrilevanza, a fini disciplinari, del distinguo tra patrimonio entificato¹⁵³ e patrimonio acefalo.

¹⁵⁰ Grazie all'opera di MESSINEO, *Per l'individuazione del "soggetto collettivo" non-personificato*, in *Arch. Giur.*, 1952, pp. 3 ss.

Riguardo ai rapporti tra soggettività e personalità giuridica, si vedano: SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968; RESCIGNO, *Personalità giuridica e gruppi organizzati (atti di un convegno)*, Milano, 1971; BASILE-FALZEA, voce *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIII, 1983, pp. 234 ss.; LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, 55 ss.; PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, *cit.*, pp. 1 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, *cit.*, pp. 23 ss.

¹⁵¹ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, *cit.*, p. 169.

¹⁵² M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, *cit.*, p. 169, nota 155.

¹⁵³ Per 'patrimonio entificato' intendiamo il patrimonio imputato a un soggetto, il quale consiste nell'entificazione del patrimonio medesimo. Ciò non significa che il soggetto e il patrimonio coincidono – ciò che contraddirebbe la stessa definizione di 'soggetto' – ma che un unico termine (ad es. 'società per azioni') indica sia un insieme di situazioni giuridiche, sia il soggetto che ne è titolare. L'eredità giacente non è un patrimonio entificato, giacché indica un insieme di situazioni giuridiche prive di titolare. Essa è quindi un patrimonio acefalo.

È poi interessante notare che la pretesa irrilevanza della distinzione tra soggetto e patrimonio è stata affermata, non solo da coloro che, come Mirzia Bianca, ritengono che il patrimonio acefalo abbia perso ogni valore operativo e ogni autonomia concettuale, ma anche da coloro che, come Roberta Colaïori, hanno affermato che tale perdita di valore riguarderebbe il soggetto: «*non ogni Zweckvermögen implica l'individuazione di una persona*¹⁵⁴. Ed infatti i valori destinati (o: property entities¹⁵⁵) escono dal patrimonio del destinante “senza entrare nel patrimonio di alcun altro soggetto”¹⁵⁶ in ragione dell'inessenzialità di una figura soggettiva (cioè più esattamente: “prescindendo dalla ricerca di una diversa persona”¹⁵⁷) e dell'altrettanto sicura necessità, in questo caso, di uno scopo (il “risultato programmato”¹⁵⁸ dell'attività); escludendo così quello che si direbbe un affannoso tentativo di “personificazione della norma”¹⁵⁹. Se è vero, come certamente è vero, che l'idea del riferimento del patrimonio ad un soggetto evidenzia la sua insufficienza soprattutto con riferimento alla “realtà molteplice dei fini e degli obiettivi intrinseci a qualunque vicenda giuridica”¹⁶⁰ allora è evidente che dichiarare, come si è fatto¹⁶¹, l'insufficienza o irrilevanza del soggetto destinatario, appare necessario¹⁶²».

Il ragionamento risulta così finalmente impostato nella giusta direzione, ma non è correttamente concluso, dato che, in luogo di affermare l'insufficienza e l'irrilevanza del soggetto, bisognerebbe sostenerne la non necessaria, ma potenzialmente rilevante, sussistenza.

In altri termini, se si proclama che l'imputazione dei diritti non è sempre necessaria, si coglie una profonda verità, giacché vi sono casi in cui il patrimonio è identificato a prescindere dalla sua imputazione a un soggetto. Se, però, da tale scoperta si pretende di trarre la conclusione per cui il soggetto non è rilevante nemmeno nei casi in cui sussiste (ad es. società per azioni), allora si cade da un errore all'altro¹⁶³ e, per la precisione, in quello che

¹⁵⁴ BEKKER, *Beiträge zum Aktienrecht*, II, *Die inneren Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften nach dem Handelsgesetzbuch und dem Gesetz vom 11. Juni 1870*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht (ZGH)* 17 (NF 2), 1873, p. 389.

¹⁵⁵ ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, in ANGELICI, CARVALE, MOSCATI, PETRONIO, SPADA, *Negozianti e imprenditori 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, p. 154.

¹⁵⁶ GALGANO, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Bologna, 1986, p. 293.

¹⁵⁷ ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, cit. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., nota 37, ricorda come secondo COOKE, *Corporation, Trust and Company*, Manchester, 1950, p. 86, «*an unincorporated group could not hold property, but property could be held in trust for it*».

¹⁵⁸ SPADA, *Diritto commerciale*, I, *Parte generale, Storia, Lessico e Istituti*, Padova, 2009, pp. 48 e ss. e p. 145

¹⁵⁹ GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950, p. 24.

¹⁶⁰ ALCARO, *Unità del patrimonio*, cit., p. 106.

¹⁶¹ ALCARO, *Unità del patrimonio*, cit., p. 106; FERRO - LUZZI, *Un problema di metodo*, cit.

¹⁶² COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., da cui sono tratte le note inserite nella citazione.

¹⁶³ In termini simili si è espresso SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit., il quale, dopo aver ricostruito il fondo comune come un sacco di danaro che lo avvicinerrebbe alla società per azioni, ha sostenuto che «*l'alternatività tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale, tutta basata sul latente assunto che solo ed esclusivamente il soggetto (biologico o artificiale) può essere il termine di situazioni giuridiche attive o passive, non trova riscontro nella realtà giuridica e fattuale e deve essere radicalmente ridimensionata in favore di una concezione secondo cui le categorie evocate non solo non sono distanti, ma addirittura si pongono in relazione di interscambiabilità tra di esse. [...] Né, al fine di una ottimale sistemazione del problema in esame, è interessante conoscere a chi compete la titolarità del sacco e quindi rievocare l'antico dibattito sulla natura giuridica dei fondi comuni di investimento, al fine di dar risposta all'interrogativo tanto drammatizzato quanto inutile “chi è titolare/proprietario del fondo di investimento?”. È del tutto superfluo ai nostri fini riuscire a stabilire se i fondi comuni siano soggetti di diritto non personificati titolari del*

pocanzi abbiamo contestato a Mirzia Bianca, la quale sostiene, senza dimostrarla, l'irrelevanza disciplinare della distinzione tra patrimonio entificato e acefalo.

Al contrario, conviene non ingabbiare il diritto e le mutevoli esperienze sociali nella necessaria soggettivizzazione della norma o nell'inevitabilità della sua oggettivizzazione, ma rispondere con un semplice: «*dipende*». Talvolta le situazioni giuridiche sono imputate, talvolta no. Come detto da Wittgenstein, «*tutto ciò che la filosofia può fare è distruggere idoli. E questo significa non crearne di nuovi*».

Agli effetti dell'identificazione dei patrimoni il soggetto non è sempre necessario, potendo essere sufficienti altri elementi. Occorre, però, evitare di escludere aprioristicamente la rilevanza della distinzione tra il soggetto-titolare (es. «*Tizjio*») e i predicati identificativi acefali (es. «*eredità in morte di Tizjio*»).

§ 8. Segue: la necessità della distinzione tra soggetto e patrimonio.

Il soggetto non può coincidere col patrimonio.

Se così fosse, il soggetto coinciderebbe con un insieme di situazioni giuridiche, il cui mutamento implicherebbe il mutare del soggetto medesimo, il che è assurdo. L'imputazione delle situazioni giuridiche al patrimonio, inoltre, è incompatibile con la nozione stessa di 'soggetto', inteso come il potenziale titolare di qualcosa che è necessariamente diverso dal soggetto medesimo. Non ha senso, quindi, attribuire al patrimonio la capacità giuridica o la soggettività giuridica.

L'erroneità della personificazione del patrimonio si manifesta nella seguente affermazione di Rau e Aubry: «*le patrimoine étant une émanation de la personnalité, est l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte: que les personnes*

patrimonio gestito in monte; se essi cadano in comproprietà tra i partecipanti; se essi siano in proprietà della società di gestione, titolare di una "proprietà-funzione" o di una "proprietà-ufficio"; se essi siano patrimoni separati della società di gestione; se essi siano "complessi di beni funzionalmente collegati"; se, infine, essi siano in "proprietà di nessuno". Determinante è solo la considerazione che niente impedisce di ammettere, in prospettiva rigorosamente oggettiva e funzionale, che nel corso dell'attività di gestione il sacco di danaro, comunque qualificato, si accresca o diminuisca per effetto diretto di un atto del soggetto incaricato della gestione. Niente lo impedisce perché, come constatato, è la stessa normativa in materia di fondi comuni di investimento (immobiliare) ad affermare l'opposto: tanto basta. [...] Si tratta solo di comprendere chi siano precisamente i soggetti incaricati di agire in quanto titolari di un ufficio e come debbano ripartirsi, in presenza di più patrimoni gestiti, gli effetti della azione di costoro».

Condividiamo la critica all'orientamento di legittimità nella parte in cui pretende di basare le proprie conclusioni su di un dogma superfluo e infondato, quale è quello di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche. Ciò, tuttavia, non giustifica la ritenuta irrilevanza del soggetto titolare del fondo e dell'inquadramento di quest'ultimo, ma piuttosto determina l'inesistenza del titolare e la conformazione del fondo come patrimonio composto da situazioni giuridiche che non sono imputate ad alcuno. Affermare che la ricostruzione del fenomeno è irrilevante, significa presupporre che ogni problema giuridico concernente i fondi possa essere risolto a prescindere dalla sussistenza di un titolare e dalla sua identificazione, il che non è corretto. Si pensi, ad esempio, alla sussistenza o meno di una rappresentanza processuale. Se la S.G.R. agisce in nome e per conto del fondo, allora essa dichiara di dedurre diritti altrui e questa domanda potrebbe essere rigettata da quel giudice che ritenga, invece, che i diritti spettino direttamente alla società attrice.

Occorre quindi sfrondare il discorso giuridico del dogma di necessaria titolarità, senza però cedere alla tentazione di escludere qualsiasi rilevanza delle alternative ricostruttive proposte sino a oggi.

*physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien; que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot*¹⁶⁴. Ciò equivale a dire che il soggetto ha necessariamente una scatola (patrimonio), che può essere riempita di situazioni giuridiche. In realtà, il *proprium* del 'soggetto' non è l'attuale esistenza dei diritti. La soggettività consiste, per definizione, nella potenziale imputazione dei diritti. L'effettiva sussistenza di questi ultimi, invece, corrisponde all'idea di 'patrimonio'.

§ 9. Segue: la distinzione tra soggettività e personalità non assorbe il patrimonio acefalo.

Lo spazio concettuale occupato dal patrimonio acefalo non è stato invaso dalla soggettività in conseguenza dell'autonomia che questa ha acquisito nei confronti della personalità giuridica.

Il soggetto-titolare (es. «*Tizio*») e il predicato acefalo (es. «*eredità in morte di Tizio*») sono degli omologhi funzionali, giacché entrambi identificano un patrimonio. L'omologia funzionale di due istituti non dimostra, però, la loro identità disciplinare¹⁶⁵.

In senso contrario, si è sostenuto lo «*svuotamento della categoria concettuale dei patrimoni autonomi*» e «*l'immedesimazione di questi in soggetti di diritto*»¹⁶⁶. Ciò dimostra che, nel pensiero di quella dottrina – che sostiene l'equivalenza funzionale tra il soggetto giuridico e il patrimonio acefalo¹⁶⁷ e, nel contempo, esclude che quest'ultimo abbia un significato autonomo rispetto a quello di 'soggetto giuridico' – prevale questa seconda considerazione. I concetti di patrimonio acefalo e di soggetto sarebbero identici, dovendosi quindi utilizzare, sempre e comunque, il termine 'soggetto'¹⁶⁸.

È nostro parere che quella dottrina cada in contraddizione nel momento in cui fonda tale asserzione sulle seguenti disposizioni¹⁶⁹: art. 2266 c.c., per le società di persone¹⁷⁰; art. 36

¹⁶⁴ RAU e AUBRY, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C. S. Zachariae, cit.*, p. 347.

Non ha senso immaginare che le situazioni siano imputate a un patrimonio, che è quindi anche un soggetto. Coloro che distinguevano tra patrimoni separati dipendenti e indipendenti, invece, ritenevano proprio che questi ultimi (che noi diciamo 'acefali'), al contrario dei primi, fossero dotati di una propria capacità giuridica. Quest'ultimo orientamento è ricordato da M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati, cit.*, p. 157.

¹⁶⁵ È noto, infatti, che la creazione di una società controllata è l'omologo funzionale dell'istituzione di un patrimonio *ex* art. 2447 *bis* c.c., ma tale profilo funzionale non ne comporta un'identità strutturale, stante l'asimmetria normativa evidenziata dalla dottrina: VENTURA, *Il patrimonio separato tra equivalenza funzionale e asimmetrie normative: profili di diritto commerciale comparato*, in *Diritto del Commercio Internazionale* 2016, I, pp. 161 ss.

¹⁶⁶ BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati, cit.*, pp. 170 ss.

¹⁶⁷ Quella di M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati, cit.*, p. 169.

¹⁶⁸ Quest'impostazione, oltre a non dimostrare l'identità disciplinare dei due concetti, non spiega perché, in luogo dell'utilizzo del termine 'soggetto', l'unico concetto non possa essere denominato 'patrimonio'. In questa scelta, che resta implicita, è insito il dogma di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche.

¹⁶⁹ BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati, cit.*, pp. 170 ss.

c.c., per le associazioni non riconosciute¹⁷¹; art. 41 c.c., per i comitati¹⁷²; art. 2659 c.c.¹⁷³; art. 147 L. Fall.¹⁷⁴. Queste disposizioni dimostrerebbero che la soggettività assorbe l'autonomia patrimoniale e quindi il patrimonio acefalo¹⁷⁵.

In senso contrario dobbiamo osservare che quelle disposizioni dimostrano la soggettività delle sole entità per cui sono dettate: associazioni, comitati, società. Non vi rientrano, ad esempio, l'eredità vacante, quella giacente e i fondi comuni di investimento.

Pretendere di trarre da queste disposizioni speciali un principio generale, per cui ogni entità diversa dalla persona fisica è un soggetto giuridico, è un salto logico. Resta da dimostrare, infatti, che la soggettività, avendo guadagnato l'autonomia concettuale rispetto alla personalità, non si sia soltanto estesa oltre i limiti di quest'ultima, ma abbia ricompreso ogni elemento non rientrante nella personalità stessa.

Tale argomentazione – che legittimerebbe una *summa divisio* per cui *tertium non datur* – non solo non è dimostrata, ma è contraddetta da quanto diremo tra poco, ossia dal significato pregiuridico del termine 'soggetto', inteso non come qualsiasi entità, ma come quell'entità cui è attribuita una volontà. Anzi, proprio le norme addotte da Mirzia Bianca ci consentiranno di distinguere nettamente i soggetti dai patrimoni acefali. Basti pensare a come la disciplina dell'eredità giacente non contenga norme analoghe a quelle appena menzionate.

Resta da elaborare il criterio che consente di comprendere quali entità hanno natura soggettiva e quali no. In seguito, saremo in grado di verificare se, salva l'autonomia concettuale del patrimonio acefalo da quello entificato, vi sia un'argomentazione rigorosa per individuare i riflessi disciplinari di quella distinzione.

§ 10. Il criterio dell'imputazione legislativa delle situazioni giuridiche. Critica.

L'eredità vacante e quella giacente potrebbero essere ritenute dei soggetti, applicando il seguente criterio: ove la Legge attribuisce dei diritti a un'entità, quest'ultima è un soggetto. Allo stesso modo, se il Testo Unico della Finanza attribuisce delle situazioni giuridiche al fondo comune di investimento, allora questo è un soggetto, con conseguente infondatezza di

¹⁷⁰ Il primo comma prevede che «la società acquista diritti e assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza e sta in giudizio nella persona dei medesimi».

¹⁷¹ Secondo cui le associazioni non riconosciute «possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali [...] è conferita la presidenza o la direzione».

¹⁷² Ai sensi del secondo comma, «il comitato può stare in giudizio nella persona del presidente».

¹⁷³ A norma dell'art. 2659, comma 1 c.c., «chi domanda la trascrizione di un atto fra vivi deve presentare al conservatore dei registri immobiliari, insieme con la copia del titolo, una nota in doppio originale, nella quale devono essere indicati: 1) il cognome ed il nome, il luogo e la data di nascita e il numero di codice fiscale delle parti [...]».

BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 172, nota 161, condivide la dottrina secondo cui la previsione della trascrivibilità degli atti a favore delle associazioni non riconosciute e dei comitati non ne dimostra la soggettività.

¹⁷⁴ Secondo questa norma, il fallimento della società comporta la dichiarazione di fallimento dei soci illimitatamente responsabili.

¹⁷⁵ BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., pp. 173-174.

ogni diverso criterio, come quello organizzativo, utilizzato dalla Corte di Cassazione e ancorato alla presenza di un'organizzazione idonea a manifestare una volontà¹⁷⁶.

Ictu oculi, il criterio funziona. Anzi, esso funziona così bene da sollevare dei dubbi e, in effetti, si risolve in una petizione di principio.

L'attribuzione legislativa dei diritti a un'entità, infatti, può consistere non solo nell'imputazione, ossia nell'attribuire alla situazione giuridica un titolare, ma anche nell'identificare quella stessa situazione con un predicato diverso (ad es. la precedente titolarità del patrimonio ereditario in capo al *de cuius*). Pertanto, ritenere che una norma, la quale riferisce la situazione giuridica a un'entità, faccia automaticamente di quest'ultima un soggetto, significa presupporre proprio ciò che si deve dimostrare, ovvero la presenza di un'imputazione (*i.e.* l'attribuzione a un soggetto), con ciò escludendosi aprioristicamente la mera inclusione in un patrimonio acefalo.

§ 11. Il criterio volontaristico e il suo corollario organizzativo. Critica.

Il criterio tradizionale per predicare la soggettività è quello volontaristico: sono 'soggetti' le entità che possono formare e manifestare una volontà. Tale criterio ha un corollario che potremmo definire 'organizzativo': sono 'soggetti' le entità dotate di un'organizzazione che consenta loro di formare e manifestare una volontà¹⁷⁷.

Questo criterio non trova alcun riscontro normativo, ma ciò non è sufficiente a dimostrarne l'inammissibilità. Giacché manca una norma che fissi il criterio con cui individuare i soggetti diversi dalla persona fisica, allora, delle due, l'una: o il criterio non esiste, oppure esso va ricercato al di fuori del diritto positivo.

Poiché non si è dimostrato che la distinzione tra soggetto e oggetto sia irrilevante, allora il diritto positivo non consente di fare a meno del criterio e costringe a ricercarlo all'infuori del fenomeno giuridico¹⁷⁸.

Di conseguenza, la critica al criterio organizzativo non deve appuntarsi sulla mancanza di un fondamento normativo¹⁷⁹, ma sulla sua incapacità a distinguere i soggetti dai patrimoni acefali.

¹⁷⁶ Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*

La scelta del criterio organizzativo è criticata da: BARBANTI SILVA, *op. cit.*; PACILEO, *op. cit.* SCANO, *op. cit.* ha addebitato alla Suprema Corte un'inversione metodologica.

¹⁷⁷ GORLA, *Le società secondo il nuovo codice*, Milano, 1942, pp. 1 ss.; MESSINEO, *Per l'individuazione del "soggetto collettivo" non-personificato*, *cit.*, pp. 3 ss.; PALERMO, *Le istituzioni prive di riconoscimento*, in *Quadrimestre*, 1990, pp. 565 ss.; OPPO, *L'esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 227; PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000, p. 45; GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, pp. 147 ss.

¹⁷⁸ Ciò si giustifica alla luce della necessità, imposta in linea generale dal diritto positivo mediante l'art. 12 Prel. e l'art. 4 Code Napoléon, di integrare le lacune normative mediante concetti extragiuridici. Si veda, a questo proposito, la nota 148 di questo Capitolo.

¹⁷⁹ Queste critiche al criterio organizzativo utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo ai fondi comuni sono state espresse da:

Difatti, ogni patrimonio ha necessità di essere gestito e richiede quindi una seppur minima organizzazione (es. curatore dell'eredità giacente). Pertanto, secondo il criterio in esame, a ogni patrimonio, dotato di organizzazione, corrisponde un soggetto-titolare, cosicché tutti i patrimoni gestiti – e, dunque, dotati di un'organizzazione – sarebbero dei soggetti. Ma poiché tutti i patrimoni acefali devono essere gestiti, questo significherebbe che non esisterebbe alcun patrimonio acefalo, giacché la gestione del patrimonio dimostrerebbe *ex se* la sua imputazione all'organizzazione. Secondo questo criterio, peraltro, l'eredità vacante, non essendo gestita, sarebbe acefala, ma diventerebbe un patrimonio imputato nel momento in cui le fosse nominato un curatore, *ex art. 528 c.c.*

Il significato del criterio potrebbe anche essere ribaltato. Se solo l'organizzazione è in grado di esprimere una volontà, allora la soggettività compete all'organizzazione e non all'entità che essa è chiamata a gestire. Così, le società sarebbero dei patrimoni acefali, gestiti dagli amministratori, i quali sarebbero gli unici possibili soggetti¹⁸⁰, con uno schema che ricalcherebbe perfettamente quello della relazione tra l'eredità giacente e il curatore.

§ 12. Il criterio per identificare i soggetti sta nell'imputazione giuridica degli atti.

Mentre la definizione di 'patrimonio' è ancorata a una proprietà che può essere facilmente riscontrata in concreto (*i.e.* l'esistenza di un insieme di situazioni giuridiche), è la definizione di 'soggetto' a porre i gravi problemi che abbiamo sin qui ripercorso.

Non è dato sapere quali entità siano effettivamente titolari potenziali di situazioni giuridiche, eccezion fatta per le persone fisiche, per le quali vale il criterio stabilito dall'art. 1 c.c. (nascita). Difatti, sono soggetti di diritto o gli esseri umani – che, nell'attuale contesto culturale, hanno valore in sé – o le entità che possono operare nell'ordinamento, ossia compiere atti produttivi di effetti giuridici. Queste entità, tuttavia, non sono quelle dotate di organizzazione, come solitamente si ritiene, ma quelle, anche prive di organizzazione, cui l'ordinamento imputa il compimento degli atti e non solo gli effetti che ne derivano.

Esaminiamo la posizione dell'eredità giacente e confrontiamola con quella della società per azioni.

L'ufficio di gestore, attribuito al curatore, consiste nella legittimazione a disporre delle situazioni giuridiche. L'eredità giacente non conferisce, però, alcuna procura al curatore. Ciò significa che la rappresentanza volontaria non può dar conto della posizione del curatore dell'eredità.

¹⁸⁰ Basti ricordare che in Germania, secondo M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., pp. 168-169, nota 154, il momento dinamico, ossia lo svolgimento dell'attività, «ha svolto un ruolo decisivo per la configurazione della società di capitali quale soggetto di diritto e non quale ipotesi di patrimonio separato o autonomo. Quest'ultima soluzione avrebbe infatti prospettato la problematica dell'imputazione dell'attività imprenditoriale nelle more del riconoscimento».

Né può immaginarsi una rappresentanza legale: essa è prevista come rimedio all'incapacità d'agire della sola persona fisica che sia titolare dei diritti, persona che è assente nel caso dell'eredità giacente¹⁸¹.

La mente corre allora alla rappresentanza organica. Essa è prevista, ad esempio, per la società per azioni e consiste nell'imputazione sia dell'atto, sia del suo effetto, alla società¹⁸².

La nostra tesi è la seguente: la società è un soggetto perché a essa è imputato, non solo l'effetto dell'atto (ciò che accade anche nell'eredità giacente), ma anche l'atto stesso (diversamente dall'eredità giacente).

Per definizione, il 'soggetto giuridico' è l'entità che può essere titolare di situazioni giuridiche. Questa proprietà (potenziale titolarità) non può essere identificata, in concreto, mediante il criterio dell'imputazione: questo criterio non è una proprietà equivalente alla potenziale titolarità, ma la titolarità stessa¹⁸³.

Di conseguenza, è dimostrato che chiunque tenti di ricavare il criterio della soggettività dal *definiens* non può che incappare in una petizione di principio.

L'unico modo per cercare un criterio logicamente valido e normativamente fondato è, dunque, quello di far leva sul *definiendum*.

Il diritto positivo non offre alcun aiuto, di modo che occorre ricercare un criterio pregiuridico o affermare che non è possibile distinguere tra patrimoni e soggetti. Poiché abbiamo dimostrato che tale distinzione è necessaria, allora bisogna individuare, nei termini già chiariti, un concetto pregiuridico di 'soggetto'.

Secondo questa accezione, il 'soggetto' è l'entità che può formare una volontà.

La dimostrazione della validità di questa tesi dipende da ciò: immaginare un atto senza un soggetto significa contraddire la stessa definizione di 'atto', inteso come il «*fatto di cui sia rilevante la volontarietà*»¹⁸⁴. L'imputazione dell'atto, pertanto, implica la volontà. La volontà, a sua volta, implica il soggetto. Quindi, se un atto è imputato a un'entità, questa è un soggetto.

Preme sottolineare che l'imputazione giuridica di un atto è soltanto uno dei criteri di identificazione del soggetto giuridico. La soggettività può, infatti, essere predicata in concreto a partire da altri elementi, come l'imputazione legislativa *expressis verbis* delle situazioni giuridiche (purché essa sia formulata in modo tale da sancire la titolarità dei diritti ed escludere la loro mera inclusione in un patrimonio). Questi elementi normativi, tuttavia,

¹⁸¹ Per un'interessante analisi della distinzione tra la legittimazione e la capacità d'agire e riguardo al fatto che la rappresentanza legale attiene esclusivamente alla capacità stessa, v. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, pp. 313 ss.

¹⁸² BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, pp. 78-79; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 44; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1047.

¹⁸³ Il 'soggetto' (*definiendum*) è «*l'entità idonea a essere titolare di situazioni giuridiche*» (*definiens*). Il criterio, per la logica, consiste in una proprietà equivalente a quella in cui consiste il *definiens*, tale che le due proprietà si implicano a vicenda.

¹⁸⁴ L'affermazione per cui la qualifica di 'atto' presuppone la rilevanza giuridica della volontarietà è costante. Si vedano, tra i molti: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 81 ss.; FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, pp. 4 ss.

consistono in delle interpretazioni letterali. Ciò che, invece, abbiamo ricercato e speriamo di aver trovato è un criterio da utilizzare quando la disciplina è lacunosa o ambigua.

Non stiamo affermando che il soggetto è l'entità idonea a compiere atti. Il pensiero va ribaltato: è 'atto' quel fatto che sia imputato a un soggetto. La presenza di un atto e la sua imputazione implicano rispettivamente: a) l'esistenza di un fatto volontario che, a sua volta, implica un soggetto; b) l'attribuzione di quell'atto a una determinata entità, eventualmente diversa da quella che l'ha fisicamente compiuto.

La nostra teoria, dunque, non si espone alle critiche che abbiamo rivolto al criterio volontaristico e organizzativo, secondo il quale è 'soggetto' solo quell'entità che possa manifestare una volontà. Infatti, una persona in coma non è in grado di esprimere alcuna volontà, eppure, *ex art. 1 c.c.*, resta un soggetto. Nel contempo, un'entità, alla quale siano normativamente imputati degli atti compiuti materialmente da un'entità estrinseca, è un soggetto, indipendentemente dall'esistenza di un'organizzazione al proprio interno.

La soggettività dell'entità indica la sua idoneità a essere titolare di diritti e obblighi. Pertanto, il termine 'società' ha due accezioni, le quali rappresentano due fenomeni distinti: il soggetto e il suo patrimonio. Questa duplicità di significati ne fa un patrimonio entificato. L'idoneità alla titolarità del patrimonio sociale comporta che questo deve essere imputato alla società, giacché altrimenti non avrebbe senso immaginarne la soggettività: alla società non sarebbero imputati gli unici diritti che potrebbero esserle attribuiti, di modo che essa non sarebbe nemmeno potenzialmente titolare di situazioni giuridiche, così contraddicendosi la stessa definizione di 'soggetto'.

Ciò detto, occorre indagare quali siano i rapporti, per le entità diverse dalle persone fisiche, tra il profilo dinamico, ossia l'imputazione degli atti, e quello statico, ossia l'imputazione delle situazioni giuridiche. In altri termini: perché il concetto giuridico di soggettività dovrebbe corrispondere a quello pregiuridico di soggetto, incentrato sulla presenza di una volontà? Il termine 'soggetto', infatti, potrebbe avere due differenti accezioni, corrispondenti a due diverse proprietà (giuridica: potenziale titolarità dei diritti; pregiuridica: volontarietà dei fatti), tra loro non equivalenti.

Due proprietà possono essere considerate logicamente equivalenti se e solo la prima proprietà implica la seconda e viceversa. Tale implicazione reciproca, tuttavia, pare difficilmente dimostrabile. Il primo concetto di 'soggetto', infatti, è giuridico, ossia formale, imposto convenzionalmente dai giuristi. La seconda definizione, pregiuridica, è invece intuitiva, indimostrabile, auto-evidente. Le due accezioni stanno quindi su piani diversi e non comunicanti, cosicché non sembra possibile dimostrare che l'imputazione dei diritti implichi l'imputazione degli atti e viceversa.

Occorre tentare un'altra strada.

Il patrimonio può essere identificato da un predicato diverso dal soggetto, salvo che si voglia intendere, con quest'ultimo termine, qualsiasi predicato che, assieme a titolo e oggetto,

identifica la situazione giuridica. Questo però significa che uno scopo, o una soggezione a un'attività imprenditoriale (come quella di investimento collettivo del risparmio) possa dirsi soggetto.

Una definizione siffatta, che riecheggia nella cd. «*titolarità funzionale*»¹⁸⁵, non è convincente per le seguenti ragioni.

Il soggetto è titolare di un qualcosa e non è credibile che il sistema giuridico, inteso come fenomeno sociale, non astratto dalla cultura della comunità che lo crea, possa ritenere che uno scopo sia titolare di qualcosa. Né, ancora, che un qualcosa privo di volontà, e diverso dalla persona fisica, possa essere un soggetto¹⁸⁶.

Se anche non ci fosse una distinzione disciplinare tra il soggetto e il patrimonio acefalo, l'utilizzo di uno stesso termine per indicare concetti diversi offuscherebbe la chiarezza del discorso giuridico e quindi la costruzione del sistema, con ripercussioni innegabili sulla condivisione delle soluzioni pratiche e, quindi, sulla certezza del diritto¹⁸⁷.

§ 13. Profilo funzionale e profilo strutturale del distinguo tra il patrimonio entificato e il patrimonio acefalo. Le due accezioni del 'patrimonio'.

Nella stesura di questa tesi, avevamo per lungo tempo avuto l'impressione che il patrimonio acefalo si distinguesse strutturalmente da quello entificato. Pertanto, il criterio interpretativo generale, che eravamo sicuri di poter fornire ai pratici, era il seguente: se le norme da applicare si incentrano, come per la trascrizione, sulla funzione (*i.e.* separazione patrimoniale bilaterale), allora non occorre chiedersi quale sia la natura dell'entità esaminata, giacché le conseguenze disciplinari saranno comunque le stesse. Se, invece, le norme, della cui applicazione si discute, fanno perno sulla struttura del patrimonio, allora è necessario verificare la struttura dell'entità coinvolta.

Quest'argomentazione, di cui subito dimostreremo la fallacia, si è potuta configurare, e continua ad alimentare le discussioni sui fondi comuni di investimento, perché coloro che hanno sinora sostenuto l'irrelevanza della distinzione tra patrimonio acefalo e patrimonio

¹⁸⁵ COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

¹⁸⁶ Una tale deviazione dal senso comune, ossia dal significato pregiuridico di 'soggetto', è ammissibile solo se necessaria, ad esempio per considerazioni di ordine morale, come quella che traspare nell'art. 1 c.c., il quale attribuisce la qualifica di soggetti anche alle persone fisiche inidonee a esprimere una volontà.

¹⁸⁷ Vengono alla mente le parole che, seppure in diverso contesto, ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva*, cit., pp. 198-199, ha dedicato alla distinzione tra i due concetti di 'situazione legittimante' e di 'situazione legittimata': «*ci si può [...] rassegnare a che la parola legittimazione abbia due significati: indichi cioè, in primo luogo, la posizione in cui, secondo le regole del diritto processuale, taluno può chiedere, in nome proprio [...] di pronunciare in merito su una certa controversia, ma designi in secondo luogo, e promiscuamente, la posizione di titolarità attiva o soggettiva passiva, secondo le regole del diritto sostanziale, del rapporto di cui si contende, naturalmente nell'ipotesi che questo rapporto esista. Quale guadagno si ricavi, però, a impiegare la stessa parola per due idee che sono intimamente diverse, e che corrispondono a due situazioni, alle quali non si potrà mai applicare lo stesso trattamento giuridico, è domanda alla quale sarebbe ben difficile rispondere [...]*».

entificato non l'hanno dimostrata, ancorandola all'aprioristica dicotomia persona-soggetto, per cui il patrimonio acefalo è assorbito dal soggetto stesso¹⁸⁸.

Occorre una dimostrazione dei profili di rilevanza del distinguo tra patrimonio entificato, acefalo e separato, che possa finalmente porre fine alle dispute e, creando consenso nella comunità scientifica, garantire la certezza del diritto. Tale dimostrazione ci offrirà un criterio interpretativo generale e solido con cui stabilire in che modo le differenze tra i tre istituti (patrimonio entificato, acefalo e separato) possano interagire con i diversi settori dell'ordinamento.

Incominciando dal profilo strutturale, possiamo dire che vi è identità assoluta tra le tre *figurae*. In ogni caso, infatti, il patrimonio consisterà in un insieme di situazioni giuridiche.

Dal punto di vista funzionale, invece, vi sono delle differenze, giacché emergono due accezioni del termine 'patrimonio'. La prima (che potremmo indicare con l'espressione 'patrimonio primario') si incentra sul comune soggetto-titolare (o sul comune predicato identificativo acefalo) delle situazioni giuridiche. La seconda fa perno sulla comune sottoposizione di più situazioni giuridiche, già di per sé identificate da un soggetto-titolare o da un predicato acefalo, all'azione esecutiva di un ceto creditorio (che scegliamo di designare con l'espressione 'patrimonio secondario', giacché integra un sotto-insieme del patrimonio primario, presupponendolo). Al patrimonio primario devono essere ricondotti quello entificato e quello acefalo, mentre quello secondario consiste nel patrimonio separato.

L'omologia tra patrimonio entificato, acefalo e bilateralmente separato consiste nella separazione patrimoniale, ovverosia nella divisione dei creditori e nella limitazione delle loro azioni esecutive. In ogni caso, infatti, i creditori del patrimonio possono aggredirlo e non possono sottoporre all'azione esecutiva altri patrimoni.

Tale fenomeno avviene, nei patrimoni primari (entificato e acefalo), mediante la norma implicita dell'art. 2740, comma 1 c.c. Se, infatti, tale disposizione afferma espressamente che il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri, essa sancisce anche che i soggetti diversi dal debitore non rispondono delle obbligazioni di questo. Conseguentemente, la responsabilità per debiti altrui è un'ipotesi eccezionale.

Quello bilateralmente separato, invece, è un patrimonio secondario. Esso presuppone quello primario, giacché crea dei sottoinsiemi all'interno di quest'ultimo. La separazione dei creditori, proprio per questo, non può realizzarsi ai sensi dell'art. 2740, comma 1, giacché tutti i creditori sono accomunati dall'essere tali in riferimento a un unitario patrimonio primario. È quindi necessaria, *ex art. 2740, comma 2*, un'espressa previsione normativa, affinché, nonostante l'unitarietà del patrimonio debitorio, i suoi creditori siano separati.

¹⁸⁸ Si vedano i precedenti paragrafi di questo capitolo.

Vi è dunque omologia funzionale tra l'esclusione della responsabilità per debito altrui (norma implicita dell'art. 2740, comma 1) e la separazione patrimoniale bilaterale (art. 2740, comma 2 c.c.).

Difatti, per sottrarre un insieme di situazioni giuridiche all'azione esecutiva di taluni creditori, è possibile istituire dei patrimoni primari (patrimonio entificato o acefalo)¹⁸⁹, oppure creare un patrimonio bilateralmente separato e imputato al gestore¹⁹⁰. In entrambi i modi, si garantirà che quel patrimonio risponda soltanto dei debiti inerenti alla sua gestione, escludendo che esso sia gravato da quelli dei conferenti e del gestore. Oltre alla nota omologia funzionale tra la costituzione di una società e l'istituzione di un patrimonio bilateralmente separato¹⁹¹, allora, si aggiunge quella tra questi due istituti e il patrimonio acefalo.

Tuttavia, l'omologia tra i due patrimoni primari e quello secondario, è, al contrario di quanto affermato in dottrina, soltanto parziale, limitandosi alla separazione dei creditori e dunque al regime della responsabilità patrimoniale.

Difatti, mentre il patrimonio secondario rileva unicamente agli effetti dell'esclusione dell'azione esecutiva di alcuni creditori (*ex* art. 2740, comma 2), il patrimonio primario (entificato o acefalo) rileva «*a tutti gli effetti*».

Poiché vi è identità strutturale tra i diversi tipi di patrimonio, la ragione della loro differenza deve attenersi a un elemento estrinseco alle situazioni giuridiche di cui si compongono. Dato che il patrimonio sta in corrispondenza biunivoca col predicato che lo identifica (es. soggetto-titolare)¹⁹², allora discorrere del profilo funzionale del patrimonio primario significa indagare la rilevanza di quello stesso predicato, il quale determina l'identificazione degli oggetti negoziali e processuali, la responsabilità di cui all'art. 2740, comma 1 c.c., la successione a titolo particolare, nonché quella universale. Pertanto, non esiste una funzione generale del patrimonio primario, ma, poiché parlare di esso significa discorrere del suo titolare (o del suo predicato identificativo acefalo), vi sono tante funzioni quante quelle cui assolve il predicato medesimo. Perciò, mentre il patrimonio secondario rileva unicamente agli effetti dell'art. 2740, comma 2, il patrimonio primario, pur non avendo

¹⁸⁹ Il patrimonio della Società Alfa non risponde dei debiti della società Beta, né di quelli del fondo comune Gamma o di Tizio.

¹⁹⁰ La mente corre al patrimonio separato di cui all'art. 2447 *bis* c.c.

¹⁹¹ Secondo la *Relazione allo schema di decreto legislativo* recante «*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*», *cit.*, il patrimonio destinato è «*operativamente equivalente alla costituzione di una nuova società, col vantaggio della eliminazione dei costi di costituzione, mantenimento ed estinzione della stessa*». GAZZONI, *Manuale, cit.*, p. 837, avverte di non trarre, dall'omologia funzionale, la convinzione per cui questi patrimoni sarebbero parimenti approvati dall'ordinamento: «*chi opera questa identificazione motiva instaurando un grossolano e superficiale accostamento con il (libero) diritto di alienare [...] senza considerare però che la separazione patrimoniale, essendo l'eccezione rispetto alla regola della creazione di un nuovo soggetto, necessita di filtri e cautele [...] a tutela dei creditori*».

¹⁹² È il secondo dogma di Rau e Aubry, secondo il quale a ogni soggetto corrisponde un solo patrimonio.

un'unitaria rilevanza generale, rileva «*a tutti gli effetti*» (separazione patrimoniale, negozi, trascrizione, successione, processo, ecc.).

Questo non significa che la presenza o l'assenza di un soggetto-titolare – la quale distingue concettualmente i due patrimoni primari, ossia quello entificato da quello acefalo – sia normativamente irrilevante. Difatti, non è possibile escludere, *a priori* – come invece è stato fatto dalle dottrine criticate in questo Capitolo¹⁹³ – che esista una norma la cui applicabilità presuppone necessariamente la sussistenza di un titolare: *incivile est, nisi tota lege perspecta, iudicare vel respondere*.

Al contrario, queste norme esistono e sono quelle che tutelano i diritti della personalità, applicabili unicamente ai soggetti (persone fisiche o enti, anche non riconosciuti¹⁹⁴), non invece agli oggetti (*i.e.* patrimoni acefali).

Affermare, infatti, che il patrimonio acefalo (*i.e.* l'insieme di situazioni giuridiche) sia dotato del diritto al nome, all'onore, al prestigio, all'identità, alla libertà di azione, equivale a sostenere che la proprietà sul fondo Corneliano, in esso inclusa, abbia diritto a veder riconosciuto il proprio nome e rispettato il proprio onore.

Ecco, allora, l'abnormità giuridica che consegue all'assurdo concettuale, consistente nell'identificazione del soggetto con l'oggetto e, dunque, del patrimonio entificato con quello acefalo. Paradossalmente, quindi, la distinzione disciplinare tra questi due patrimoni risiede in qualcosa che sta tradizionalmente al di fuori del patrimonio¹⁹⁵, ossia nei diritti della personalità¹⁹⁶.

¹⁹³ § 9. Segue: la distinzione tra soggettività e personalità non assorbe il patrimonio acefalo.

¹⁹⁴ Per la sussistenza di tali diritti in capo ai soggetti giuridici, anche privi della personalità, si veda: RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, pp. 225 ss.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, p. 46; GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza, Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1983, p. 853; PINO, *Sul diritto all'identità personale degli enti collettivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, pp. 470 ss.; GAZZONI, *Manuale, cit.*, pp. 179 ss.; MAESTRI, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, 2012, p. 74; MANNINO e ARDIZZI, *Diritti inviolabili ed enti di diritto privato*, in RUSCICA (a cura di), *I diritti della personalità*, Milano, 2013, pp. 1115 ss.

Nella giurisprudenza, tra le molte, v. Cass., sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, in *Il civilista* 2009, 10, 26, con nota di Di Rago e Mileo, e in *Il civilista* 2011, 2, 30, con nota di Pulice.

Poiché tali diritti spettano anche a soggetti che non sono persone, né fisiche, né giuridiche, verrebbe da parlare di “diritti della soggettività”, piuttosto che “della personalità” (i quali ultimi diritti competono pienamente alle sole persone fisiche).

¹⁹⁵ È per questo che, sino a questo momento, non si è stati in grado di vedere la differenza disciplinare tra patrimonio entificato e acefalo. Se si ragiona soltanto sul patrimonio, allora non è possibile scorgere alcuna diversità, giacché i diritti della personalità non sono compresi al suo interno.

Secondo G.B. FERRI, *Persona e privacy*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1982, I, pp. 85 ss., i diritti della personalità, infatti, hanno carattere non patrimoniale, ma morale e mirano a difendere beni non solo immateriali, ma anche inerenti alla persona fisica, cosicché non si può concepire un uomo privo del godimento di tali diritti. Essi sono dunque immutabili (*i.e.* inalienabili e imprescrittibili), a differenza del patrimonio, la cui caratteristica variabilità consente la circolazione giuridica e il dinamismo dei rapporti e, quindi, dell'intera economia. I diritti della personalità, al contrario, avendo un valore autonomo e assoluto, sono posti *extra commercium*. È in questa chiave, allora, che si può leggere il passo di RAU e AUBRY, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C. S. Zachariae, cit.*, p. 347, secondo cui «*toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien*».

¹⁹⁶ Ad ogni modo, l'eterogeneità concettuale dei patrimoni acefali e di quelli entificati, richiederebbe, in sé e per sé, di utilizzare il termine ‘soggetto’ unicamente per le entità che vi possono

Il patrimonio entificato, stante la presenza di un soggetto-titolare, è un insieme che ha una rilevanza superiore a quella della semplice somma delle sue parti (*i.e.* situazioni giuridiche patrimoniali); l'importanza del patrimonio acefalo, al contrario, consiste unicamente in quella somma.

Pertanto, i diritti della personalità spettano a Tizio, non sussistendo, invece, in capo alla sua eredità vacante. Quei diritti, infatti, sono intrasmissibili.

Abbiamo quindi accertato che la distinzione concettuale tra il soggetto-titolare e il predicato identificativo acefalo è normativamente rilevante, il che giustifica la ricerca del criterio della soggettività, pocanzi elaborato.

È quindi dimostrato che tra il patrimonio entificato, quello acefalo e quello bilateralmente separato appartenente a un soggetto:

- 1) vi è diversità concettuale: ciò impone, per la correttezza scientifica, la chiarezza metodologica e la realizzazione della certezza del diritto, di utilizzare termini diversi, invece di ricomprendere tutti gli istituti all'interno del concetto di 'soggetto';
- 2) vi è una parziale identità disciplinare funzionale: i tre istituti garantiscono la separazione patrimoniale bilaterale, ma solo i patrimoni primari hanno rilevanza a ogni effetto;
- 3) vi è identità disciplinare strutturale: le situazioni giuridiche e quindi i patrimoni, siano imputati o no, restano strutturalmente identici a se stessi, cosicché le norme che presuppongono la struttura, ossia la situazione giuridica e il patrimonio, si applicheranno in maniera identica ai tre istituti.

Al contrario, vi è diversità sia concettuale, sia disciplinare in merito ai predicati che li identificano, avendosi soluzioni normative eterogenee a seconda che i patrimoni siano dotati, o privi, di un soggetto-titolare.

Il patrimonio del soggetto è unico: tutte le situazioni giuridiche sono imputate a un unico titolare. Pertanto, la separazione patrimoniale non incide sull'identificazione dei diritti e sulla loro imputazione, ma unicamente sulla loro sottoponibilità all'azione esecutiva di questo o di quel creditore. Da questo punto di vista, le due accezioni del 'patrimonio' operano su due piani distinti: imputazione ed esecuzione. Di conseguenza, se il secondo principio di Rau e Aubry – secondo cui ogni soggetto ha un solo patrimonio¹⁹⁷ – è ancorato all'imputazione, allora esso non è contraddetto dalla separazione patrimoniale e resta valido, essendo financo

davvero essere ricomprese e non, dunque, per i patrimoni acefali. Ne va della chiarezza del discorso e dunque della certezza del diritto, già pesantemente compromessa da dispute che vanno risolte, non negate.

¹⁹⁷ RAU e AUBRY, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C. S. Zachariae, cit.*, p. 347: «le patrimoine étant une émanation de la personnalité, est l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte: que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien; que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot». Il senso proprio del termine 'patrimonio', dunque, consisterebbe, secondo i due Autori, nel solo patrimonio primario.

tautologico. È, infatti, ovvio che il patrimonio primario, individuato dall'appartenenza a un soggetto-titolare (o da un predicato acefalo), sia unico come quest'ultimo.

Auspichiamo di aver finalmente dimostrato le relazioni logico-giuridiche tra questi istituti, così da concorrere alla chiusura di dispute che, pur essendo largamente terminologiche, sono in grado di produrre gravi conseguenze pratiche, consistenti sia in soluzioni *contra legem*¹⁹⁸, sia nella continua incertezza e instabilità delle soluzioni *secundum legem*¹⁹⁹.

§ 14. La rilevanza della distinzione tra il patrimonio bilateralmente separato e quello acefalo.

Il criterio che abbiamo elaborato per stabilire la soggettività di un patrimonio non instaura una *summa divisio* per cui *tertium non datur*. Al contrario, una volta accantonata quella soggettività, resta ancora da comprendere se esso sia imputato o no a colui che lo gestisce. Nel primo caso, si ha un patrimonio separato; nel secondo caso, ci si trova di fronte a un patrimonio acefalo.

Non solo vi è identità funzionale parziale tra il patrimonio bilateralmente separato e quello acefalo (separazione patrimoniale bilaterale), ma vi è anche identità di struttura, giacché entrambi gli istituti consistono in un insieme di situazioni giuridiche.

Tuttavia, abbiamo dimostrato che la differenza tra il patrimonio acefalo e quello bilateralmente separato è rilevante quando le norme si incentrano, non sui patrimoni, ma sui predicati che li identificano²⁰⁰.

Occorre quindi elaborare un criterio che distingua queste due *figurae*²⁰¹.

§ 15. Il criterio per distinguere il patrimonio bilateralmente separato da quello acefalo.

Tre sono i profili che possiamo prendere in considerazione, prendendo le mosse dal diritto di proprietà: a) la responsabilità patrimoniale; b) la disposizione; c) il godimento.

Quanto al primo profilo, si è già chiarita la parziale identità funzionale del patrimonio separato rispetto a quello acefalo, ma essa è la conseguenza di una distinzione concettuale di cui occorre individuare il fondamento.

¹⁹⁸ La mente va all'orientamento di legittimità secondo cui la trascrizione deve essere effettuata a favore della S.G.R.

¹⁹⁹ Si pensi alla corretta prassi notarile di eseguire le trascrizioni a favore del fondo comune d'investimento, prassi contraddetta dalla giurisprudenza di legittimità ripercorsa nel Capitolo I.

²⁰⁰ Una norma, incentrata sulla presenza di un titolare, si potrà applicare al patrimonio separato e a quello entificato, mai a quello acefalo.

²⁰¹ Un profilo di rilevanza della distinzione tra predicato acefalo e soggetto attiene alle modalità con cui il patrimonio "speciale" viene dotato di situazioni giuridiche. Difatti, nel caso del patrimonio entificato e di quello acefalo, la dotazione integra un trasferimento. Al contrario, nell'ipotesi di patrimonio separato, la dotazione consiste in una destinazione.

Il profilo della disponibilità del diritto non consente di distinguere i due istituti: in entrambe le ipotesi vi è un gestore legittimato a disporre delle situazioni incluse nel patrimonio. Nel caso del patrimonio acefalo questa legittimazione trae la propria fonte dall'ufficio gestorio, mentre nel caso del patrimonio separato essa consiste nel potere di disposizione insito nella proprietà di cui il gestore è titolare.

Non resterebbe, quindi, che il profilo del godimento. Quando la Legge, pur stabilendo la separazione patrimoniale bilaterale, nega al soggetto legittimato a disporre il diritto di godere della cosa in modo pieno e assoluto, allora il soggetto stesso non è titolare del godimento e quindi della proprietà. In quei casi, pertanto, il patrimonio non è separato – ciò che ne implicherebbe l'imputazione al gestore – ma acefalo. Ciò è quanto accade per l'eredità giacente. L'obbligo del gestore di rendere il conto della propria gestione, infatti, dimostra che egli non può far proprie le utilità che si traggono dal patrimonio ereditario.

Ci si obietterà che, sia nel caso del patrimonio separato, sia in quello del patrimonio acefalo, i frutti della cosa che vi sono ricompresi non possono essere inclusi nel patrimonio generico del gestore, ma esclusivamente in quello “speciale”, cosicché in entrambi i casi essi hanno un vincolo di destinazione e sono caratterizzati dalla separazione bilaterale. Perciò l'imputazione o meno di quei frutti al gestore è totalmente irrilevante ai fini della distinzione tra patrimonio separato e acefalo, con la conseguenza che è la stessa imputazione e dunque il ruolo del soggetto a esserne annullati. Pertanto, la prima accezione del patrimonio, incentrata sulla titolarità, sarebbe assorbita dalla seconda, concernente l'azione esecutiva dei creditori.

Occorre allora intendersi su che cosa si intende per ‘diritto di godimento’. Se ci si riferisce alla percezione delle utilità della cosa durante la gestione nell'interesse altrui, allora tale diritto sussiste in capo al gestore a prescindere dalla distinzione tra patrimonio separato e acefalo. In ogni caso, infatti, i frutti entreranno a far parte del patrimonio gestito nell'interesse altrui.

Tuttavia, mentre la separazione patrimoniale può venire meno per l'esaurimento della destinazione, l'acefalia dei diritti può venire meno, una volta che la gestione si sia esaurita, soltanto per il tramite di un trasferimento dal patrimonio acefalo a quello del gestore. Ebbene, l'unica norma che concerne la cessazione della gestione dell'eredità giacente è l'art. 532 c.c., secondo cui il patrimonio acefalo si trasferisce all'erede, mentre il curatore cessa dalla propria funzione (*i.e.* legittimazione a disporre). Il curatore, infatti, dovendo rendere il conto della propria gestione (art. 529 c.c.) e dovendo quindi agire nell'interesse altrui (successibili e creditori ereditari), non può imputare i diritti al proprio patrimonio. Poiché è insito nel concetto di ‘successione’ che la proprietà trasmessa all'erede resti identica a quella imputata al *de cuius*, e giacché il curatore non è titolare del godimento che di quella proprietà è una componente, allora l'eredità non è un patrimonio separato del curatore, bensì un patrimonio acefalo.

Se, dunque, la normativa non prevede – nonostante la gestione nell'interesse altrui e la separazione patrimoniale bilaterale²⁰² – che al termine della gestione i diritti sono attribuiti al soggetto che ne era il gestore, allora costui non ne era titolare nemmeno durante la gestione²⁰³. A volere opinare altrimenti, arriveremmo a un assurdo: il gestore era titolare dei beni, i quali divengono acefali proprio nel momento in cui, con la fine della gestione, l'interesse altrui si è esaurito.

Quando invece, in seguito al venir meno della gestione, i diritti sono inclusi nel patrimonio generico del gestore, senza che se ne preveda alcun trasferimento in suo favore, allora egli ne era titolare già durante la gestione stessa²⁰⁴.

§ 16. Conclusioni su 'patrimonio' e 'soggetto'.

Il titolare dei diritti non è imprescindibile per l'ordinamento, giacché non lo è per i terzi (creditori, aventi causa e beneficiari della gestione). Essi, al contrario, hanno necessità di trovarsi di fronte un gestore, ossia un legittimato a disporre, giacché, ove costui manchi, i creditori non possono aggredire il patrimonio, gli aspiranti aventi causa non possono stipulare un negozio di acquisto e i beneficiari non vedono eseguita la gestione da cui dovrebbero trarre vantaggio. La natura sociale del fenomeno giuridico, allora, non implica la soggettivizzazione delle situazioni che esso crea.

Tutto ciò dimostra l'imprescindibilità degli oggetti (*i.e.* delle situazioni giuridiche che sono l'effetto delle norme, e dunque delle norme stesse) e la sostituibilità (non l'assoluta irrilevanza) del titolare.

La distinzione tra il patrimonio primario e quello secondario, allora, consiste nell'eterogeneità dei ruoli dei soggetti che sono legittimati a disporre, i quali possono essere dei titolari oppure dei semplici gestori. La differenza tra tali posizioni è innegabile, giacché, ad esempio, solo nell'estinzione del titolare si può immaginare una successione universale nel patrimonio gestito. Una volta escluso che il gestore sia un titolare, e che quindi il patrimonio sia secondario, resterà da comprendere se esso sia entificato o acefalo, secondo il criterio della soggettività che abbiamo elaborato, avente una rilevanza applicativa limitata ai casi in

²⁰² Rimarchiamo che, ove la separazione sia soltanto unilaterale (ad es. art. 2645 *ter* c.c.), non vi è omologia funzionale tra il patrimonio separato e quello acefalo: la possibilità, per i creditori funzionali, di aggredire il patrimonio generico del gestore, significa che anche quello separato è imputato al gestore medesimo. Stante l'imputazione, il patrimonio unilateralmente separato non è un omologo funzionale di quello acefalo e di quello entificato.

²⁰³ Ciò è compatibile sia con un patrimonio entificato, sia con un patrimonio acefalo, di modo che occorrerà, per comprendere finalmente la natura dell'istituto di volta in volta esaminato, applicare anche i criteri per verificarne (o falsificarne) la soggettività.

²⁰⁴ È il caso dei patrimoni destinati (e bilateralmente separati) delle società per azioni di cui agli artt. 2447 *bis* ss. c.c.

GAZZONI, *Manuale, cit.*, p. 654, riconduce alla separazione unilaterale il fondo patrimoniale e la fattispecie di cui all'art. 2645 *ter* c.c., mentre considera il patrimonio, di cui all'art. 2447 *bis* c.c. un'ipotesi di separazione bilaterale.

cui la norma presupponga, non il semplice insieme di situazioni giuridiche, ma la presenza o assenza di un loro titolare (es. diritti della personalità).

La differenza concettuale tra il patrimonio primario e quello secondario ha quindi una rilevanza linguistica, costituendo un modo alternativo di indicare la posizione, sostanziale e processuale, del soggetto legittimato a disporre.

Il discorso giuridico, pertanto, riferendosi ai patrimoni, rischia di restare intrappolato in un errore di prospettiva, a causa del quale non si riesce a percepire che, quando si discute della natura dei patrimoni stessi, si sta, in realtà, ragionando intorno alla situazione di colui che li gestisce.

Non bisogna quindi domandarsi che differenza ci sia tra l'estinzione del titolare del patrimonio imputato (entificato o separato) e l'estinzione del predicato, alternativo al titolare, che identifica il patrimonio acefalo²⁰⁵. I due predicati, soggettivo e oggettivo, essendo degli omologhi funzionali, identificheranno il patrimonio, di modo che la loro estinzione produrrà sempre il medesimo effetto, ossia la successione universale. Occorre invece domandarsi, di volta in volta, quale sia la conseguenza, ad esempio, dell'estinzione del gestore, ciò che richiede di indagarne la natura (titolare o mero legittimato a disporre).

Insomma, il patrimonio è una costante, mentre sono le posizioni dei soggetti (titolari o meri gestori) a costituire una delicata variabile quando si tenta di distinguere il patrimonio primario da quello secondario. Questo è il primo *fil rouge* del nostro studio.

Il secondo filo conduttore, invece, sta nella rilevanza del distinguo, interno ai patrimoni primari, tra il patrimonio acefalo e quello entificato.

Discutere della natura dei patrimoni, allora, significa indagare qualcosa che non vi è ricompreso e che afferisce ai soggetti. Ci riferiamo alla posizione del gestore e alla natura (soggettiva o acefala) del predicato identificativo.

La distinzione tra soggetto e oggetto, infatti, è una questione di relazioni tra le entità giuridicamente rilevanti. Queste relazioni hanno strutture diverse – involgendo o escludendo i diritti della personalità – a seconda degli estremi, soggettivi e/o oggettivi, tra cui intercorrono.

È alla luce di queste coordinate, che ci muoveremo nei prossimi capitoli e che formuleremo le nostre conclusioni sistematiche.

²⁰⁵ Tale estinzione, come vedremo nel Capitolo V, si verifica nella scissione dei fondi comuni

CAPITOLO III

GLI ISTITUTI FONDAMENTALI PER LA RICOSTRUZIONE DEI PROFILI PROCESSUALI DEI PATRIMONI SEPARATI

SOMMARIO: § 1. La contraddizione tra la necessità processuale del soggetto e la sua non necessaria sussistenza nel mondo sostanziale. § 2. La capacità di essere parte. § 3. La *legitimatio ad causam* e la sostituzione processuale. § 4. Segue: *legitimatio ad causam* e possibilità giuridica. § 5. La *legitimatio ad processum*. § 6. La rappresentanza processuale e la *contemplatio domini*. § 7. Gli istituti esaminati presuppongono, per come intesi dalla tradizione, l'imputazione delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio. § 8. Ridefinizione della *legitimatio ad causam*. § 9. Il rappresentante processuale possiede sia la *legitimatio ad processum* rappresentativa, sia la *legitimatio ad causam*. Comparazione con il sostituto processuale. § 10. Distinzione tra la *contemplatio domini* e la legittimazione processuale rappresentativa. § 11. Nuovo inquadramento del *falsus procurator*. § 12. Le conseguenze della ridefinizione dei rapporti tra *legitimatio ad causam* e *legitimatio ad processum* per i patrimoni separati e gli indizi da ricercare nel diritto positivo ai fini del loro inquadramento processuale. § 13. I rapporti (meramente eventuali) tra la capacità di essere parte e la soggettività sostanziale. § 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

§ 1. La contraddizione tra la necessità processuale del soggetto e la sua non necessaria sussistenza nel mondo sostanziale.

Secondo quanto detto nel Capitolo II, il diritto civile ammette situazioni giuridiche prive di titolare.

Tuttavia, il problema al quale è dedicata quest'opera e che finora è stato oscurato dalle discussioni della dottrina civilistica, è la contraddizione sussistente tra la possibilità che un diritto sia privo di titolare e il principio processuale secondo cui i diritti devono essere fatti valere in giudizio da un soggetto.

Tale principio incide su tre istituti centrali per la costruzione sistematica del processo e fondati dalla tradizione proprio sull'inesistente principio di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche: la capacità di essere parte, la *legitimatio ad causam* e la *legitimatio ad processum*. L'architettura logica del sistema processualcivilistico è, infatti, strutturalmente

distinta da quella civilistica, ma, essendo funzionale all'attuazione del diritto materiale, poggia, in larga parte, su concetti propri a quest'ultimo²⁰⁶.

La centralità dei tre istituti processuali menzionati è confermata dalla prassi. In merito ai fondi comuni di investimento, infatti, le questioni processuali centrali possono così riassumersi: chi può agire per la tutela dei diritti ricompresi nel fondo? Il fondo è dotato della capacità di essere parte? La legittimazione spetta al fondo, alla S.G.R. promotrice, a quella incaricata della gestione o agli investitori?

Procederemo nel modo seguente. In primo luogo, riprenderemo la definizione tradizionale degli anzidetti istituti processuali e, in seguito, verificheremo la compatibilità di questa tradizione con i diritti privi di titolare. Dopo aver compiuto questo studio teorico, dal quale emergeranno alcune distonie e la parziale infondatezza del principio per cui *processus est actus ad minus trium personarum*, guarderemo alle indicazioni processualistiche offerte dal diritto positivo e ne trarremo gli indizi necessari per offrire soluzioni ai problemi sui quali la normativa tace²⁰⁷.

§ 2. La capacità di essere parte.

Il codice di procedura civile impiega il termine 'parte' in tre diverse accezioni: a) «*il soggetto che, avendo [...] esercitato il potere (o subito, come destinatario dell'atto, l'esercizio del potere) di provocare una pronuncia del giudice, è divenuto titolare di uno o più poteri processuali (o ha acquistato un ruolo soggettivo di destinatario rispetto all'esercizio di poteri processuali altrui), e in tale veste sta in giudizio*»²⁰⁸; b) il soggetto cui sono imputati gli effetti degli atti processuali, ossia «*colui che sta in giudizio col nome comportandosi o potendosi comportare come possibile titolare di una eventuale azione*»²⁰⁹; c)

²⁰⁶ Sulla relazione intercorrente tra diritto materiale e processuale: ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, cit., pp. 125 ss.; CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova 1928, p. 212; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007, p. 11; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, p. 85, ove si afferma che «*lo studio del diritto processuale civile è principalmente il riesame della disciplina del diritto privato sostanziale attraverso l'ottica privilegiata che offre il processo*» e si precisa che tale rapporto di strumentalità tra i due sistemi è meramente relativo dato che l'esercizio del potere giurisdizionale è influenzato da esigenze pubblicistiche, estranee alle norme di diritto privato che regolano la *res in iudicium deducta*. Nello stesso ordine di idee, RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, I, p. 182, il quale critica quella giurisprudenza che pretende di ricavare le soluzioni processualistiche in via diretta ed automatica dall'inquadramento sostanziale delle entità dedotte nel processo. Aderisce a questa censura LUPERTO, *Gli effetti sostanziali e processuali dell'estinzione della società*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.3, 2015, pp. 246 ss.

²⁰⁷ Il metodo corrisponde alle due funzioni (descrittiva e prescrittiva) delle concettualizzazioni dottrinali, ben delineate da D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, I, pp. 2501 ss.

²⁰⁸ MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, p. 133. Il termine è utilizzato, in questa prima accezione, da svariate disposizioni, tra cui quelle degli artt. 120, 157, 278, 282 e 309 c.p.c.

²⁰⁹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 135. In questa seconda accezione, il termine è impiegato dagli artt. 91, 226 e 299.

Mandrioli conseguentemente esclude che il rappresentante sia parte, secondo questa accezione del termine, giacché gli effetti si producono in capo al rappresentato. L'ipotesi in cui il rappresentante è condannato alle spese ex art. 94 c.p.c., poi, avrebbe un evidente carattere eccezionale: la fonte di tali

il soggetto del rapporto litigioso²¹⁰. Alle prime due accezioni corrisponde il concetto di parte in senso processuale, mentre alla terza quello di parte in senso sostanziale²¹¹.

La caratteristica comune ai tre significati di 'parte' sta nella «titolarità di una o più situazioni giuridiche processuali»²¹². Pertanto, la definizione unitaria della parte è la seguente: «*quel soggetto che, a seguito della proposizione della domanda o comunque di un atto idoneo a provocare una pronuncia del giudice, diviene titolare o è considerato dalla legge come titolare di una o più situazioni giuridiche soggettive processuali con le quali sta nel processo con l'attività o col nome o che gli consentono di entrare nel processo del quale subisce gli effetti sostanziali*»²¹³.

Poiché l'atto che introduce il processo è la domanda e da essa risultano i destinatari del provvedimento richiesto al giudice, ossia colui che propone la domanda e colui nei cui confronti essa è proposta, allora 'parte in senso processuale' «è *colui che propone la domanda in nome proprio o nel cui nome la domanda è proposta; o [...] colui nei cui confronti la domanda è proposta*»²¹⁴.

Pertanto, la qualità di parte appare alla dottrina tradizionale come la «*qualificazione soggettiva minima ma sempre presente nei soggetti attivo e passivo di un processo; sempre presente, nel senso che ovunque c'è un processo, ivi esistono sempre almeno due parti. Ciò si desume dal rilievo [...] che perché esista un processo basta che esista una domanda di un soggetto rivolta ad un giudice, nei confronti di un altro soggetto*»²¹⁵. Tale conclusione è espressa dall'antico brocardo per cui *processus est actus ad minus trium personarum: iudicis, actoris, rei*.

La nozione di parte deve così distinguersi da altri concetti contermini. La prima accezione del termine va distinta da quella del legittimato processuale, poiché anche l'incapace processuale, pur essendo privo di *legitimatō ad processum*, può divenire parte²¹⁶. La

effetti non sarebbe lo stare in giudizio né col nome, né con l'attività, ma consisterebbe nel carattere colposo o doloso del comportamento, fonte di obbligazioni risarcitorie.

²¹⁰ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 137, trae questa nozione dagli artt. 2908 e 2909 c.c.

L'Autore ricorda le critiche mosse da diverse dottrine alla possibilità di ricondurre il destinatario degli effetti sostanziali della sentenza al concetto di parte. Tali censure sono state fondate sull'impossibilità di essere parte del rapporto processuale per colui che non sia parte del processo, oltre che dei suoi effetti. Critica che, secondo le parole dello stesso Mandrioli, «*di fronte al caso tipico del distacco tra il soggetto del rapporto litigioso e il soggetto del cosiddetto rapporto processuale, ossia la sostituzione si trova nella necessità o di negare che l'efficacia di cosa giudicata si estenda o comunque riguardi il sostituito [...] o di spiegare codesta efficacia con varie argomentazioni più o meno artificiose*». Mandrioli osserva che alcune norme, come l'art. 2900, comma 2 c.c., attribuiscono al titolare del rapporto litigioso, considerato in quanto tale, ovverosia in quanto sottoposto all'autorità del giudicato, un ruolo nel processo, cioè il potere di intervenire o di proseguirlo in nome proprio, di modo che se ne deve riconoscere la qualità di parte nel sistema del procedimento civile.

²¹¹ L'individuazione di queste tre accezioni del termine 'parte' si deve a GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, pp. 243 ss. La classificazione è stata poi condivisa dalla dottrina. Si vedano: DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, pp. 151 ss.; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 92 ss.; MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 130 ss.

Già a livello di teoria generale e di dottrina civilistica si distingue tra parte formale e parte sostanziale del negozio giuridico, ossia tra il soggetto che, manifestando la propria volontà, forma l'atto, e il soggetto cui gli effetti di questo sono imputati. In questo senso, tra i molti: RESCIGNO, voce *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, vol. X, Torino, 1993, p. 519.

²¹² MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 143.

²¹³ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 144.

²¹⁴ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 316.

²¹⁵ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 314-315.

²¹⁶ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 144.

seconda accezione del termine non va sovrapposta a quella di *legitimatio ad causam*, giacché include anche colui che sta in giudizio col nome, pur non essendo titolare di alcuna azione. La qualità di parte è quindi un *prius* rispetto alla legittimazione ad agire²¹⁷.

L'utilità pratica di questa tripartizione sta in un ausilio all'interpretazione delle norme che ragionano di 'parte' senza precisare l'accezione con la quale il termine è utilizzato. Così, quando è dubbio che la disposizione si riferisca al rappresentante piuttosto che al rappresentato, si risalirà «dalla portata della singola norma alle caratteristiche tipiche dell'effetto giuridico che essa determina e quindi alle caratteristiche della situazione giuridica sul cui titolare codesti effetti possono tipicamente determinarsi. Si potrà così riscontrare se la legge [...] intende "soggetto che sta in giudizio col nome" o intende "titolare dei poteri processuali"»²¹⁸.

La capacità di essere parte è fatta discendere dalla soggettività giuridica sostanziale. La circostanza che il processo sia introdotto da una domanda, atto rivolto da un soggetto nei confronti di un altro, implica, infatti, che ci debbano essere almeno due soggetti affinché il processo possa validamente costituirsi²¹⁹.

§ 3. La *legitimatio ad causam* e la sostituzione processuale.

Il fondamento normativo della legittimazione ad agire è l'art. 81 c.p.c., secondo cui, «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui»²²⁰.

Con l'espressione *legitimatio ad causam*, detta anche legittimazione ad agire²²¹, s'intende la titolarità dell'azione, ossia del diritto di ottenere una sentenza che statuisca sul merito della

In senso contrario, sulla scia dell'insegnamento di CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, IV, Napoli, 1928, pp. 152 e 588-589, si pone SATTI, *Diritto processuale civile*, III, Padova, 1953, p. 58, che riconduce la *legitimatio ad processum* alla capacità di essere parte. Questa impostazione è rimasta isolata.

²¹⁷ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 144-145.

²¹⁸ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 147.

²¹⁹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 144.

²²⁰ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 55 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., pp. 179 ss.

La giurisprudenza è conforme: Cass., sez. lav., 3 luglio 2003, n. 10551, in *Foro amm.* CDS 2003, 2162; Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2012, n. 1912, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 2, 147; Cass., sez. lav., 8 agosto 2012, n. 14243, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 7-8, 1029.

²²¹ Sull'argomento si vedano: INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., I, p. 315; BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, pp. 763 ss.; ALLORIO, nota a Cass. 4 gennaio 1952, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, c. 101; CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, II, 10, pp. 121-122; ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, pp. 961 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, pp. 195 ss.; CARNELUTTI, *Ancora su titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, II, pp. 97 ss.; SATTI, *Interesse e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, cc. 160 ss.; SATTI, *Diritto processuale civile*, IV, Padova, 1954, pp. 103 ss.; ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, pp. 122 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, cit., pp. 209 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., pp. 131 ss.; MICHELI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, XV, pp. 566 ss.; MONACCANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1961; ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, pp. 524 ss.; TOMELI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 65 ss.; COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur.*, 1990, VIII; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 49 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Torino, 2010, p. 175.

domanda²²². Il potere di proporre la domanda – che, *ex art. 24 Cost.*, spetta a tutti – va allora distinto dal diritto di azione e quindi dalla *legitimatio ad causam*²²³.

Il diritto positivo consente di intendere l'azione come situazione giuridica autonoma dai singoli poteri processuali e quindi di affermare che la titolarità dell'una non necessariamente coincide con la titolarità degli altri. Mentre, secondo gli artt. 81 e 100 c.p.c., il diritto di azione compete solamente a chi si afferma titolare di una situazione giuridica bisognosa di tutela, l'art. 24 Cost. riconosce a tutti la possibilità di agire in giudizio. Questa possibilità non può essere il diritto di azione poiché, altrimenti, gli artt. 81 e 100 del codice di rito, limitandola, sarebbero incostituzionali. Essa, invece, sta in relazione con l'art. 99 c.p.c. La Costituzione, dunque, attribuisce i poteri processuali, e *in primis* quello di proporre la domanda, a soggetti che possono non essere titolari dell'azione²²⁴.

La legittimazione ad agire, vista la concezione parzialmente astratta dell'azione, ormai prevalente²²⁵, dipende dalla circostanza che la parte si affermi titolare del diritto che essa

²²² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 49 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 175.

Già in sede di teoria generale si parla di 'legittimazione' per indicare la titolarità di un potere: CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pp. 318 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione*, *cit.*, pp. 136-137; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, *cit.*, pp. 64-67; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, pp. 221 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, *cit.*, pp. 130-131.

CARNELUTTI, *Teoria generale*, *cit.*, pp. 322-323 spiega la maggiore complessità del concetto di legittimazione rispetto a quello di capacità: «quest'ultima, invero, riguarda un modo di essere di ciascuna persona, mentre la prima concerne il rapporto tra due persone in ordine a un dato bene». Nel campo processualcivile, stante la concezione parzialmente astratta dell'azione, la legittimazione ad agire concerne l'affermato rapporto tra due persone in ordine al rapporto sostanziale dedotto.

Lo stesso Carnelutti, a p. 329, dà riassuntivamente atto di come, in linea generale, la legittimazione subordini l'efficacia dell'atto all'esistenza di una situazione giuridica.

L'elaborazione teorica della legittimazione, al contrario di quanto avvenuto per molti istituti, è cominciata nel diritto processuale per poi essere trapiantata in quello sostanziale. Ne danno atto: CARNELUTTI, *Teoria generale*, *cit.*, p. 330, che attribuisce tale fenomeno al fatto che la stessa idea di parte, cui la legittimazione inerisce, sia stata studiata in primo luogo con riguardo al processo; RESCIGNO, voce *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, vol. X, Torino, 1993, p. 518. Si legga, poi, BETTI, *Teoria generale*, *cit.*, p. 210, secondo cui «al diritto privato l'idea di legittimazione è venuta dal diritto processuale, nell'ambito del quale la legittimazione attiva e passiva all'azione occupa un posto importante, e vale a spiegare fenomeni come la sostituzione processuale, l'intervento in causa, il litisconsorzio necessario, senza parlare della legittimazione al processo da parte del rappresentante».

In senso contrario alla definizione prevalente di legittimazione attiva, offerta nel testo, si è espresso FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, pp. 134-135, secondo cui l'azione non consiste in un singolo potere, ma nell'insieme dei poteri processuali facenti capo all'attore legittimato e, inoltre, essa non concerne soltanto l'attore, ma la posizione di qualsiasi parte. In questo modo, egli identifica la legittimazione attiva alla *legitimatio ad processum*, sulla quale ci intratteremo nel paragrafo seguente.

²²³ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, pp. 75 ss., in particolare pp. 81 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 50 ss., in particolare pp. 56-57.

²²⁴ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, pp. 75 ss., in particolare pp. 81 ss.

²²⁵ Sarebbe fuori luogo riprendere il dibattito intorno alle concezioni concreta e astratta dell'azione. Per alcuni riferimenti dottrinali in merito a tale diatriba, oramai risolta, si vedano, tra gli altri: MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 50, nota 2; ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, *cit.*, pp. 524 ss.

Per una dottrina recente, critica nei riguardi della concezione parzialmente astratta dell'azione, MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 1994, pp. 180 ss., il quale rimprovera a tale impostazione il fatto di consentire l'autolegittimazione dell'attore. Per una replica a tale obiezione, si veda MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 55-56, nota 10.

deduce in giudizio²²⁶. In questa allegazione, e non nella effettiva titolarità del rapporto sostanziale dedotto²²⁷, va identificata la situazione legittimante²²⁸.

Secondo un'impostazione dottrinale, le condizioni dell'azione devono essere distinte dai presupposti processuali. Questa convinzione discendeva, un tempo, dalla concezione concreta dell'azione; una volta abbandonata tale teoria, la distinzione è stata rifondata sull'inerenza delle suddette condizioni alla domanda e pertanto sulla loro irriducibilità ai presupposti processuali, ossia ai requisiti esterni alla domanda stessa²²⁹.

Tuttavia, secondo altra sistemica, una volta accolta la concezione parzialmente astratta, le condizioni dell'azione vanno distinte dall'esistenza del diritto dedotto, cosicché la *legitimatō ad causam* e l'interesse ad agire vanno posti sullo stesso piano dei presupposti

Sull'improprietà del linguaggio invalso nella prassi e frutto di anacronismi espressivi, secondo cui vi è difetto di legittimazione ad agire nel caso in cui, all'esito del giudizio, si dimostri l'insussistenza in capo all'attore del diritto azionato: ALLORIO, *Diatriba breve, cit.*, p. 211, il quale, a p. 215, discorreva di un indirizzo «che è da temere non sia per essere tanto presto modificato»; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 56, nota 10; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *cit.*, pp. 180-181.

Per riferimenti alla dottrina germanica, che accoglie la stessa impostazione per cui la legittimazione ad agire dipende dall'affermata titolarità del diritto dedotto, si veda ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva, cit.*, pp. 204-205, nota 6.

²²⁶ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 55; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 179 ss.

²²⁷ SATTA, *Interesse e legittimazione, cit.*, cc. 160 ss., considera «risibile» l'ipotesi, prospettata dalla dottrina ormai prevalente, per cui la *legitimatō ad causam*, una volta accolta la concezione parzialmente astratta dell'azione, rilevarebbe dal punto di vista pratico nel caso in cui l'attore dichiara di dedurre un diritto altrui. Da ciò discenderebbe l'assurdità di una legittimazione ad agire staccata dalla titolarità effettiva del diritto sostanziale.

ALLORIO, *Diatriba breve, cit.*, pp. 221-223, replica che la situazione è tutt'altro che risibile, dato che si presenta nella pratica.

È poi interessante sottolineare come Allorio, richiamandosi alla propria diretta esperienza forense, dia conto del fatto che tale evenienza non sempre è dovuta a un *lapsus* dell'attore, ma talvolta alla sua malignità, come l'intenzione di eliminare l'eventuale testimonianza di un soggetto che, a rigore, sarebbe stato terzo e che, divenendo parte, diviene incapace a testimoniare ex art. 246 c.p.c. (*nemo testis in causa propria*), o il desiderio di provocare uno spostamento della competenza.

Così conclude Allorio: «ma Satta [...] aggiunge che [...] il giudice, respingendo la domanda, negherebbe a un tempo la legittimazione e il diritto. Ora, egli mi permetterà di domandargli: quale diritto, se l'attore non ha dedotto in giudizio alcun suo diritto mentre è chiaro che egli non può reclamare la pronuncia di merito sul rapporto giuridico altrui?»

²²⁸ Come attestato da FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 133 per 'situazione legittimante' si intende la «situazione in cui il soggetto deve trovarsi per essere titolare di un potere o destinatario di effetti. Il concetto di legittimazione è stato anzi elaborato specialmente dal punto di vista della situazione legittimante, nell'intento di operare una distinzione fra la mera capacità e le altre e varie situazioni in cui il soggetto può comparire in questo o quel paradigma normativo».

Sulla distinzione tra legittimazione e situazione legittimante, si veda, in particolare: CARNELUTTI, *Teoria generale, cit.*, p. 320.

ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva, cit.*, pp. 198-199, sottolinea quanto la distinzione tra la situazione legittimante e quella legittimata sia fondamentale per evitare le pericolose confusioni in cui incorre la giurisprudenza: «ci si può [...] rassegnare a che la parola legittimazione abbia due significati: indichi cioè, in primo luogo, la posizione in cui, secondo le regole del diritto processuale, taluno può chiedere, in nome proprio [...] di pronunciare in merito su una certa controversia, ma designi in secondo luogo, e promiscuamente, la posizione di titolarità attiva o soggettiva passiva, secondo le regole del diritto sostanziale, del rapporto di cui si contende, naturalmente nell'ipotesi che questo rapporto esista. Quale guadagno si ricavi, però, a impiegare la stessa parola per due idee che sono intimamente diverse, e che corrispondono a due situazioni, alle quali non si potrà mai applicare lo stesso trattamento giuridico, è domanda alla quale sarebbe ben difficile rispondere [...]».

²²⁹ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 42-46.

processuali e quindi degli altri requisiti di decidibilità della causa nel merito²³⁰. Non vi sarebbe alcun motivo, se non meramente classificatorio, per distinguere all'interno di tali requisiti, visto anche che, a differenza di quanto sostenuto in passato, la sentenza che dichiara il difetto di *legitimatio ad causam* è inidonea al giudicato sostanziale quanto quella che rigetta la domanda per difetto di capacità processuale²³¹.

La legittimazione ad agire si distingue in attiva e passiva. Quella attiva consiste nella coincidenza tra il soggetto in nome del quale la domanda è proposta e l'affermato titolare del diritto dedotto. Quella passiva dipende invece dalla coincidenza tra il soggetto contro cui la domanda è proposta e il titolare del lato passivo del rapporto sostanziale oggetto della domanda²³². Più che di 'legittimazione passiva', espressione che sembra alludere a una legittimazione del soggetto contro cui la domanda è proposta²³³, sarebbe opportuno ragionare di «lato passivo della legittimazione ad agire». Difatti, la coincidenza tra il soggetto contro cui è proposta la domanda e l'affermato titolare del lato passivo del rapporto materiale costituisce, al pari della coincidenza tra soggetto che propone la domanda e affermato titolare del lato attivo del rapporto, una condizione per l'esistenza dell'azione in capo all'attore, e non un requisito per la sussistenza di poteri in capo al convenuto²³⁴. Pertanto, ove la cosiddetta legittimazione passiva non sussista, l'attore avrà esercitato un'azione che non gli compete, di modo che il processo si arresterà con un provvedimento dichiarativo del difetto di *legitimatio ad causam*²³⁵.

²³⁰ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 177. Anche ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, *cit.*, p. 532, riporta la *legitimatio ad causam*, di cui riconosce l'inquadramento tra le condizioni dell'azione, alle condizioni di decidibilità nel merito, di modo che la decisione sulla sua mancanza è pur sempre una decisione di rito. Pertanto, ove la controversia abbia profili di transnazionalità, la questione concernente la titolarità dell'azione, essendo di natura prettamente processuale, sarà regolata, non dalla *lex causae*, ma dalla *lex fori*.

²³¹ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 177-178. Al di là di questi inquadramenti dogmatici, è unanime in giurisprudenza l'affermazione per cui la *legitimatio ad causam* è condizione di decidibilità della causa nel merito. Tra le molte, si legga Cass., sez. I, 12 agosto 2005, n. 16878, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 9.

²³² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 55 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 179.

²³³ INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, *cit.*, p. 315; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, *cit.*, p. 149; MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, p. 81, nota 91; ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, *cit.*, p. 525, nota 1.

Come chiarito da FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, *cit.*, pp. 135-136, seppur nel diverso ordine di idee secondo cui la legittimazione attiva consiste nella titolarità del potere di compiere gli atti processuali, il ragionare di legittimazione ad agire passiva non tiene in considerazione che essa, come abilitazione a compiere gli atti, è necessariamente attiva.

²³⁴ Sembra invece orientata in questo senso Cass., sez. I, 12 agosto 2005, n. 16878, *cit.*, secondo cui la *legitimatio ad causam* passiva consiste «nella titolarità del potere o del dovere (rispettivamente per la legittimazione attiva o passiva) di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa».

²³⁵ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, p. 81, nota 91.

Secondo Cass., sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5912, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 3, il difetto di *legitimatio ad causam*, derivi esso dalla carenza del lato attivo o passivo di essa, comporta, salvo il solo giudicato interno, un vizio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, mentre il difetto di titolarità effettiva del lato attivo o passivo del rapporto sostanziale dedotto deve formare oggetto di specifica censura in sede di impugnazione. In senso conforme: Cass., sez. I, 23 novembre 2005, n. 24594 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 11.

La *legitimatō ad causam* passiva deve essere quindi distinta dalla legittimazione a contraddire²³⁶. Se vi è difetto di *legitimatō ad causam* passiva, l'attore non è titolare dell'azione in concreto esercitata, in quanto – ad esempio nel caso dell'art. 102 c.p.c. – avrebbe dovuto convenire in giudizio, oltre a Caio, anche Sempronio. Difatti, se così non fosse, si consentirebbe alla domanda di pervenire a una pronuncia sul merito che sarebbe *inutiliter data*. Poiché all'attore compete, secondo il principio dispositivo sostanziale, la libertà di determinare l'oggetto processuale, e poiché questo è identificato, tra gli altri, dalle *personae*, allora egli ha anche la libertà di convenire in giudizio i soggetti che preferisce, cosicché è solo la Legge, proprio mediante il citato art. 102, a poter comprimere tale libertà, escludendo un diritto alla pronuncia sul merito nel caso di pretermissione dei litisconsorti necessari²³⁷.

Ebbene, se Sempronio, nella domanda introduttiva del giudizio, non è l'affermato titolare del lato passivo del rapporto litigioso, la sentenza pronunciata, stante la sua pretermissione, è *inutiliter data* e non ne pregiudica i diritti. Conseguentemente, non può immaginarsi una violazione del diritto a contraddire di Sempronio dato che egli, al pari di qualsiasi terzo, non vede intaccata la propria sfera giuridica. Pertanto, la *ratio* dell'art 102 sta in un difetto di azione dell'attore, che non può ottenere, per ragioni logico-giuridiche o per motivi di opportunità indicati dal Legislatore, una pronuncia sul merito nei confronti di alcuni soggetti soltanto²³⁸.

Solo qualora Sempronio sia stato affermato (anche implicitamente) quale titolare del lato passivo del rapporto, come nel caso in cui l'impugnazione del matrimonio sia domandata da un terzo contro la moglie Caia e non anche contro il marito Sempronio, la domanda sarà proposta nei confronti di entrambi, ma la mancata notificazione al marito lederà il diritto a contraddire di costui²³⁹.

²³⁶ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 81, nota 91; ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., p. 525, nota 1; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., p. 179.

²³⁷ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 81 ss., nota 91.

²³⁸ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 81 ss., nota 91.

²³⁹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 81 ss., nota 91.

ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., p. 528, esprime una visione opposta: «non pare esatto parlare di difetto di legittimazione nel caso in cui l'attore deduca l'esistenza [...] di un rapporto giuridico altrui o di un rapporto plurilaterale, del quale anch'egli si affermi soggetto, senza convenire in giudizio tutti i soggetti del rapporto in contestazione [...]. In tali casi pare esatto ritenere che non vi sia tanto mancanza di legittimazione (passiva), quanto, invece, violazione del contraddittorio. Se, poi, l'attore chieda l'accertamento dell'esistenza di un rapporto giuridico plurilaterale e nella domanda affermi che tale rapporto intercorre tra lui, Tizio e Caio, mentre, in effetti, anche Sempronio ne è partecipe, la sua domanda potrebbe in astratto respingersi senz'altro come infondata in quanto prospetta l'esistenza di un rapporto che in effetti non esiste. Se si ritenga – ma ne dubito – che anche tale caso rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 102 e che, quindi, il giudice, se gli risulti, ad esempio dai documenti prodotti, l'esistenza di un altro soggetto del rapporto controverso che è rimasto estraneo al giudizio, debba ordinare l'integrazione del contraddittorio, si deve pensare che la legge voglia che, con la citazione del litisconsorte necessario pretermesso, si ampli la materia del contendere nel senso che il giudice dovrà giudicare con efficacia di giudicato non solo se il rapporto controverso esista come prospettato dall'attore, ma anche se, all'opposto, ad esso partecipi pure il terzo. [...] Una nuova lite dovrebbe essere decisa accanto a quella originaria, ed è da ciò che dipenderebbe che, senza l'integrazione del contraddittorio, non si possa avere una pronuncia di merito su quella adottata dall'attore, non dal fatto che l'attore stesso sia privo di legittimazione ad agire sulla domanda proposta».

Attardi, nel corso delle pp. 528-529, chiarisce poi che dal litisconsorzio necessario deve essere distinta la collegittimazione ad agire, in cui la pluralità di parti non deriva dal fatto che la sentenza, per

Alla valutazione sull'integrità del contraddittorio va dunque riconosciuta la priorità rispetto alla valutazione sulla *legitimatio ad causam* passiva²⁴⁰.

Secondo una dottrina autorevole, ma risalente e isolata, la *ratio* dell'art. 81 c.p.c. risiede nella tutela del titolare del diritto, al quale si riconosce l'interesse a che altri non si intromettano, senza il suo consenso, nella sua sfera giuridica. Sarebbe conseguentemente ammissibile la sostituzione processuale volontaria²⁴¹.

Al contrario, secondo la dottrina prevalente²⁴², seguita dalla giurisprudenza²⁴³, la *ratio* dell'art. 81 sta nell'esigenza pubblicistica di impedire che il giudice abbia il potere/dovere di rendere una decisione sul merito della domanda quando essa è proposta da chi non si affermi titolare del diritto. Pertanto, la sostituzione volontaria, la fiducia processuale e la rappresentanza processuale indiretta non sono ammesse²⁴⁴.

La clausola di riserva dell'art. 81 del codice di rito allude a una serie di casi in cui, per espressa disposizione di Legge, si ammette che un soggetto possa far valere in giudizio, in nome proprio, un diritto altrui²⁴⁵. Sono questi i casi di legittimazione straordinaria ad agire²⁴⁶. In queste ipotesi, alla situazione legittimante ordinaria, costituita dall'affermata titolarità del diritto dedotto in causa, se ne sostituisce una straordinaria ed eccezionale, espressamente individuata, di volta in volta, dal diritto positivo²⁴⁷.

produrre i suoi effetti, debba essere pronunciata contro la totalità di esse, ma da una contitolarità dell'azione, come quella prevista dall'art. 168 c.c. per le azioni a tutela del fondo patrimoniale. Pertanto, qualora uno dei colegittimati sia assente, la domanda proposta dall'altro sarà invalida, e tale nullità non potrà essere sanata dal mero intervento, come invece accadrebbe in ipotesi di litisconsorzio necessario, ma richiederà la manifestazione del consenso all'intervenuta proposizione della domanda.

Ulteriore distinzione che l'Autore, a p. 529, ha cura di sottoporre all'attenzione è quella tra legittimazione straordinaria ad agire e i casi, come quello dell'art. 117 c.c., in cui la Legge attribuisce direttamente ai terzi un'azione: «*con quanto si è detto non si vuole escludere che l'istituto della sostituzione processuale possa trovare applicazione anche quando di tratti di processi costitutivi; ma ciò, naturalmente, quando si tratti di un soggetto al quale sia attribuito, non il diritto a un mutamento giuridico, ma il potere di agire per far valere il diritto a tale mutamento che ad altri spetta*».

²⁴⁰ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 84, nota 91, ove si richiama ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1961, p. 231.

²⁴¹ GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., pp. 231 ss.

²⁴² MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 261-262, nota 7, ove ampi riferimenti bibliografici.

²⁴³ Cass., sez. III, 27 luglio 1998, n. 7337, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1592.

²⁴⁴ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 261-262, note 7 e 8.

L'inammissibilità della sostituzione oltre i casi espressamente stabiliti dalla Legge è consolidata in giurisprudenza, come attestato, ad esempio, dalla citata Cass., sez. III, 27 luglio 1998, n. 7337.

²⁴⁵ ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., p. 529, sottolinea che la sostituzione processuale può aversi sin dall'inizio del processo o realizzarsi nel corso dello stesso. A p. 530, l'Autore ricorda l'art. 108 c.p.c., il quale prevede una sostituzione che si verifica soltanto a seguito dell'estromissione del garantito.

²⁴⁶ Sul tema si vedano, tra gli altri: GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., pp. 163 ss.; DI BLASI, voce *Sostituzione processuale*, in *Nov. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, pp. 993 ss.; MANDRIOLI, *Delle parti*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da Allorio*, I, 2, Torino, 1973, pp. 925 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 57 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., p. 182 ss.

²⁴⁷ ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., p. 527, per cui la legittimazione ordinaria ad agire opera «*quando si presenti il presupposto normale di tale legittimazione e cioè la soggettività della pretesa*».

ALLORIO, *Diatriba breve*, cit., p. 219, distingue tra una «*regola*» della legittimazione ad agire, per cui essa sussiste qualora l'attore si affermi titolare del diritto dedotto e il convenuto sia affermato titolare del lato passivo del rapporto litigioso, e una serie di «*canoni eccezionali*», in cui la suddetta coincidenza non è necessaria (sostituzione processuale, interveniente adesivo dipendente e interveniente coatto che

Conseguentemente, alla frattura tra la titolarità del diritto sostanziale e la titolarità della pretesa (*legitimatō ad causam*)²⁴⁸, indotta dalla concezione parzialmente astratta dell'azione, se ne aggiunge un'altra, ovverosia quella tra la titolarità della pretesa e la titolarità del processo²⁴⁹.

L'esempio più emblematico è quello dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c.²⁵⁰, ma se ne possono aggiungere altri: la successione nel processo di cui all'art. 111 c.p.c.²⁵¹; la sostituzione officiosa operata dal P.M. che si faccia attore *ex art. 69 c.p.c.*²⁵²; la possibilità per il creditore pignoratizio di rivendicare la cosa oggetto del pegno secondo l'art. 2789 c.c.²⁵³; la *confessoria* e la *negatoria servitutis* esperite dall'usufruttuario *ex art. 1012, comma 2 c.c.*²⁵⁴; la posizione del garante successivamente all'estromissione del garantito, a norma dell'art. 108 c.p.c.²⁵⁵. Non devono invece essere ricondotte alle ipotesi di sostituzione processuale i casi di surrogazione legale *ex art. 1203 c.c.* – che comportano un trasferimento, non della legittimazione ad agire, ma della stessa titolarità del diritto sostanziale – nonché, ma la cosa è dubbia, l'azione diretta, prevista dagli artt. 1595 e 1676 c.c.²⁵⁶.

Nei casi di legittimazione straordinaria, si ammette che l'attore dichiari di voler ottenere la tutela giurisdizionale di un diritto di cui egli si afferma non titolare, ma al quale egli è interessato, come accade, *ex art. 2900 c.c.*, nel caso in cui l'inerzia del debitore nei confronti del *debitor debitoris* leda la garanzia patrimoniale generica che assiste il creditore²⁵⁷.

non sia evocato per contraddire su un rapporto che gli faccia capo) o non è sufficiente (litisconsorzio necessario).

²⁴⁸ ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva, cit.*, p. 200.

²⁴⁹ ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva, cit.*, p. 202.

²⁵⁰ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 57; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 182 ss.

²⁵¹ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 187, il quale avverte, però, che potrà parlarsi di sostituzione processuale in senso proprio solo laddove il dante causa faccia constare l'avvenuto trasferimento del diritto dedotto in giudizio. Ove tale evento non fosse allegato, infatti, il diritto, benché oramai spettante ad altri, sarebbe fatto valere come proprio. Nello stesso senso: GARBAGNATI, *La sostituzione processuale, cit.*, p. 207; ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire, cit.*, p. 531; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 406-407.

²⁵² CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 182.

²⁵³ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 185.

²⁵⁴ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 185.

²⁵⁵ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 187. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire, cit.*, pp. 530-531, ricorda che l'art. 1485 c.c. rappresenta un'applicazione specifica dell'art. 108 c.p.c., prevedendo che l'effetto dell'intervento del garante non sia quello di estendere il *thema decidendum* al rapporto di garanzia, ma soltanto di evitare che il garante medesimo, ove rimasto terzo rispetto al procedimento, possa poi rifiutarsi di rispondere per l'intervenuta evizione allegando l'esistenza di ragioni che avrebbero potuto comportare il rigetto della domanda proposta contro l'acquirente.

²⁵⁶ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 187-189.

²⁵⁷ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 182.

Da tale interesse, SATTA, *Diritto processuale civile*, III, Padova, 1953, pp. 62 ss. – seguito, ma in forma dubitativa, dal DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, p. 169 – trae l'idea per cui il sostituto processuale non farebbe valere un diritto altrui, ma un diritto proprio relativo a un rapporto sostanziale altrui.

Come notato da ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva, cit.*, pp. 202-203, nota 4, con ciò si trascura che il rapporto giuridico, il quale fonda la legittimazione, non è fatto valere, giacché su di esso non si sollecita una pronuncia con autorità di cosa giudicata sostanziale. In *Diatriba brevis, cit.*, p. 224, lo stesso Allorio imputa tale errore all'idea, tipica della teoria generale di Satta, per cui diritto sostanziale e diritto processuale si identificano, e nota come il creditore surrogante non abbia

L'azione surrogatoria è, a differenza di quanto si riteneva un tempo, irriducibile alla rappresentanza, giacché, se così fosse, non si riuscirebbe a spiegare perché il surrogato deve essere chiamato in causa, come prescritto dall'art. 2900 c.c.²⁵⁸. Se davvero si verificasse un fenomeno rappresentativo, infatti, il surrogato sarebbe già parte, di modo che il suo intervento non avrebbe senso²⁵⁹.

La legittimazione straordinaria del surrogante richiede la dimostrazione di tre requisiti, ossia che l'attore sia creditore del sostituito, che quest'ultimo sia inerte nell'esercitare le proprie ragioni e, infine, che tale inerzia possa ledere la garanzia patrimoniale generica che assiste il creditore surrogante. Una volta dimostrati questi tre elementi, è provata la sussistenza della legittimazione straordinaria dell'attore, il quale, agendo in nome proprio, fa sì che le parti processuali siano diverse da quelle che si presenterebbero ove si verificasse una vicenda rappresentativa. Nonostante la differenza delle parti, la causa oggettivamente intesa sarà identica, salva la questione pregiudiziale di rito attinente alla sussistenza dei requisiti della legittimazione straordinaria²⁶⁰, cosicché le conseguenze, che dipendono dal solo oggetto del giudizio, quali la litispendenza e i limiti oggettivi del giudicato sostanziale, saranno le stesse di un procedimento introdotto da un rappresentante²⁶¹.

È poi bene rammentare che, secondo la dottrina prevalente, la previsione dell'art. 2900 c.c., secondo cui il sostituito è litisconsorte necessario, non integra una norma eccezionale, ma un'applicazione del principio generale fissato dall'art. 102 c.p.c., cosicché si applica anche nei casi di sostituzione in cui il litisconsorzio necessario non è espressamente previsto²⁶². In queste ipotesi, pertanto, la sentenza produce i propri effetti diretti in capo ai legittimati ordinari, titolari della situazione dedotta, talché essi devono essere convenuti in giudizio²⁶³.

alcun diritto di intromettersi nei rapporti tra il surrogato e il *debitor debitoris*, se non nel mondo processuale, ossia mediante un'azione alla quale non fa riscontro alcuna situazione giuridica materiale.

²⁵⁸ È ipotesi di litisconsorzio necessario: MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 57; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 197-199.

²⁵⁹ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 183.

²⁶⁰ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 200 e 201 mette in luce il fatto che questo rapporto può essere accertato con autorità di cosa giudicata sostanziale, nel corso di una azione surrogatoria, qualora sia proposta l'istanza prevista dall'art. 34 c.p.c. La particolarità di questa ipotesi sta nel fatto che la pregiudizialità non è sostanziale, ma meramente processuale, giacché il diritto del sostituito non fa parte della fattispecie costitutiva di quello del sostituito.

Altra particolarità fatta notare dall'Autore a pagina 200 è che, ove l'azione sia rigettata per difetto dei requisiti per l'*actio surrogatoria*, si avrà un rigetto in rito fondato eccezionalmente su fatti sostanziali e non processuali.

²⁶¹ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 183-184.

²⁶² CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1941, pp. 196-197; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 591; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, p. 102; MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da Proto Pisani*, Torino, 2002, p. 190; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 197-198. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, *cit.*, p. 529, sostiene che i soggetti del rapporto giuridico non possono essere terzi rispetto al processo, salvo che ciò sia espressamente previsto dalla Legge, il che accade, ad esempio, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 108 c.p.c.

In senso contrario ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 249 ss., nonché GARBAGNATI, *La sostituzione*, *cit.*, pp. 280 ss., secondo i quali i legittimati ordinari sarebbero dei terzi nei cui confronti la sentenza produrrebbe effetti diretti.

²⁶³ MENCHINI, *Il giudicato civile*, *cit.*, p. 191.

§ 4. Segue: *legitimatō ad causam* e possibilità giuridica.

Conviene ricordare un'ipotesi peculiare in tema di legittimazione ordinaria ad agire, ovvero sia il caso in cui un soggetto deduca come proprio un diritto che, già in astratto, non gli può spettare. Il caso è il seguente: il mittente agisce in giudizio, dopo lo svincolo della merce, per ottenere l'accertamento del proprio diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento del contratto di trasporto²⁶⁴.

L'ipotesi è alquanto particolare perché sembra porsi a metà strada tra la legittimazione ordinaria ad agire, la legittimazione straordinaria e la titolarità effettiva del diritto sostanziale dedotto. Il soggetto, infatti, fa valere un diritto come proprio, ma questo diritto è già in astratto, e quindi anche in concreto, necessariamente altrui.

Allorio ha sostenuto che la sentenza di rigetto pronunciata nel merito poiché riconoscerebbe la non spettanza del diritto in capo al soggetto che se ne è affermato titolare. Carnelutti, al contrario, ha ricondotto l'ipotesi a una questione di rito, perché è già astrattamente escluso che quel diritto risarcitorio possa competere all'attore una volta intervenuto lo svincolo della merce. L'ipotesi della legittimazione straordinaria, poi, non è stata presa in considerazione dai due Autori: il soggetto, infatti, ha fatto valere un diritto affermandolo come proprio.

La tesi di Carnelutti è preferibile. L'attore, già in astratto, non può essere titolare di quel diritto, di modo che egli ha chiesto al giudice un provvedimento giuridicamente impossibile, ossia non previsto dall'ordinamento. Il caso è quindi paragonabile all'ipotesi in cui sia domandata la risoluzione di un contratto sulla base di una *causa* non prevista dal diritto civile, come quella della cessata convenienza del rapporto contrattuale²⁶⁵.

Pertanto, si avrà un rigetto in rito, dovuto all'impossibilità giuridica della domanda e quindi alla carenza di uno dei requisiti di decidibilità nel merito²⁶⁶.

La rilevanza della possibilità giuridica si rivela in questo caso particolarmente intensa e quindi, a differenza di quanto frequentemente si dice, non una mera ipotesi di scuola. Allorio non ha tenuto in considerazione l'esistenza della possibilità giuridica tra le condizioni

ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., pp. 526-527.

²⁶⁴ L'ipotesi è stata presa in esame da ALLORIO, nota a Cass. 4 gennaio 1952, cit., c. 101 e CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, cit., pp. 121-122. A questa risposta fecero seguito le seguenti repliche: ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi di diritto*, I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, pp. 195 ss.; CARNELUTTI, *Ancora su titolarità del diritto e legittimazione*, cit., pp. 97 ss.; ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, cit., pp. 122 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, cit., pp. 209 ss.

²⁶⁵ L'ipotesi è tratta da MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 51-52, il quale sottolinea che, a differenza delle altre due condizioni dell'azione, ossia *legitimatō ad causam* e interesse, per la possibilità giuridica, intesa come esistenza di una norma che contempli il diritto affermato, non ha senso distinguere tra affermazione ed effettiva esistenza del diritto.

²⁶⁶ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 51-52, nota 4, riconosce la limitata valenza pratica della possibilità giuridica, ma ne afferma l'importanza ai fini di un'esauriente comprensione delle ipotesi di mancanza del requisito di ipotetica accoglibilità della domanda.

dell'azione, nel momento in cui scriveva che «*per infondata o addirittura temeraria che sia l'affermazione dell'attore della soggettività attiva propria [...] del rapporto dedotto in giudizio [...], ciò non induce carenza di legittimazione, sibbene infondatezza della domanda*»²⁶⁷.

Di conseguenza, in virtù della concezione parzialmente astratta dell'azione, l'affermazione della titolarità del diritto in capo a colui che propone la domanda, assieme all'allegato bisogno di tutela giurisdizionale, consente di riconoscerne il diritto di azione e quindi il potere di provocare una decisione sul merito. Qualora, invece, la corrispondenza tra parte del diritto sostanziale e parte del rapporto processuale sussista, ma l'effettiva titolarità del diritto sia impossibile già in astratto, allora la *legitimatō ad causam* e l'interesse ad agire, seppur esistenti, non consentono di costituire in capo al giudice il potere/dovere di pronunciarsi sul merito della domanda.

La questione involge, infatti, la distinzione tra il piano del rapporto litigioso e quello del rapporto processuale che, come notato, non sono separati e astraibili l'uno dall'altro, «*bensì tra loro connessi da una correlazione teleologica*»²⁶⁸.

E, in effetti, «*titolarità del diritto conteso è [...] una frase equivoca: vuol dire che a una persona [...] il diritto spetta o può spettare? Implica, in altre parole, la possibilità del diritto o la sua esistenza? [...] Non si può chiedere un giudizio intorno all'esistenza di un diritto se non si tratta di un diritto proprio; ma se il diritto controverso sia tale che, a priori (cioè prima di sapere se esiste o non esiste), non può appartenere a colui, che chiede il giudizio, il giudizio non può essere pronunciato. Per chiedere giudizio intorno all'esistenza di un diritto bisogna averne la possibilità*»²⁶⁹. Dunque, è questione di merito quella che concerne

²⁶⁷ ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva*, cit., p. 201.

Nel contempo, occorre anche ammettere che pure CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, cit., p. 122, è incorso in una imprecisione nel momento in cui ha sostenuto che è «*questione di legittimazione quella che riguarda la possibilità che, se il diritto esiste, esista*» a favore di un certo soggetto. Questa non è, infatti, una questione di legittimazione ad agire, ma di possibilità giuridica, dovendosi riconoscere l'autonomia concettuale di questa seconda figura rispetto alla prima.

Ha avuto allora gioco facile ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva*, cit., p. 206, nel replicare che «*definire il nostro come un problema di legittimazione, e quindi di diritto processuale, [...] dipende [...] dalla natura delle norme da applicarsi: ora, quando queste norme appartengono al diritto sostanziale, non vedo perché non si debba riconoscere che si è di fronte a una fra le [...] questioni di diritto sostanziale da risolversi per arrivare alla decisione del merito, e non dinanzi a una questione di legittimazione*».

Resta, tuttavia, a favore della tesi di Carnelutti, che, pur non essendo una questione di legittimazione, la possibilità giuridica è, al pari di quella, condizione per la decidibilità della causa nel merito, cosicché ha natura prettamente processuale.

Ci si sarebbe dovuti avvedere dell'improprietà terminologica in cui incorse Carnelutti nel ricondurre il caso giurisprudenziale a un'ipotesi di carenza di legittimazione attiva. Era, infatti, piuttosto strano che proprio il Carnelutti confondesse la titolarità della lite con la titolarità della pretesa, tornando a quella concezione concreta dell'azione al cui superamento egli stesso, secondo quanto riconosciutogli da ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione*, cit., p. 206, nota 6, aveva contribuito.

²⁶⁸ BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, cit.

²⁶⁹ CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, cit., p. 122, il quale, con riguardo specifico al caso giurisprudenziale, così conclude: «*[...] se è vero che al mittente dopo lo svincolo, non spetta il diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento del contratto di trasporto, anche se tale diritto ci sia, perché spetta, ad esempio, al destinatario, si capisce che il giudice non gli debba dar retta proprio per tale ragione*».

l'esistenza del diritto in capo a un soggetto, mentre è di rito quella riguardante la possibilità che, se il diritto esiste, esso esista a suo favore²⁷⁰.

È opportuno precisare che il problema non è meramente classificatorio: solo ove alla questione sia riconosciuta natura processuale, sarà possibile riconoscere che essa è regolata dalla *lex fori* e non dà luogo a un giudicato sostanziale²⁷¹.

Il tema sarà particolarmente rilevante nei capitoli che seguiranno, in particolare quando esamineremo il caso in cui la S.G.R. – ma il discorso può valere anche per il trustee e il curatore dell'eredità giacente – deduca dei diritti allegandone un'imputazione già astrattamente impossibile (alla S.G.R., al *trust* o al curatore)²⁷². In queste ipotesi, la possibilità giuridica rivela il suo aspetto soggettivo, inerente non alla *causa* e al *petitum*, ma alle *personae*, ossia all'imputabilità del diritto a un determinato soggetto e alla stessa configurabilità di un titolare.

§ 5. La *legitimatio ad processum*.

La *legitimatio ad processum*²⁷³ è «la posizione soggettiva di colui che, essendo il titolare del potere di proporre (o di ricevere la proposizione di) una domanda, diviene, in quanto eserciti questo potere, titolare della serie ulteriore dei poteri processuali»²⁷⁴.

La legittimazione processuale trova la propria fonte nell'art. 75 c.p.c., secondo cui «sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere».

La norma è involuta giacché sovrappone il concetto di capacità processuale a quello di legittimazione processuale, nel pur lodevole intento di ridurre il più possibile l'utilizzo di strumenti concettuali nel testo legislativo²⁷⁵. Poiché il potere di proporre la domanda, *ex art. 24 Cost.*, spetta a tutti, con la sola limitazione che deriva dall'incapacità, il Legislatore ha

²⁷⁰ CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, cit., p. 122, che conseguentemente critica l'opinione di BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, cit., secondo cui una sentenza siffatta sarebbe idonea al giudicato sostanziale.

²⁷¹ Ciò, infatti, è puntualmente negato da ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva*, cit., pp. 196-197, nonché 206-207, con il quale si concorda comunque su quanto sostenuto in *Diatriba breve*, cit., pp. 212 e 214, per cui il difetto di titolarità effettiva del rapporto litigioso, al pari del difetto di legittimazione ad agire rettamente intesa, è rilevabile d'ufficio.

Allorio non nega che la legittimazione ad agire, ove rettamente intesa, sia regolata dalla *lex fori*, ma solo che, nel caso giurisprudenziale oggetto della contesa col Carnelutti, si tratti di *legitimatio ad causam* in senso tecnico, invece che di titolarità effettiva del diritto sostanziale, regolata dalla *lex causae*.

Tale negazione è invece sostenuta da SATTÀ, *Interesse e legittimazione*, cit., cc. 160 ss., secondo cui, risolvendosi la legittimazione ad agire nella titolarità del diritto sostanziale dedotto, essa è regolata dalla *lex causae*. Per una replica, si legga proprio ALLORIO, *Diatriba breve*, cit., pp. 224-225.

²⁷² Cap. VI, Paragrafo 10.

²⁷³ Riguardo alla legittimazione processuale: GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., pp. 157 ss.; MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 75 ss.; FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pp. 132 ss.; MONACCANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 383; COSTA, voce *Legittimazione processuale*, in *Nov. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, pp. 732-733; TOMMASEO, voce *Legittimazione processuale (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 317 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., pp. 11 ss.

²⁷⁴ Così MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 318. Aderisce a tale impostazione CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., pp. 11 ss.

²⁷⁵ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 319.

espresso, con una sola nozione, ossia la capacità processuale, sia la capacità, intesa come modo di essere psicofisico del soggetto, sia la titolarità del potere di proporre o di ricevere la proposizione di una domanda e dei poteri successivi, che è conseguenza di tale capacità²⁷⁶.

Questa sovrapposizione terminologica²⁷⁷ è aggravata dal fatto che il Legislatore, per determinare i soggetti capaci, non si è limitato a richiamare la nozione sostanziale della capacità d'agire, ma ha attribuito la capacità processuale alle «*persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere*», così riferendosi a una situazione che non riguarda soltanto il modo di essere psicofisico del soggetto, ma che concerne già la titolarità dei poteri²⁷⁸.

Difatti, la linea di demarcazione tra capacità e legittimazione può essere tracciata nei termini seguenti: a) la capacità è una condizione del soggetto, mentre la legittimazione riguarda la posizione di questi rispetto all'oggetto di un concreto negozio; b) la capacità di disporre incide sulla validità, mentre la legittimazione incide sull'efficacia; c) all'incapacità risponde il sistema della rappresentanza legale, mentre al difetto di legittimazione è destinata ad ovviare la sostituzione; d) l'esclusione e la limitazione della capacità sono stabilite a tutela del soggetto, mentre la mancanza di legittimazione a tutela dei terzi²⁷⁹.

La formulazione impropria della norma indica allora la posizione di quel soggetto che, oltre a essere capace di agire, non si trova in nessuna delle situazioni in cui la Legge esclude il potere di disporre dei diritti dedotti in giudizio²⁸⁰. Proprio tenendo a mente il caso del fallito, privo dei poteri di amministrazione e disposizione (art. 42 L. Fall.), attribuiti al curatore fallimentare (art. 43 L. Fall.), risulta che l'incapacità processuale possa dipendere sia dall'incapacità di agire, sia da ostacoli di altro tipo alla libera disponibilità dei diritti.

²⁷⁶ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 319.

²⁷⁷ Messa in luce già da: BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 127; INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., p. 322; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, I, p. 291.

²⁷⁸ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 320, il quale ricorda che esistono soggetti capaci di agire e tuttavia privi del libero esercizio dei diritti, come i falliti in riferimento ai diritti patrimoniali.

CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 327: «*un punto delicato della teoria dell'atto riguarda il discernere, nel groviglio dei fenomeni, ciò che si riferisce alla legittimazione indiretta da ciò che riguarda la capacità; se su questo tema sono avvenute e continuano ad avvenire delle confusioni, conviene riconoscere che esse meritano dell'indulgenza. In linea generale si può dire che tutto quanto concerne la coincidenza tra la persona che agisce e quella, a cui è conferita la potestà o il diritto d'agire rispetto alla situazione altrui, appartiene alla legittimazione; invece quanto concerne non l'identità di tale persona, ma un suo modo di essere, in qualità o in quantità, appartiene alla capacità*».

Giova ricordare, a tale proposito, quanto sostenuto da MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, pp. 36 ss., citato da RESCIGNO, voce *Legittimazione*, cit., p. 520: la legittimazione «*traduce in termini subiettivi di facoltà la possibilità obiettiva di una persona di disporre efficacemente di un dato diritto, in quanto si trova, rispetto all'oggetto del negozio, in una certa posizione, normativamente considerata come momento integrante della fattispecie complessiva dell'effetto*». Pertanto, la capacità d'agire «*è una qualità del soggetto, deriva cioè da una situazione di fatto del soggetto in sé, necessaria per il valido compimento di un atto di disposizione, tipicamente considerato sotto specie dell'astratto schema negoziale: la legittimazione, invece, risulta da una posizione specifica del soggetto, riguardo alla materia del singolo concreto negozio dispositivo, necessaria per il perfezionamento della fattispecie complessiva dell'effetto, e quindi per l'attuazione della rilevanza giuridica del negozio*».

²⁷⁹ INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., pp. 313 ss.

²⁸⁰ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 89.

Entrambe le patologie rendono il soggetto processualmente incapace e quindi sfornito di *legitimatio ad processum*²⁸¹.

Pertanto, nella lettera dell'art. 75 c.p.c. sembra predominare la capacità processuale, ma nella *ratio* prevale la legittimazione processuale²⁸².

Il nostro ordinamento si ispira al principio per cui anche l'invalidità, quando non raggiunge le proporzioni dell'inesistenza, va dichiarata, cosicché anche la domanda proposta dall'incapace processuale impone al giudice il dovere di dichiarare tale difetto, dando vita a un processo destinato a chiudersi con una pronuncia in rito. Ciò significa che anche l'incapace è titolare del potere di proporre la domanda e di compiere i successivi atti, sebbene limitatamente a quel procedimento che si chiude con una dichiarazione del difetto del presupposto processuale in discorso. Pertanto, anche l'incapace, essendo titolare di poteri processuali, può essere parte che sta in giudizio con l'attività²⁸³, ciò che trova un riscontro nell'ampia formulazione dell'art. 24 Cost., a norma del quale tutti possono adire il giudice²⁸⁴.

La legittimazione processuale, come la *legitimatio ad causam*, prescinde dall'effettiva titolarità del diritto sostanziale dedotto²⁸⁵.

Non si deve poi commettere l'errore di considerare la *legitimatio ad processum* come una manifestazione della *legitimatio ad causam*. In senso contrario, infatti, si è notato che la titolarità dei poteri processuali solo accidentalmente si accompagna alla titolarità dell'azione e quindi alla *legitimatio* di cui all'art. 81 c.p.c., giacché vi sono ipotesi, come quelle della rappresentanza o dell'incapacità processuale, in cui la *legitimatio ad processum* non si accompagna alla *legitimatio ad causam*, e viceversa²⁸⁶.

La dottrina più risalente non ammetteva alcuna distinzione tra le due legittimazioni poiché riteneva che «l'azione sia null'altro che il potere di adire il giudice che spetta al cittadino in quanto tale e in quanto semplicemente capace; o sia la serie dei poteri processuali spettanti al soggetto; o la serie composta di quei poteri insieme con le facoltà e i doveri facenti capo allo stesso soggetto, ma esclusa una autonoma valutazione normativa globale dei comportamenti che compongono codeste figure»²⁸⁷. Partendo da questi presupposti, era inevitabile che la titolarità dell'azione fosse confusa con quella dei singoli poteri che normalmente la compongono²⁸⁸.

Si riteneva, infatti, che, se la *legitimatio ad causam* è la titolarità del potere d'azione, allora va escluso che siano legittimati ad agire soggetti incapaci; pertanto, se ogni soggetto legittimato ad agire ha il potere di proporre una domanda atta a provocare il provvedimento sul merito, è scorretto costruire un concetto di legittimazione processuale; e così non vi è

²⁸¹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 89-90.

²⁸² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 320.

²⁸³ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 133, nota 38.

²⁸⁴ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 101.

²⁸⁵ CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 292, la cui opinione è condivisa da MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 88, nota 105.

²⁸⁶ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 75 ss., in particolare pp. 80-81.

²⁸⁷ Quei superati orientamenti sono così ricordati da MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 80.

²⁸⁸ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 80.

motivo per distinguere tra *legitimatō ad causam* e *ad processum* nell'ipotesi di rappresentanza processuale²⁸⁹.

Di conseguenza, la legittimazione processuale esprimeva unicamente l'antitesi tra il potere di azione e il potere di compimento dei singoli atti processuali; il secondo potere era ricompreso nel primo²⁹⁰.

Tuttavia, come detto, è ormai acquisita la natura meramente eventuale di questa coincidenza²⁹¹.

La distinzione con la legittimazione ad agire va confermata, seppure intendendo diversamente il concetto di *legitimatō ad processum* e la sua correlazione con la capacità processuale. Mentre le *legitimatō ad causam*, ossia la titolarità dell'azione, dipende dalla coincidenza soggettiva tra la parte processuale e colui che nella domanda è l'affermato titolare del lato attivo o passivo del rapporto litigioso, la legittimazione processuale è la titolarità del potere di proporre la domanda e di compiere i conseguenti atti processuali, legittimazione che si fonda su (e si distingue da) quella situazione legittimante detta capacità processuale e consistente, *ex art. 75 c.p.c.*, nella libera disponibilità dei diritti dedotti²⁹². Di conseguenza, «*la titolarità dell'azione si sovrappone alla titolarità dei singoli poteri, senza, tuttavia, identificarsi con essa, poiché quest'ultima può esistere anche senza la prima*»²⁹³.

La *legitimatō ad processum* si distingue, secondo una sistematica, da quella *ad causam* per essere un presupposto di procedibilità (ovverosia di validità) della domanda, estrinseco rispetto a essa, ossia uno dei requisiti che devono esistere prima della proposizione della domanda affinché il processo possa giungere alla pronuncia sul merito²⁹⁴. La validità della domanda presuppone il potere di proporla, ma questo potere, che è il primo della serie che costituisce la legittimazione processuale, presuppone unicamente la libera disponibilità del diritto dedotto, la quale, a propria volta, non presuppone l'effettiva sussistenza dei poteri sostanziali inerenti all'esercizio del diritto, ma solo l'assenza di cause di sottrazione di tali

²⁸⁹ Questa è la sintesi che COSTA, voce *Legittimazione processuale*, *cit.*, p. 732, nota 2, offre del pensiero di: CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 115; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, *cit.*, p. 158; BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano, 1950, p. 27.

²⁹⁰ GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, *cit.*, p. 159. In senso sostanzialmente conforme, MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, *cit.*, p. 38, secondo cui il rappresentante, legittimato *ad causam*, non è titolare di una situazione che investe tutto il processo, ma solamente del potere di compiere singoli atti processuali, cosicché solo in questa ipotesi la *legitimatō ad processum* diviene autonoma dalla *legitimatō ad causam*, pur essendo ricompresa in essa.

²⁹¹ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 317 ss.

²⁹² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 318.

In senso contrario, COSTA, voce *Legittimazione processuale*, *cit.*, p. 732, nota 2, scrive che l'unico modo per risolvere le gravi incertezze della dottrina sul distinguo tra *legitimatō ad causam* e *ad processum* sta nell'identificare quest'ultima nella capacità processuale. L'Autore avverte che, ove si voglia, con il Mandrioli, distinguere la capacità dalla legittimazione processuale, si costringe quest'ultima a spostarsi su di un ambito concettuale già occupato dalla nozione di *legitimatō ad causam*.

²⁹³ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, pp. 85-86.

²⁹⁴ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 43-45.

poteri per l'ipotesi che essi esistano²⁹⁵. Pertanto, la legittimazione processuale sussiste indipendentemente dal fatto che il potere sia fatto valere come proprio o come altrui: per la validità della domanda, non si richiede alcuna qualificazione del soggetto che la propone con riguardo al diritto dedotto²⁹⁶. Di conseguenza, non rileva, a tali effetti, la sussistenza o meno della legittimazione sostanziale a disporre, come invece farebbe pensare la lettera dell'art. 75 c.p.c. che aggancia la *legitimatō ad processum* alla libera disponibilità dei diritti.

La questione della *legitimatō ad causam*, inoltre, è logicamente successiva a quella della *legitimatō ad processum* e involge il merito (in senso ampio) della domanda²⁹⁷.

Sembra emergere una contraddizione: se la *legitimatō ad processum* può essere propria o rappresentativa e se essa prescinde dal fatto che il diritto sia fatto valere come proprio o come altrui, allora com'è possibile affermare che la legittimazione processuale del rappresentante sussiste solo se egli si dichiara tale mediante la *contemplatio domini*? Non si dovrebbe dire, in coerenza con i concetti su esposti, che la legittimazione processuale sussiste comunque, che ci si qualifichi o no come rappresentante, e che la *contemplatio domini* permette di incardinare in capo al rappresentante stesso un qualcosa di più e di diverso dalla legittimazione processuale, ossia la legittimazione a far valere un diritto altrui e quindi una *legitimatō ad causam* straordinaria?

A tali dubbi risponde il Mandrioli: la legittimazione processuale rappresentativa è una legittimazione secondaria che presuppone (ma non s'identifica con) quella primaria spettante al rappresentato²⁹⁸. Pertanto il soggetto privo del potere rappresentativo e che ciò nonostante abbia dichiarato di agire in nome e per conto altrui, se è mancante della legittimazione secondaria, è comunque dotato, salva l'incapacità processuale, della legittimazione processuale primaria, di modo che la sua domanda, non solo esiste, ma è anche valida²⁹⁹.

La distinzione tra la *legitimatō ad causam* e quella *ad processum* è confermata dal diritto positivo. Mentre l'art. 81 c.p.c. esclude la disponibilità dell'azione se non unitamente al diritto cui essa accede, l'art. 77 c.p.c. consente all'autonomia privata di conferire a un soggetto diverso dall'affermato titolare del diritto il potere di realizzare l'attività processuale³⁰⁰.

Ulteriore distinzione da tenere a mente è quella tra la capacità di essere parte e la *legitimatō ad processum*, distinzione che ricalca quella, propria del mondo sostanziale, tra capacità giuridica (statica) e capacità d'agire (dinamica). Mentre la capacità di essere parte consiste nell'idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche processuali, la legittimazione processuale indica il potere di esercitare quelle situazioni. Dal punto di vista pratico il distinguo è rilevante, giacché mentre il difetto di capacità di essere parte dà luogo a nullità

²⁹⁵ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 157.

²⁹⁶ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 157.

²⁹⁷ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 157.

²⁹⁸ MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 159 ss.

²⁹⁹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 157-158.

³⁰⁰ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 99.

insanabile della domanda, l'invalidità derivante dal difetto di *legitimatio ad processum* può essere sanato nelle forme e nei termini indicati dall'art. 182 c.p.c.³⁰¹.

§ 6. La rappresentanza processuale e la *contemplatio domini*.

Il codice ha risolto il problema della deduzione in giudizio dei diritti dei soggetti processualmente incapaci, attribuendo la legittimazione processuale ai soggetti che, nel campo sostanziale, ne sono i rappresentanti³⁰². Infatti, ai sensi dell'art. 75, comma 2 c.p.c., «*le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità*». Pertanto, esattamente come nel mondo sostanziale, l'atto compiuto dal rappresentante legale, se accompagnato dalla *contemplatio domini*, produce i suoi effetti in capo al rappresentato³⁰³. Al rappresentante legale, allora, viene attribuita tutta la serie dei poteri processuali, a cominciare da quello di proporre la domanda³⁰⁴. Nel caso di attribuzione della legittimazione processuale in via normale, pertanto, il soggetto sta in giudizio con l'attività, mentre, nel caso dei processualmente incapaci, il soggetto di cui è allegata la titolarità del diritto sta in giudizio col nome, mediante l'attività compiuta dal rappresentante³⁰⁵.

Oltre alla rappresentanza, per la tutela degli incapaci processuali si danno i casi dell'assistenza e dell'autorizzazione. Nel primo caso, l'inabilitato sta in giudizio assieme al suo curatore, di modo che si parla di contitolarità dei poteri processuali o anche di collegittimazione processuale³⁰⁶. L'autorizzazione, al contrario, è la rimozione dell'ostacolo all'esercizio di un potere già sussistente, e può riguardare sia l'attività dell'incapace legale, come previsto dagli artt. 320, 374 e 375 c.c., sia quella del semicapace, come nell'autorizzazione prevista dall'art. 394, comma 3 c.p.c. per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione³⁰⁷.

Secondo il terzo comma del citato art. 75, «*le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto*». Si realizza così l'ennesima estensione dello strumento sostanziale all'ambito processuale: le persone giuridiche stanno in giudizio in persona dell'organo attraverso il quale agiscono nel mondo sostanziale.

La rappresentanza organica non è vera rappresentanza. Il titolare dell'organo non si limita a compiere un atto che produrrà effetti in capo alla persona giuridica, ma realizza direttamente l'attività dell'ente: a essere imputato a quest'ultimo non sono solo gli effetti, ma già l'atto³⁰⁸. Pertanto, «*la legittimazione processuale non fa capo al rappresentante [organico], ma [...]*

³⁰¹ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 14-15.

³⁰² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 321-322.

³⁰³ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 322.

³⁰⁴ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 322.

³⁰⁵ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, p. 96.

³⁰⁶ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 324.

³⁰⁷ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 324.

³⁰⁸ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 325.

*direttamente alla persona giuridica, che la esercita per mezzo dell'organo*³⁰⁹. Le persone giuridiche e gli enti, dunque, stanno in giudizio sia con l'attività, sia col nome³¹⁰.

Analoga soluzione è prevista per gli enti sprovvisti di personalità giuridica. Dispone, infatti, il quarto comma dell'art. 75 che *«le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli artt. 36 e seguenti del codice civile»*. Pertanto, anche nell'ipotesi di comitati e di associazioni non riconosciute, la legittimazione processuale spetta all'ente, che la esercita per mezzo del proprio organo³¹¹.

Quanto alla rappresentanza processuale volontaria, l'art. 77 prescrive che *«il procuratore generale e quello preposto a determinati affari non possono stare in giudizio per il preponente, quando questo potere non è stato loro conferito espressamente per iscritto, tranne che per gli atti urgenti e per le misure cautelari. Tale potere si presume conferito al procuratore generale di chi non ha residenza o domicilio nello Stato e all'istitutore»*.

Secondo la dottrina unanime³¹², la sussistenza della rappresentanza sostanziale è necessaria, ma non sufficiente per l'esistenza di quella processuale. In altri termini, il potere rappresentativo, salvi i procedimenti dinanzi al giudice di pace (per i quali dispone l'art. 317 c.p.c.), può essere concesso solo al rappresentante sostanziale, ma la rappresentanza sostanziale non implica anche quella processuale, la quale deve essere concessa, tranne che in ipotesi eccezionali, per iscritto³¹³.

La legittimazione processuale primaria, allora, non discende e tantomeno si identifica con la legittimazione a disporre del diritto sostanziale, mentre la legittimazione processuale rappresentativa presuppone proprio la sussistenza della legittimazione sostanziale rappresentativa a disporre della situazione giuridica sostanziale. Questa differenza deriva dalla diversa rilevanza delle due legittimazioni processuali: quella primaria consiste nel potere di compiere atti giuridici produttivi degli effetti legislativamente previsti³¹⁴, mentre quella rappresentativa è funzionale all'imputabilità degli effetti dell'attività processuale al soggetto asseritamente rappresentato, imputabilità che presuppone la sussistenza di una *«legittimazione indiretta»*³¹⁵.

³⁰⁹ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 325.

³¹⁰ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, p. 98.

³¹¹ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 326-327.

³¹² Ne dà atto MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 331, nota 52.

³¹³ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 330-331.

³¹⁴ L'incapacità processuale non dà luogo a inefficacia, ma a un'efficacia attenuata dell'atto, che se impedisce al giudice di pronunciarsi sul merito, gli impone comunque di emettere un provvedimento dichiarativo della carenza di tale presupposto di procedibilità. Si deve quindi distinguere, all'interno della legittimazione primaria, tra la «legittimazione processuale primaria limitata» degli incapaci (discendente dalla semplice soggettività sostanziale) e la «legittimazione processuale primaria piena», spettante ai processualmente capaci.

³¹⁵ L'espressione è tratta da CARNELUTTI, *Teoria generale*, *cit.*, p. 323. Dopo aver definito, a p. 321, la legittimazione diretta come il *«dover essere o non essere l'agente anche il paziente soggetto di un rapporto giuridico rispetto al bene, sul quale si svolge il fatto, affinché questo produca determinate conseguenze di diritto»* - definizione che a noi pare competere più alla situazione legittimante - Egli così enuncia la nozione di 'legittimazione indiretta': la *«coincidenza tra l'agente o il paziente e il soggetto non tanto della situazione giuridica iniziale quanto di una situazione connessa con la situazione iniziale»*. L'Autore riconduce a tale categoria le due

La legittimazione processuale rappresentativa è attiva o recettiva. È ‘attiva’ quando il funzionamento della rappresentanza è incentrato sulla legittimazione dell’autore dell’atto, discendente dalla titolarità di un potere secondario, ossia condizionato da quello primario spettante al rappresentato: in questo caso l’atto produce effetti in capo al rappresentato e in capo ai terzi come se esso fosse compiuto dal *dominus*. Si parla invece di ‘legittimazione processuale recettiva’ quando la Legge equipara al compimento dell’atto nei confronti di una parte il suo compimento nei confronti di colui che ne è il rappresentante, cosicché, anche in questo secondo caso, la parte riceve gli effetti del suddetto atto³¹⁶.

La legittimazione recettiva, peraltro, opera non solo imputando al rappresentato gli effetti dell’atto compiuto nei confronti del rappresentante, ma anche nel perfezionamento della fattispecie dell’atto processuale che, per la sua natura necessariamente recettizia, deve essere reso conoscibile alla controparte: in queste ipotesi, la conoscibilità per il rappresentante equivale a conoscibilità per il rappresentato, di modo che l’atto della controparte si perfeziona e può così dispiegare quegli effetti che, solo in un momento logicamente successivo, saranno imputati al *dominus*³¹⁷.

La legittimazione processuale rappresentativa deve poi essere distinta dalla sostituzione processuale, così come si distingue, più in generale, tra *legitimatō ad processum* e *ad causam*. Il rischio di una confusione tra rappresentanza e sostituzione non è certo casuale, dato che entrambe appartengono alla categoria della legittimazione indiretta³¹⁸. La loro differenza specifica sta in ciò: il rappresentante, soggetto che sta in giudizio con l’attività, deve agire nell’interesse del rappresentato, ossia di un soggetto che sta in giudizio col nome, mentre il sostituto opera nel proprio esclusivo interesse³¹⁹ e, pertanto, diviene parte sia dell’attività processuale che dei suoi effetti. La distinzione ha poi grande rilievo pratico, ad esempio in punto di regolamento delle spese processuali, che stanno a carico del rappresentato e, nel caso di legittimazione straordinaria ad agire, del sostituto. Conseguentemente, mentre nel campo della rappresentanza le spese sono poste a carico di chi sta in giudizio soltanto col nome, nel caso della sostituzione esse gravano su chi sta in giudizio con entrambi.

Lo strumento rappresentativo va inteso non come fenomeno di straordinaria legittimazione ad agire, ma come straordinario distacco della legittimazione processuale da colui che, come legittimato ad agire o a contraddire, o come presente in giudizio col nome, è legittimato a ricevere gli effetti degli atti processuali³²⁰.

figure della rappresentanza e della sostituzione. L’opinione è condivisa da RESCIGNO, voce *Legittimazione*, *cit.*, p. 519.

³¹⁶ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, p. 114.

³¹⁷ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, pp. 161 ss.

³¹⁸ CARNELUTTI, *Teoria generale*, *cit.*, p. 323.

³¹⁹ CARNELUTTI, *Teoria generale*, *cit.*, pp. 323-324. A questo insegnamento aderisce RESCIGNO, voce *Legittimazione*, *cit.*, p. 519.

³²⁰ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, *cit.*, pp. 118-119. In senso contrario si era espresso GARBAGNATI, *La sostituzione*, *cit.*, pp. 174 ss., fondando la propria posizione sull’inquadramento

Il potere rappresentativo processuale è un presupposto di ammissibilità della trattazione nel merito della domanda, al pari della legittimazione processuale primaria³²¹.

Proprio alla luce di ciò, il potere rappresentativo rileva quale presupposto processuale per la verifica delle condizioni dell'azione o, detto altrimenti, «*come presupposto per la validità dell'atto col quale il giudice si investe della cognizione circa l'esistenza delle condizioni dell'azione*»³²². Ciò vale, oltre che per la rappresentanza processuale attiva, per quella recettiva³²³.

È dunque esatta l'affermazione secondo cui il potere rappresentativo è presupposto di regolarità del contraddittorio. La regola dell'art. 101 c.p.c., infatti, non condiziona né la validità della domanda, né la legittimazione ad agire³²⁴, ma concerne l'idoneità della domanda a costituire il potere del giudice di statuire sul merito³²⁵.

La *legitimatō ad causam* passiva, al pari della legittimazione processuale e della regola del contraddittorio che ne costituisce il fondamento, si fonda sull'esigenza di far sì che il destinatario affermato della domanda coincida col destinatario effettivo di essa³²⁶. Se il convenuto è privo del potere rappresentativo, il destinatario affermato non coincide con

dell'azione in termini di potere, contestata dallo stesso Mandrioli, che, a p. 118, in nota 172, sottolinea come tale impostazione, attribuendo l'azione al rappresentante invece che al rappresentato, preclude a quest'ultimo ogni partecipazione al processo giacché gli impedisce di acquisire l'unico ruolo che è quello, per l'appunto, di titolare dell'azione. In questo modo diviene impossibile spiegare come gli atti processuali dispieghino i propri effetti nei confronti del rappresentato, essendo il funzionamento dello strumento rappresentativo destinato ad operare soltanto sul piano sostanziale dell'autorità del giudicato, e dunque esclusivamente fuori del processo, in aperto contrasto con l'art. 75, comma 2 c.p.c.

Mandrioli, nella stessa nota a piè di pagina, rivolge le stesse critiche alla teoria di CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, p. 99, secondo cui la rappresentanza processuale volontaria consiste nell'attribuzione del diritto di azione a un soggetto diverso dal titolare del rapporto litigioso.

Come attestato da MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 318, nota 18, nonostante che la distinzione tra *legitimatō ad causam* e *legitimatō ad processum* si debba all'autorità del CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1960, p. 239, c'è nella dottrina una tendenza a ricondurre la seconda figura alla prima o a limitare questa contrapposizione.

La prima impostazione è espressa da FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pp. 132 ss., secondo cui la legittimazione attiva «*consiste nella titolarità dei poteri, delle facoltà e dei doveri processuali, cioè della situazione soggettiva composta costituita dall'insieme di tali posizioni soggettive*», la quale titolarità «*dipende dal collegamento con la situazione sostanziale adottata alle soglie del processo*». Pertanto, si dovrebbe respingere la prevalente dottrina, sostenuta anche da GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 136, secondo cui la legittimazione ad agire consisterebbe nella titolarità del potere di azione, inteso come potere di provocare la decisione giurisdizionale sul merito della domanda: «*tale definizione pecca per difetto sotto un duplice riflesso: [...] l'azione non consiste in un singolo potere, ma nell'insieme delle posizioni processuali facenti capo all'attore legittimato; la legittimazione, poi, non concerne soltanto la posizione dell'attore, ma quella di qualsiasi parte*».

Il secondo approccio è adottato da CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 116.

Secondo ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., pp. 196-197, nota 1, la *legitimatō ad processum* ha una più diretta attinenza alla domanda, profilandosene come un requisito, mentre per la *legitimatō ad causam* sembra utile ricorrere, con Falzea, al concetto di legittimazione a ricevere, giacché è in gioco, non la partecipazione attiva della parte al processo, ma la sua sottoposizione agli effetti della domanda.

MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, pp. 377 ss., limita la sussistenza della legittimazione processuale al fenomeno della rappresentanza. Nello stesso senso si era già espresso BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 127.

³²¹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., pp. 156 ss.

³²² MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 159.

³²³ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 164.

³²⁴ Tali opinioni sono menzionate da MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 160.

³²⁵ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 160.

³²⁶ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 81, nota 91 e p. 167, nota 57.

quello effettivo. Questa discrasia pregiudica la legittimazione ad agire passiva, ma, prima ancora e indipendentemente da ciò, essa pregiudica la regolarità del contraddittorio, impedendo la trattazione nel merito e precludendo la verifica della condizioni dell'azione, di cui l'aspetto passivo della *legitimatio ad causam* fa parte³²⁷.

Proprio perché il *falsus procurator* non esercita un'azione altrui e, ciò nonostante, compie un'attività processuale di cui è l'unico soggetto destinatario, egli, nonostante le apparenze, sta in giudizio col proprio nome, cosicché assume la qualità di parte e tiene un comportamento che può essere valutato ai fini della soccombenza e della conseguente responsabilità per le spese³²⁸.

Il fatto che la rappresentanza processuale, attiva e recettiva, non sia un requisito di validità della domanda, ma un requisito di ammissibilità della trattazione nel merito, non è contraddetto, ma anzi confermato, dall'art. 163 n. 2 e dall'art. 164 c.p.c. Queste norme, infatti, concernono l'individuazione della persona del rappresentante e non la sussistenza della qualità di rappresentante in capo alla persona che è stata convenuta. Mentre il primo requisito consiste in un elemento formale che consente l'inequivoca individuazione del convenuto, il secondo attiene alla coincidenza tra destinatario effettivo della comunicazione della domanda e suo destinatario nominale, ovvero sia al principio del contraddittorio. Pertanto, gli artt. 163 e 164 considerano la certa individuazione del convenuto come requisito di validità della domanda, non intaccando in alcun modo la rilevanza del potere rappresentativo ai diversi fini dell'ammissibilità della trattazione del merito³²⁹.

La stessa configurabilità di una rappresentanza presuppone la *contemplatio domini*³³⁰.

È quindi chiaro, a questo punto, quanto la spendita del nome altrui sia fondamentale per la distinzione tra legittimazione attiva straordinaria e *legitimatio ad processum*, tant'è che il *falsus procurator*, mediante la *contemplatio*, ha dichiarato di non essere titolare del diritto, con la conseguenza che, una volta acclarato il difetto di potere rappresentativo, va escluso che si versi in un'ipotesi di sostituzione processuale³³¹.

La *contemplatio* è disciplinata, nel diritto materiale, dall'art. 1388 c.c., che la fa consistere nella dichiarazione di «*agire nel nome e nell'interesse altrui*», ossia di compiere atti nell'esercizio di

³²⁷ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 167.

³²⁸ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 160, nota 44, alla quale si rinvia per gli opportuni riferimenti alla dottrina, anche tedesca.

Per l'ipotesi in cui il difetto di potere rappresentativo concerna, non la domanda, ma soltanto gli atti processuali successivi, si veda ancora MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 161, il quale chiarisce che solo in questo caso gli atti sono invalidi (giacché, mentre il potere di proporre la domanda spetta a tutti i soggetti capaci, quello di compiere gli atti successivi spetta solo al legittimato processuale in via primaria o secondaria) e che l'efficacia precaria che ne consegue è comunque sufficiente per una valutazione di soccombenza del *falsus procurator*.

Come si legge ancora a p. 161, in nota 45, sia nella mancanza originaria di potere rappresentativo, sia nell'ipotesi di suo difetto sopravvenuto, il falso rappresentante «*assume lo stare in giudizio sul suo nome solo per far valere una situazione giuridica, non di merito, ma strumentale, fondata sull'interesse a sostenere di avere agito come vero rappresentante*».

³²⁹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 166.

³³⁰ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 159, nonché pp. 259 ss.

³³¹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 159.

un potere rappresentativo («*agire in nome*») per la produzione di effetti che si imputeranno a un soggetto diverso («*agire nell'interesse altrui*»)³³².

Da quanto sin qui ricordato, emerge che la posizione del curatore dell'eredità giacente è peculiare. Essa non è riconducibile alla legittimazione diretta, ossia alla titolarità dei diritti dedotti. Nel contempo, tale situazione non è nemmeno sussumibile nelle due ipotesi conosciute di legittimazione indiretta, ossia nella rappresentanza e nella sostituzione. Di entrambe le ipotesi manca il presupposto della dualità soggettiva, giacché l'eredità giacente non è un soggetto. Per di più, a difettare sono anche i caratteri specifici delle due figure. La sostituzione implica l'agire nell'interesse proprio, cosa che è interdetta al curatore, mentre la rappresentanza implica l'agire nell'interesse del titolare della situazione giuridica incisa dall'atto, titolare che non esiste.

Pertanto, ai casi sinora noti di legittimazione indiretta occorre aggiungerne un terzo: la legittimazione concernente situazioni acefale.

§ 7. Gli istituti esaminati presuppongono, per come intesi dalla tradizione, l'imputazione delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio.

Prima di riesaminare criticamente la legittimazione ad agire e quella processuale, conviene riprendere le parole di Consolo: «*la nozione di legittimazione ordinaria e straordinaria ad agire muove dal presupposto che le posizioni sostanziali esistenti e tutelabili siano essenzialmente soggettivizzate, cioè identificate in funzione dell'interesse di un soggetto determinato. Ciò non significa che nell'ambito dell'ordinamento non vi sia spazio per la protezione di situazioni giuridiche aventi carattere differente e fondamentalmente spersonalizzato, più o meno latamente riconducibili alle figure del diritto superindividuale o dell'interesse diffuso*» o – aggiungiamo noi – dei diritti privi di titolare³³³.

L'inquadramento che abbiamo offerto dell'eredità giacente dimostra allora una volta di più come si debba distinguere tra legittimazione straordinaria ad agire e sostituzione processuale³³⁴. Difatti, al curatore è data azione per far valere diritti che non sono propri e non sono altrui, cosicché il sostituito manca. Pertanto, si potrà, in tali ipotesi, parlare unicamente di legittimazione straordinaria ad agire e non di sostituzione processuale. Tale carattere straordinario, comunque, comporta che le azioni per diritti privi di titolare, al pari dei casi di vera e propria sostituzione processuale, costituiscano ipotesi eccezionali.

³³² MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 257.

³³³ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., pp. 189-190. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., p. 525, evidenzia che legittimato ad agire è «*colui che si attribuisca o nei cui confronti si attribuisca la soggettività (attiva o passiva) del rapporto giuridico controverso*».

³³⁴ ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., p. 527, attesta che si è soliti qualificare la sostituzione processuale come un caso di legittimazione straordinaria ad agire.

ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva*, cit., pp. 201-202, pone l'intervento adesivo dipendente, previsto dall'art. 105, comma 2 c.p.c., tra i casi di legittimazione straordinaria accanto alla sostituzione processuale e al litisconsorzio necessario.

Nel senso dell'identificazione pare invece esprimersi MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 57, quando afferma che, nei casi in cui è consentito far valere, in nome proprio, diritti altrui o non esclusivamente propri, «*si parla di legittimazione straordinaria o sostituzione processuale*».

Quanto alla capacità di essere parte, il dogma di necessaria titolarità si manifesta in modo altrettanto evidente nell'idea per cui la caratteristica comune ai tre significati di 'parte' risiede nella «titolarità di una o più situazioni giuridiche processuali»³³⁵.

§ 8. Ridefinizione della *legitimatio ad causam*.

L'affermazione per cui un soggetto è legittimato ad agire, ma non ha legittimazione processuale, significa questo: egli ha diritto al provvedimento sul merito, ma, mancando una delle condizioni di decidibilità della causa nel merito, non può ottenere questo provvedimento. La contraddizione è palese. Allo stesso modo è assurdo affermare che un legittimato ad agire non possa ottenere il provvedimento sul merito se egli non ha affermato di avervi interesse o esiste una clausola compromissoria.

Non sarebbe meglio evitare queste aporie e riconoscere che l'affermata titolarità del diritto integra soltanto una delle componenti della situazione legittimante, ossia della fattispecie costitutiva dell'azione (situazione legittimata)? Al mancare dell'affermata titolarità del diritto, come pure al difetto di legittimazione processuale primaria piena³³⁶, consegue la carenza di *legitimatio ad causam*.

La *legitimatio ad causam*, consistendo nella titolarità del diritto d'azione e dunque nel potere di provocare il provvedimento di merito, dipende da tutti i requisiti di decidibilità della causa nel merito. Pertanto, la legittimazione ad agire, nonostante la lettura tradizionale dell'art. 81 c.p.c., dipende *anche*, ma non soltanto, dall'allegata titolarità del diritto dedotto.

Tale allegazione è una situazione legittimante: essa è un requisito, peraltro non necessario e non sufficiente, per l'esistenza dell'azione (situazione legittimata). «*Requisito non necessario*», poiché può essere sostituita, nei casi di legittimazione straordinaria, dall'affermazione di una situazione legittimante alternativa, espressamente prevista dalle disposizioni fatte salve dall'art. 81 c.p.c.; «*requisito non sufficiente*», giacché non sussiste azione se non vi sono le altre condizioni di decidibilità della domanda nel merito, ossia interesse ad agire, capacità processuale, ecc.

Pertanto, la *legitimatio ad causam* implica la *legitimatio ad processum*; quest'ultima, invece, non implica la *legitimatio ad causam*.

È quindi possibile che un soggetto vanti la legittimazione processuale primaria piena senza essere legittimato attivo, magari perché non si è affermato titolare del diritto e non ricorrono le ipotesi fatte salve dall'art. 81 c.p.c. Non è invece immaginabile che egli sia legittimato attivo ove, pur affermandosi titolare del diritto, sia sprovvisto della legittimazione processuale.

³³⁵ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 143.

³³⁶ Al contrario, la legittimazione processuale primaria limitata, spettante agli incapaci, sussiste sempre, di modo che non deriva, al contrario di quella piena, dall'art. 75 c.p.c., ma dagli artt. 24 Cost., 2907 c.c. e 99 c.p.c.

Il *discrimen* tradizionale tra la *legitimatio ad causam* e le altre condizioni di decidibilità della domanda nel merito, tra cui si situa la legittimazione processuale, è dovuto alla distinzione tra condizioni dell'azione e presupposti processuali, ossia tra requisiti interni ed esterni alla domanda. Tale *summa divisio* ha segregato la situazione legittimante, ovvero la affermata titolarità del diritto, all'interno del *genus* «condizioni dell'azione», cui è tradizionalmente subordinata la sussistenza del diritto al provvedimento sul merito, e ha quindi fatto pensare che l'affermata titolarità del diritto sia sufficiente alla *legitimatio ad causam*, così creando un'affinità elettiva tra i due concetti che, oltre a doversi escludere, si è spinta malauguratamente sino alla loro identificazione, anche in ragione dell'ambiguità del termine 'legittimazione', che non consente di comprendere se si ragioni della situazione legittimante o di quella legittimata.

Tuttavia, grazie alla rilettura dell'art. 81, che approfondiremo nel seguente paragrafo, si manifesta la natura prettamente classificatoria di tale *summa divisio*, priva di qualsivoglia fondamento normativo, cosicché è possibile dimostrare che l'affermata titolarità del diritto, al pari della legittimazione processuale, è soltanto uno dei requisiti di decidibilità nel merito, soltanto una delle circostanze alla cui compresenza è subordinata la *legitimatio ad causam*.

L'azione è dunque una situazione giuridica che sorge da una fattispecie complessa, il che era già insito nella pluralità delle condizioni dell'azione, ma «complessa» ben più di quanto solitamente si pensa, giacché richiede – oltre a possibilità giuridica, interesse e affermata titolarità del diritto – tutte le condizioni di decidibilità nel merito che tradizionalmente vanno sotto il nome di 'presupposti processuali'.

§ 9. Il rappresentante processuale possiede sia la *legitimatio ad processum* rappresentativa, sia la *legitimatio ad causam*. Comparazione con il sostituto processuale.

L'incapace non è legittimato processuale primario pieno, né legittimato *ad causam*: non può compiere efficaci atti processuali, né, conseguentemente, pretendere il provvedimento sul merito.

Il rappresentante può provocare tale provvedimento (legittimazione ad agire), può compiere efficaci atti giuridici (legittimazione processuale primaria piena), i singoli effetti dei quali sono imputati a colui che sta in giudizio col nome (legittimazione processuale rappresentativa).

Il sostituto processuale ha legittimazione processuale primaria piena e legittimazione straordinaria ad agire, ma non legittimazione processuale rappresentativa, giacché gli effetti degli atti processuali che compie non sono imputati al sostituto. Non si spiegherebbe, altrimenti, la necessità, prevista dall'art. 2900 c.c., di chiamare in causa quest'ultimo.

L'errore originario, che ha fatto ritenere alla dottrina che la *legitimatio ad causam* straordinaria e la legittimazione processuale rappresentativa siano incompatibili, risiede nell'aver pensato che l'art. 81 c.p.c. fissi la regola della legittimazione ad agire.

La lettera dell'art. 81, invece, si limita ad affermare che, salvi i casi espressamente previsti, nessuno può fare valere, in nome proprio, diritti altrui. La disposizione, dunque, non stabilisce affatto che, ove i diritti siano fatti valere come propri, la legittimazione attiva sussiste automaticamente, né che, ove i diritti siano fatti valere in nome altrui, non sussista azione.

Sarà sempre opportuno continuare a distinguere tra gli attributi 'straordinaria' e 'ordinaria', ma essi dovranno essere riferiti, non alla situazione legittimata (l'azione, sempre uguale a se stessa), ma alla situazione legittimante dell'affermata titolarità o, nei casi esplicitamente preveduti, dell'altruità dell'oggetto processuale.

Proprio alla luce dell'erronea lettura dell'art. 81, secondo la quale la disposizione fisserebbe autonomamente la spettanza (o la non-spettanza) dell'azione sul solo presupposto dell'affermata titolarità (o altruità) del diritto, si è pensato che la sussistenza dell'azione prescinderebbe dalla compresenza degli altri requisiti di decidibilità nel merito, talché si è concluso che: a) potrebbe aversi legittimazione attiva senza legittimazione processuale; b) la legittimazione straordinaria ad agire escluderebbe la legittimazione processuale rappresentativa, dato che il sostituto processuale è privo della seconda, e, specularmente, il rappresentante sarebbe dotato della sola legittimazione processuale rappresentativa.

Quanto al punto *sub a*), abbiamo già detto che non ha senso affermare di essere titolari dell'azione, senza poter ottenere il provvedimento sul merito.

Quanto al punto *sub b*), chiedendocisi se il rappresentante abbia legittimazione processuale rappresentativa o legittimazione attiva, si è incorsi in una falsa dicotomia. I due istituti, operando su piani diversi, non si escludono vicendevolmente. Il primo opera sul piano dell'imputazione degli effetti dei singoli atti processuali, il secondo attiene alla possibilità di emettere il provvedimento sul merito.

Pertanto, ciò che distingue il rappresentante dal sostituto processuale non è la sussistenza o meno del diritto al provvedimento sul merito (in entrambi i casi vi è una situazione legittimante straordinaria: l'affermazione dell'altruità del diritto), né la legittimazione processuale primaria piena (presente o assente in entrambi i casi in virtù della capacità o incapacità processuale), ma la legittimazione processuale rappresentativa, presente solo per il primo soggetto e non per il secondo, giacché solo nel primo caso viene speso il nome del *dominus* e quindi viene manifestata la presenza di un potere rappresentativo.

Gli effetti sostanziali del provvedimento di merito, invece, si hanno sia per la sostituzione, sia per la rappresentanza. In entrambi i casi si ha una situazione legittimante che, ove sussistano le altre condizioni di decidibilità nel merito (chiamata in causa del *dominus*

nella sostituzione, potere rappresentativo nella rappresentanza), dà diritto a un giudicato sostanziale grazie al quale il provvedimento inciderà sulla situazione giuridica altrui.

L'art. 81, insomma, non sancisce che è legittimato attivo chi afferma la titolarità del diritto o chi, nei casi stabiliti dalla Legge, agisce, in nome proprio, un diritto altrui – ciò che giustamente farebbe escludere la deduzione di un diritto altrui in nome altrui (ossia la rappresentanza) dalla sfera della legittimazione attiva – ma dice che non vi è potere di provocare il provvedimento sul merito quando il diritto sia fatto valere come altrui, nell'interesse proprio, fuori delle ipotesi legislativamente previste. Pertanto, le situazioni legittimanti, alla presenza delle quali, unitamente alle altre condizioni di decidibilità nel merito, consegue la titolarità dell'azione, sono: a) l'affermazione della titolarità del diritto; b) l'affermazione dell'altruità del diritto, fatto valere in nome altrui, secondo le ipotesi previste dagli artt. 75 ss. c.p.c.; c) l'affermazione dell'altruità del diritto, fatto valere in nome proprio, nei casi espressamente previsti (es. art. 2900 c.c.).

A ciascuna di queste tre situazioni legittimanti, purché constino anche gli altri requisiti di decidibilità nel merito, consegue la titolarità dell'azione, sempre uguale a se stessa, in quanto sempre e comunque definibile come il diritto al provvedimento sul merito.

L'art. 81, dunque, non concerne, come preteso dalla tradizione, la legittimazione ad agire (situazione legittimata), ma soltanto una delle situazioni legittimanti. L'indebito accostamento alla situazione legittimata (legittimazione ad agire), delle situazioni legittimanti previste, *a contrario*, dall'art. 81 (affermazione della titolarità del diritto; affermazione della sua altruità accompagnata da *contemplatio domini*; affermazione della sua altruità senza *contemplatio domini* nei casi espressamente ammessi) è stato probabilmente dovuto a un errore di prospettiva, indotto dalla discussione intorno alla natura concreta o parzialmente astratta dell'azione, che ha costituito per lungo tempo il principale tema di scontro intorno alla legittimazione ad agire. Quando ci si chiede se sia legittimato attivo colui che è effettivamente titolare del diritto o colui che si afferma tale, è facile ritenere che queste situazioni legittimanti siano, assieme alle altre condizioni dell'azione, sufficienti a stabilire la legittimazione attiva. In realtà, queste situazioni sono soltanto alcune delle componenti di quella fattispecie complessa che, integrata da tutti i requisiti di decidibilità nel merito, è costitutiva dell'azione.

Dopo aver contestato la definizione tradizionale della 'legittimazione ad agire', nonché la lettura tralatizia dell'art. 81 c.p.c., possiamo anche affermare che la *legitimatio ad processum*, al contrario di alcune, isolate dottrine, è strutturalmente distinta dalla *legitimatio ad causam*, benché i due concetti siano funzionalmente collegati.

Il difetto di legittimazione processuale primaria piena, difatti, consiste nell'impossibilità che gli atti processuali producano gli effetti previsti dalla Legge, cosicché è impossibile che la catena di questi atti, ossia il processo, si svolga sino all'emanazione del

provvedimento sul merito. Al difetto di legittimazione processuale, dunque, consegue la carenza di legittimazione ad agire.

Ciò potrebbe far ancora dubitare dell'autonomia delle due figure. Il fatto che entrambe le legittimazioni manchino contemporaneamente potrebbe far pensare che esse siano una cosa sola.

Due osservazioni escludono la fondatezza di questo sospetto.

In primo luogo, vi è il caso in cui manchi quella legittimazione processuale primaria piena che potremmo definire 'speciale'. Essa non consiste nel potere di compiere qualsivoglia atto del processo in virtù della capacità processuale dell'art. 75, ma nel potere di eseguire singoli atti. Un esempio è l'impossibilità, per il sostituto processuale, di deferire giuramento. Tale difetto di legittimazione processuale discende dal combinato disposto degli artt. 2731 e 2737 c.c. e impedisce soltanto il compimento di quest'atto, non di qualsiasi atto processuale. Pertanto, il difetto di questa *legitimatō ad processum* speciale non esclude la *legitimatō ad causam*.

In secondo luogo, vi può essere *legitimatō ad processum* primaria piena o rappresentativa senza che vi sia *legitimatō ad causam*. Ciò avviene qualora la domanda sia stata proposta da un soggetto processualmente capace, eventualmente in nome e per conto altrui, in violazione di una clausola compromissoria. Vi sarà legittimazione processuale, ma non legittimazione ad agire.

Il difetto di *legitimatō ad causam* importa non solo l'impossibilità di emettere il provvedimento sul merito, ma anche l'arresto della catena degli atti processuali, in quanto, pur disponendo del potere di compierli, il loro susseguirsi sarebbe inutile, giacché non potrebbe dare luogo a una pronuncia sul merito della domanda. Evidenti ragioni di economia processuale, nonché la circostanza per cui il processo è funzionale alla costituzione della cosa giudicata sostanziale, impongono allora, nonostante il potere di compiere gli atti processuali, di bloccare il loro susseguirsi.

Avendo acclarato che il potere di compiere gli atti processuali è distinto dal potere di provocare il provvedimento sul merito, possiamo confermare che la formulazione dell'art. 75 è, secondo quanto sostenuto da Mandrioli e dalla dottrina prevalente, impropria: essa sovrappone il concetto di capacità processuale a quello di legittimazione processuale primaria piena.

La capacità processuale rileva sia come presupposto del potere di compiere gli atti processuali, sia, attraverso questo potere, come requisito di decidibilità della causa nel merito. La *legitimatō ad processum* primaria piena consiste nella posizione di chi può compiere efficaci atti processuali, di modo che essa va logicamente distinta dalla libera disponibilità dei diritti richiesta dall'art. 75, di cui è una conseguenza. La *legitimatō ad processum* rappresentativa, inoltre, consiste nell'imputabilità degli effetti degli atti processuali al titolare del diritto dedotto, talché dipende dalla sussistenza del potere rappresentativo, dimostrato, sino a prova contraria, dalla *contemplatio domini*, non dalla capacità processuale.

Ciò nonostante, la ricostruzione di Mandrioli è parzialmente scorretta poiché ha escluso, in capo al rappresentante processuale, la *legitimatio ad causam*. Egli, infatti, ha presupposto che la legittimazione processuale rappresentativa degli artt. 75 e 77, inerente all'imputazione degli effetti dei singoli atti processuali, escluda il potere di ottenere un provvedimento sul merito. Niente, nella Legge, consente di distinguere quest'ultimo potere da quello che spetta al cd. legittimato ordinario e al sostituto processuale, se non l'errata lettura dell'art. 81, in ragione della quale sarebbe legittimato *ad causam* solo colui che affermi la titolarità del diritto dedotto o, nei casi espressamente consentiti, faccia valere in nome proprio un diritto altrui. Alla luce della formulazione negativa dell'art. 81, invece, non può sussistere diritto al provvedimento di merito se, fuori dei casi espressamente previsti, si fa valere un diritto dichiaratamente altrui. Pertanto, costituisce situazione legittimante anche il fatto di far valere in nome altrui un diritto altrui. In presenza delle altre condizioni di decidibilità nel merito, dunque, anche il rappresentante processuale può essere legittimato ad agire. La *legitimatio ad processum* rappresentativa opera su di un piano diverso dalla *legitimatio ad causam*: incide su quest'ultima, ma non è sufficiente a spiegare la posizione del rappresentante, dato che egli può anche chiedere il provvedimento sul merito.

Non risulta di certo travolta la differenza disciplinare tra l'art. 81 c.p.c., che esclude la disponibilità dell'azione separatamente dal diritto cui essa accede, e l'art. 77 c.p.c., il quale consente di conferire liberamente a un soggetto la rappresentanza processuale. Sarà, infatti, impossibile che il titolare del diritto, fuori delle ipotesi fatte salve dall'art. 81, conferisca a un altro soggetto il diritto di agire nell'esclusivo interesse di costui, mediante una cessione dell'azione o una rappresentanza processuale indiretta; si potrà invece conferire liberamente il diritto di agire dichiaratamente nell'interesse del *dominus*.

L'erronea lettura degli artt. 75 e 77 è allora dipesa dall'errore di prospettiva sull'art. 81, che ha fatto ritenere che la legittimazione straordinaria ad agire e la legittimazione processuale rappresentativa siano incompatibili. In realtà, esse operano su piani diversi (potere di provocare il provvedimento sul merito e potere di compiere i singoli atti processuali), cosicché la presenza dell'una è compatibile con l'altra³³⁷, e l'una non si sovrappone all'altra³³⁸.

Alla luce del fatto per cui il sostituto deve essere chiamato in causa, al contrario del rappresentato, ci si potrebbe obiettare: come mai, se il rappresentante e il sostituto vantano entrambi una legittimazione ad agire e possono quindi ottenere un provvedimento che faccia stato sul diritto del *dominus*, la necessità di chiamare in causa quest'ultimo è prescritta soltanto per la sostituzione?

In altri termini, se la legittimazione processuale rappresentativa consente l'imputazione degli effetti dei singoli atti, e la legittimazione attiva consente invece l'emanazione del

³³⁷ A differenza della dottrina prevalente, guidata da Mandrioli. V. *supra*.

³³⁸ A differenza di quanto sostenuto da Garbagnati. V. *supra*.

provvedimento sul merito, allora la suddetta legittimazione processuale non è sufficiente a estendere gli effetti del giudicato al rappresentato, il quale, per lo meno agli effetti dell’emanazione del provvedimento sul merito, dovrebbe essere chiamato in causa allo stesso modo del sostituto, con evidente contraddizione rispetto al diritto positivo. Per converso, se la legittimazione processuale rappresentativa consente l’imputazione anche del provvedimento finale, allora non c’è bisogno di ipotizzare una legittimazione ad agire del rappresentante, cosicché la nostra ricostruzione dei tre profili del rappresentante processuale – *legitimatō ad processum* primaria, *legitimatō ad processum* rappresentativa e *legitimatō ad causam* straordinaria – sarebbe contraddetta dalla mancanza di quest’ultima.

In realtà il sostituto, finché non chiama in causa il sostituto, non è legittimato ad agire, giacché, *ex artt.* 2900 c.c. e 102 c.p.c., non ha diritto a un provvedimento sul merito, al pari di colui che abbia chiamato in causa soltanto alcuni dei litisconsorti necessari passivi³³⁹. Il sostituto, che non abbia chiamato in causa il sostituto, ha integrato solo parzialmente la propria situazione legittimante, cosicché, pur essendosi dichiarato *creditor creditoris*, non vanta alcuna azione.

Pertanto, non è corretto affermare, al fine di inficiare la nostra ricostruzione, che sia il rappresentante, sia, nei casi espressamente previsti, il sostituto siano legittimati ad agire. Come già chiarito, la legittimazione ad agire sussiste solo qualora siano soddisfatte tutte le condizioni di decidibilità nel merito, e l’art. 2900, espressivo di un principio generale, stabilisce che a tale provvedimento non si abbia diritto ove il sostituto non sia stato chiamato.

C’è comunque da domandarsi perché la chiamata del titolare del diritto dedotto sia prevista come requisito di decidibilità nel merito per la sostituzione e non per la rappresentanza.

La ragione sta nel fatto che, al contrario della dottrina minoritaria secondo cui il rappresentante vanterebbe soltanto una legittimazione straordinaria ad agire, costui possiede anche la legittimazione processuale rappresentativa. In virtù di quest’ultima, gli effetti degli atti processuali sono imputati al *dominus*. Pertanto, guardando al processo nella sua globalità, la concatenazione degli effetti degli atti processuali e la situazione soggettiva che ne risulta sono imputate alla persona che sta in giudizio col nome (rappresentato), e ciò a differenza di quanto avviene nella sostituzione, ove, mancando la rappresentanza, esse sono imputate alla persona che sta in giudizio con l’attività (sostituto).

La concatenazione degli effetti degli atti processuali consente di giungere al provvedimento sul merito e quindi al giudicato sostanziale sul diritto azionato. L’imputazione di quegli effetti processuali al *dominus* – che avviene mediante la legittimazione processuale rappresentativa, presunta in ragione della *contemplatio domini* – soddisfa il diritto al

³³⁹ In quest’ultima ipotesi manca il lato passivo della legittimazione, che è costituito da una pluralità di soggetti, di cui soltanto alcuni sono stati evocati in giudizio.

contraddittorio di quest'ultimo: senza di ciò, infatti, il provvedimento non può essere emesso e, ove pronunciato, è *inutiliter datum*. Ebbene, poiché l'imputazione degli effetti sussiste solo nel caso della legittimazione processuale rappresentativa, mancante nell'ipotesi di sostituzione, allora si comprende come mai la chiamata in causa del titolare sia condizione di decidibilità nel merito della domanda proposta dal sostituto e non di quella formulata dal rappresentante. Difatti, il rappresentato sta in giudizio col nome, di modo che il contraddittorio nei suoi confronti è tutelato e il giudicato può formarsi; il sostituto non sta in giudizio né col nome, né con l'attività, se non dal momento in cui è chiamato, cosicché soltanto da questo istante il contraddittorio nei suoi confronti è garantito e il giudicato sostanziale si può formare.

Detto altrimenti, il principio del contraddittorio, requisito di decidibilità nel merito *ex* artt. 101-102 c.p.c., si considera soddisfatto nel caso della rappresentanza, ove gli effetti degli atti sono imputati al *dominus* per mezzo della *legitimatō ad processum* rappresentativa, a sua volta presunta in base alla *contemplatio*, mentre, nel caso della sostituzione, ove tale imputazione manca, quello stesso principio impone di ricorrere, in via suppletiva, allo strumento della chiamata in causa.

Pertanto, purché ricorrano le altre condizioni di decidibilità nel merito, è legittimato ad agire il rappresentante che spenda il nome del *dominus*, mentre è legittimato ad agire il sostituto processuale che, nelle ipotesi stabilite dalla Legge, azioni un diritto altrui e ne chiami in causa il titolare.

Non è dunque corretto affermare che la legittimazione processuale rappresentativa consente solo l'imputazione degli effetti degli atti processuali al *dominus*: essa, garantendo altresì il rispetto del principio del contraddittorio, permette anche la decidibilità della domanda nel merito e quindi la sussistenza della legittimazione ad agire. Pertanto, la legittimazione processuale rappresentativa è necessaria, ma non sufficiente, per la sussistenza dell'azione, cosicché le due legittimazioni (processuale rappresentativa e *ad causam*) vanno distinte e ne risulta confermata la triplice posizione del rappresentante processuale: legittimazione processuale primaria, legittimazione processuale rappresentativa e, in presenza delle altre condizioni di decidibilità nel merito, legittimazione ad agire.

Non si dica che, nel caso della rappresentanza, l'azione compete al *dominus* e il rappresentante si limita a esercitarla. È il rappresentante, al pari del sostituto, che chiede il provvedimento sul merito, non il titolare del diritto. L'effetto di tale atto, come di tutti gli altri, è imputato al *dominus*, ma l'atto è compiuto dal rappresentante, che quindi ha, a tale riguardo, un potere indistinguibile da quello del sostituto processuale (e del legittimato ordinario) e che è stato opposto a esso solo per un'errata lettura dell'art. 81, secondo la quale è legittimato ad agire solo chi faccia valere un diritto proprio o un diritto altrui in nome

proprio³⁴⁰. La rilettura cui abbiamo sottoposto l'art. 81, invece, consente di concludere che può essere legittimato ad agire, ove sussistano le altre condizioni di decidibilità nel merito, anche colui che abbia dedotto un diritto altrui in nome altrui. Ciò è d'altronde in linea con quanto sostenuto dalla dottrina, secondo cui, nonostante che nei casi della rappresentanza e della sostituzione le parti siano diverse, la causa oggettivamente intesa è identica, salva la questione pregiudiziale di rito attinente alla sussistenza dei requisiti della legittimazione straordinaria³⁴¹, cosicché le conseguenze, che dipendono dal solo oggetto del giudizio, quali la litispendenza e i limiti oggettivi del giudicato sostanziale, sono le stesse di un procedimento introdotto da un rappresentante³⁴².

Qualora vi sia *legitimatō ad causam*, si giunge al provvedimento sul merito. Qualora vi sia legittimazione processuale rappresentativa, l'accertamento contenuto nella decisione ha autorità di giudicato sostanziale. Non ha senso affermare, invece, che tale autorità è imputata al *dominus* in base alla legittimazione processuale rappresentativa. Se quest'ultima manca, infatti, l'accertamento contenuto nella sentenza, che già concerne *ex se* la posizione sostanziale del *dominus* e non quella processuale del rappresentante, non ha un'autorità non imputabile al *dominus*, ma è privo, nei confronti di chiunque, di qualsivoglia autorità.

§ 10. Distinzione tra la *contemplatio domini* e la legittimazione processuale rappresentativa.

La *legitimatō ad processum* rappresentativa va distinta dalla *contemplatio domini*. Questa fa presumere il potere rappresentativo e, rientrando in una delle tre situazioni legittimanti previste dall'art. 81 (agire in nome altrui per un diritto altrui), determina, qualora sussistano anche le altre condizioni di decidibilità nel merito, la legittimazione ad agire.

La reale sussistenza del potere rappresentativo, di cui la *contemplatio* costituisce soltanto un'allegazione, incide invece sull'imputabilità al *dominus* degli effetti degli atti processuali e sulla costituzione di quell'efficacia del provvedimento di merito che va sotto il nome di 'cosa giudicata sostanziale'. La *legitimatō ad processum* rappresentativa, quale potere di compiere i singoli atti processuali, è in primo luogo uno dei requisiti della *legitimatō ad causam*, ossia del

³⁴⁰ Il distinguo di teoria generale tra la posizione del rappresentato e del sostituto, secondo il quale al primo compete una potestà, mentre al secondo un diritto soggettivo, non ha ragione d'essere in ambito processualcivilistico, dove il potere di provocare il provvedimento sul merito è unico (l'azione), mentre la legittimazione processuale concerne il diverso profilo della produzione degli effetti dei singoli atti processuali.

³⁴¹ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 200 e 201 mette in luce il fatto che questo rapporto può essere accertato con autorità di cosa giudicata sostanziale, nel corso di una azione surrogatoria, qualora sia proposta l'istanza prevista dall'art. 34 c.p.c. La particolarità di questa ipotesi sta nel fatto che la pregiudizialità non è sostanziale, ma meramente processuale, giacché il diritto del sostituto non fa parte della fattispecie costitutiva di quello del sostituto.

Altra particolarità fatta notare dall'Autore a pagina 200 è che, ove l'azione sia rigettata per difetto dei requisiti per l'*actio surrogatoria*, si avrà un rigetto in rito fondato eccezionalmente su fatti sostanziali e non processuali.

³⁴² CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 183-184.

potere di provocare il provvedimento sul merito, e, in secondo luogo, determina l'autorità di giudicato sostanziale di quest'ultimo, che viene meno ove si dimostri che il rappresentante era, in realtà, un *falsus procurator*.

La *legitimatō ad causam*, insomma, dà luogo alla formazione del provvedimento sul merito, non all'autorità di quest'ultimo, la quale può prodursi solo grazie alla legittimazione processuale rappresentativa.

Pertanto, la posizione del rappresentante è analoga a quella del sostituto. L'affermazione di versare in una delle ipotesi espressamente previste di sostituzione processuale, infatti, consente di pretendere il provvedimento sul merito, mentre la dimostrazione che tale affermazione è falsa toglie carattere legittimante a quest'ultima. L'azione del sostituto è dunque concreta. Allo stesso modo, l'azione del rappresentante si fonda sulla *contemplatio*, ma l'emersione del difetto di potere rappresentativo, dimostrando che la futura sentenza sarà *inutiliter data*, impedisce di avere azione, ossia di poter pretendere il provvedimento astrattamente (ma non concretamente) idoneo al giudicato sostanziale. Anche l'azione del rappresentante, quindi, è concreta.

Tutto ciò consente anche di mettere in luce la *ratio* profonda dell'art. 81, che è duplice: l'economia processuale e la strumentalità del processo di cognizione rispetto alla formazione del giudicato sostanziale.

Queste due esigenze sono lese quando il principio del contraddittorio, vista la mancanza del potere rappresentativo o della chiamata del sostituito, preclude la formazione della cosa giudicata materiale. Pertanto, l'art. 81, negando la *legitimatō ad causam* e quindi l'emanazione di un provvedimento di merito, impedisce che si possa, senza *contemplatio domini*, dedurre un diritto altrui fuori dei casi espressamente ammessi. Si consente quindi di addivenire alla pronuncia sul merito solo nei casi in cui, già in corso di causa, il contraddittorio appaia tutelato mediante la citazione del sostituito o, sebbene in via meramente presuntiva, per mezzo della *contemplatio domini*.

La disposizione riduce quindi il rischio che sia emesso un provvedimento di merito contenente un accertamento che, ex art. 101, sarà privo dell'autorità di giudicato sostanziale³⁴³.

In altri termini, l'art. 81 presuppone il contraddittorio, ma non lo tutela. Il principio fissato dall'art. 101 c.p.c., infatti, "si tutela da sé", impedendo che il provvedimento di merito abbia l'autorità disciplinata dall'art. 2909 c.c. Ma proprio tale impedimento rende il provvedimento, e quindi il procedimento, *inutiliter datum*, rendendo necessaria la previsione dell'art. 81 c.p.c.

³⁴³ Il rischio non è eliminato, ma soltanto ridotto dalla *contemplatio*, la quale fa presumere il potere rappresentativo, senza renderlo certo.

§ 11. Nuovo inquadramento del *falsus procurator*.

Questa risistemazione permette anche una migliore spiegazione della posizione del *falsus procurator*.

La *contemplatio domini* consente al falso rappresentante di soddisfare il requisito dell'art. 81 c.p.c. Egli, tuttavia, stante il difetto di *legitimatio ad processum* rappresentativa, non può imputare gli effetti degli atti processuali al titolare del diritto. L'emersione della carenza di legittimazione processuale rappresentativa in corso di causa dimostra che il futuro provvedimento di merito non potrà avere autorità di giudicato sostanziale, di modo che si applica l'art. 182 c.p.c. e, ove la sanatoria non intervenga nei termini prescritti, il procedimento si estingue.

Ciò dà conto del perché gli effetti processuali degli atti sono posti a carico del *falsus procurator*, nonostante quest'ultimo abbia agito in nome altrui. La posizione del *falsus procurator* va, infatti, esaminata alla luce del distinguo tra la legittimazione processuale primaria piena e quella rappresentativa.

Poiché la *legitimatio ad processum* rappresentativa difetta in capo al *falsus procurator*, allora il provvedimento sul merito, ex art. 101 c.p.c., non avrà autorità di giudicato sostanziale nei riguardi del titolare del diritto dedotto, che è l'unico soggetto in capo al quale una tale autorità può dispiegarsi. Di conseguenza, il provvedimento passato in giudicato formale non costituirà un giudicato sostanziale.

Poiché la *legitimatio ad processum* primaria piena sussiste, e poiché quella rappresentativa manca, allora gli effetti degli atti processuali si producono, ma, non potendosi imputare al *dominus*, devono imputarsi all'unico altro soggetto immaginabile, ossia il *falsus procurator*, benché egli non stia in giudizio col nome³⁴⁴, giacché ha speso il nome altrui. Se davvero egli stesse in giudizio col nome, infatti, la sua presenza nel processo realizzerebbe o una sostituzione processuale inammissibile e quindi un immediato rigetto in rito o, qualora legislativamente prevista, una sostituzione processuale ammissibile ove accompagnata dalla chiamata in causa del titolare del diritto. In entrambi i casi, non si potrebbe fare applicazione dell'art. 182 c.p.c., ciò che è inaccettabile.

Poiché il *falsus procurator* sta in giudizio con la sola attività, non gli potrebbero essere imputati gli effetti degli atti processuali, che non potrebbero nemmeno, stante il difetto del potere rappresentativo, essere imputati al titolare del diritto, cosicché quegli stessi effetti processuali non si produrrebbero affatto. In realtà, gli effetti processuali, diversamente da quelli sostanziali, si verificano in virtù della legittimazione processuale primaria piena, e non possono che essere imputati, stante la mancanza di quella rappresentativa, al falso rappresentante.

Il *falsus procurator*, allora, sta (realmente) in giudizio con la sola attività, ma, vista l'imputazione degli effetti processuali, è trattato come se stesse in giudizio col nome. Ciò che

³⁴⁴ Contrariamente a quanto afferma Mandrioli. V. *supra*.

invece è vero soltanto in apparenza, è l'imputabilità degli effetti processuali e sostanziali al titolare del diritto. Costui, a causa della *contemplatio*, è parte che sta in giudizio col nome e, nel contempo, parte sostanziale, ma, nonostante quanto ciò potrebbe far presumere, non subisce gli effetti che ordinariamente conseguono a tale posizione soggettiva. Egli, pur stando effettivamente in giudizio col nome, è trattato come se fosse terzo rispetto al procedimento. Ciò dimostra che egli è legittimato all'opposizione ordinaria di terzo, *ex art. 404, comma 1 c.p.c.*³⁴⁵.

La circostanza per cui gli effetti sostanziali non si producono in capo al titolare del diritto dedotto spiega perché costui non abbia l'onere di impugnare la sentenza che gli sia eventualmente notificata. La conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame e la conseguente sanatoria dei vizi non impugnati, infatti, operano solo per la parte che sia soggetta all'autorità di giudicato del provvedimento, mentre il titolare del diritto, stante il difetto della legittimazione processuale rappresentativa di colui che ne ha speso il nome, non vi è sottoposto. Pertanto, l'onere di impugnazione, oltre a privarlo di un grado di giurisdizione³⁴⁶, sarebbe contrario al sistema.

Non si potrebbe nemmeno affermare che il titolare del diritto divenga parte sostanziale in virtù della notificazione della sentenza. Tale posizione soggettiva, infatti, discende unicamente dal contenuto della domanda e dalla sussistenza di un potere rappresentativo, qui inesistente.

§ 12. Le conseguenze della ridefinizione dei rapporti tra *legitimatio ad causam* e *legitimatio ad processum* per i patrimoni separati e gli indizi da ricercare nel diritto positivo ai fini del loro inquadramento processuale.

Il distinguo tra sostituzione e rappresentanza è stato per lungo tempo ricalcato su quello tra legittimazione ad agire e legittimazione processuale perché era evidente, di fronte all'ipotesi normativa di volta in volta considerata, se essa prevedesse la figura del sostituto o quella del rappresentato. In quei casi (es. art. 75 c.p.c.), infatti, era chiaro che un soggetto agisse in nome di un altro, mentre nei casi di sostituzione processuale, come l'art. 2900 c.c., era indiscutibile che il soggetto agisse in nome proprio.

Tuttavia, alcuni istituti, come l'eredità giacente e i fondi comuni di investimento – per i quali potrebbe mancare il requisito, comune alla sostituzione e alla rappresentanza, dell'altruità del diritto dedotto – rendono difficile comprendere se un soggetto agisca in nome proprio o altrui. È allora necessario chiarire che sia il sostituto processuale, sia il

³⁴⁵ Il nuovo inquadramento del *falsus procurator*, pertanto, non ha un valore meramente descrittivo, ma consente di risolvere dubbi applicativi di non poco momento. L'operatività di tale rimedio, infatti, non è pacifica in dottrina. In senso favorevole: PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, p. 522; CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Milano, 1973, p. 675. È invece contrario a questa soluzione MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *cit.*, p. 576, nota 15.

³⁴⁶ È l'argomentazione addotta da MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 333, nota 57, ove si ricordano alcune opinioni discordanti sul punto, presenti sia in dottrina, sia in giurisprudenza.

rappresentante vantano, ove sussistano tutte le condizioni di decidibilità nel merito, la *legitimatō ad causam*, e si distinguono soltanto in base alla *contemplatio domini*³⁴⁷.

Per comprendere quale sia la posizione della S.G.R. e quali ne siano i corollari processualistici sarà dunque necessario verificare se essa debba agire con o senza *contemplatio domini*, ciò che, a sua volta, richiede di comprendere se il fondo sia capace di essere parte e se la capacità di essere parte davvero dipenda dalla soggettività di diritto civile sostanziale.

§ 13. I rapporti (meramente eventuali) tra la capacità di essere parte e la soggettività sostanziale.

L'eredità giacente dimostra che il diritto sostanziale ammette patrimoni privi di titolare, ossia insiemi di situazioni giuridiche che non sono imputate ad alcun soggetto. Il processo civile, consistendo in una serie alternata di poteri e atti, presuppone l'esistenza di un soggetto che, compiendo gli atti processuali e provocando il provvedimento sul merito, faccia valere le situazioni giuridiche sostanziali. Tuttavia, ciò non implica che tale soggetto debba essere il titolare del diritto³⁴⁸. Pertanto, lungo il confine tra il diritto sostanziale e quello processuale, corre la contraddizione tra il momento statico (imputazione dei diritti) e quello dinamico-gestorio (compimento degli atti).

La capacità di essere parte presuppone, per come tradizionalmente intesa, l'imputazione di una situazione giuridica processuale³⁴⁹ a un'entità dotata di soggettività sostanziale, la quale, a sua volta, consiste nell'imputabilità delle situazioni giuridiche materiali.

La domanda giudiziale dà quindi luogo a un procedimento che sussiste tra due o più parti, ossia tra due o più soggetti di diritto sostanziale. L'art. 163, n. 2 c.p.c. sembra sancire tutto ciò.

Che cosa accade a quest'impostazione tradizionale nel momento in cui la situazione giuridica dedotta non è imputabile ad alcun soggetto, giacché se ne allega l'inclusione, ad esempio, in un'eredità giacente³⁵⁰?

³⁴⁷ L'effettiva sussistenza del potere rappresentativo, invece, non concerne la distinzione tra sostituzione processuale e rappresentanza, ma, in presenza della *contemplatio*, quella tra rappresentante effettivo e *falsus procurator*.

³⁴⁸ La rappresentanza processuale e la sostituzione lo dimostrano.

³⁴⁹ Secondo MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 143, la caratteristica comune ai tre significati di 'parte' sta nella «titolarità di una o più situazioni giuridiche processuali».

³⁵⁰ Il curatore dell'eredità giacente riveste il ruolo di colui che sta in giudizio con l'attività. Non vi è, invece, alcun soggetto che possa stare in giudizio col nome o essere parte sostanziale, cosicché deve essere escluso il ricorrere di una rappresentanza. Nonostante ciò, le spese processuali graveranno sull'eredità giacente, non sul patrimonio personale del curatore. Ciò si spiega considerando che, pur non essendovi alcuna *contemplatio domini* e versandosi in un'ipotesi che potrebbe essere accostata alla sostituzione processuale, il curatore agisce nell'interesse altrui (futuri eredi e creditori ereditari), cosicché le spese devono gravare sui titolari (futuri o attuali), di tale interesse: *ubi commoda, ibi incommoda*.

Secondo la ricostruzione tralatizia, il diritto processuale civile impone: A) che siano presenti due o più parti, sia processuali, sia sostanziali e B) che esse siano soggetti di diritto sostanziale.

La possibilità, espressamente riconosciuta al curatore dagli artt. 528 ss. c.c., di agire a tutela delle situazioni giuridiche incluse nell'eredità giacente, dimostra l'erroneità di uno dei due principi: o l'eredità giacente non è una parte (principio *sub A*), o essa lo è nonostante la carenza di soggettività giuridica sostanziale (principio *sub B*)³⁵¹.

Occorre comprendere quale dei due principi deve essere falsificato.

Innanzitutto dobbiamo sgombrare il campo dall'art. 163, n. 2 c.p.c. Questa disposizione non impone che siano sempre presenti almeno due parti, ma che le parti, le quali stanno in giudizio col nome, siano identificate. La necessità di due o più parti che stanno in giudizio con l'attività va confermata, ma discende dall'architettura dialettica del processo civile (alternanza di poteri e atti) e quindi dalla sua natura dinamica, non dalla disposizione citata. Né quella norma, né quell'architettura, invece, impongono la presenza della parte che sta in giudizio col nome e della parte sostanziale.

Nel Capitolo II abbiamo chiarito che l'identità del predicato acefalo è un omologo funzionale dell'identità del soggetto-titolare, giacché entrambe sono sufficienti per l'identificazione della situazione giuridica e, dunque, dei patrimoni. Pertanto, anche la teoria sull'identificazione delle azioni va rivista e i limiti soggettivi del giudicato si trasformano, ove il patrimonio sia privo di soggettività, in limiti patrimoniali.

La situazione giuridica che integra l'oggetto processuale può essere identificata da un predicato diverso dal soggetto. Quando ciò avviene (es. eredità giacente), non c'è alcun soggetto che stia in giudizio col nome o che sia parte sostanziale, ma solamente un soggetto che sta in giudizio con l'attività: il curatore. Difatti, gli atti compiuti da quest'ultimo sono imputati a costui, non all'eredità giacente.

Il fatto che il processo sia una serie alternata di poteri e atti implica allora che vi debbano essere dei soggetti e, secondo le norme degli artt. 75 e 81, che tali soggetti siano dotati di legittimazione processuale primaria piena e affermino di agire per un diritto proprio, per un diritto altrui in nome altrui o, nei casi espressamente previsti, per un diritto altrui in nome proprio.

Ciò è vero soltanto in linea generale. Come ricordato, il compimento dell'atto implica una persona fisica che lo esegua materialmente, ma è l'imputazione dell'atto che fa, di

³⁵¹ Nel primo caso si nega che il processo debba essere *ad minus trium personarum*, mentre nella seconda ipotesi la soggettività processuale viene sganciata da quella sostanziale.

I due principi non possono essere messi in discussione contemporaneamente in relazione al medesimo istituto (es. eredità giacente). Se può sussistere anche soltanto una parte, o addirittura nessuna (nel caso che si fronteggino due eredità giacenti), allora non ha senso aggiungere che la parte può anche non essere un soggetto di diritto. Infatti, ove la parte potesse non avere soggettività giuridica, l'eredità giacente sarebbe una parte e sarebbe rispettato il principio per cui il processo deve svolgersi tra almeno due parti.

un'entità, un soggetto. Infatti, nel caso degli enti, è l'organo-persona fisica a compiere fisicamente l'atto, ma questo è giuridicamente imputato all'ente, il quale è quindi un soggetto. Tale imputazione si verifica sia nel mondo sostanziale, sia, *ex art. 75*, commi 3 e 4 c.p.c., in quello processuale.

Ciò non implica che la capacità di essere parte debba essere sempre e comunque in corrispondenza biunivoca con la soggettività sostanziale. Tale corrispondenza dipende, infatti, da circostanze normative, non da necessità logiche che si presentino *sub specie aeternitatis*. Non può escludersi, difatti, che delle norme imputino gli atti processuali compiuti da una persona fisica direttamente a ciò che, nel mondo sostanziale, è un patrimonio acefalo. Si crea così una frattura tra l'imputazione dell'atto sostanziale, la quale manca, e l'imputazione dell'atto processuale, normativamente prevista. In queste ipotesi – che stiamo soltanto immaginando e in cui non ricadono i fondi comuni d'investimento – la soggettività processuale sussiste nonostante la mancanza della soggettività sostanziale.

La parte che sta in giudizio col nome e la parte sostanziale, invece, non dipendono dall'imputazione degli atti processuali, ma dall'imputazione degli effetti processuali e del giudicato sostanziale. Pertanto, poiché l'imputazione delle situazioni giuridiche, ossia la soggettività, dipende dall'imputazione degli atti, e siccome gli atti processuali non sono imputati a tali entità, allora occorre fare riferimento, per individuare la capacità di essere parte sostanziale o di essere parte che sta in giudizio col nome, all'imputazione degli atti sostanziali, ossia alla soggettività sostanziale³⁵².

Conseguentemente, nell'ambito della capacità di essere parte che sta in giudizio col nome e della capacità di essere parte sostanziale, la soggettività processuale dipende, per definizione, dalla sussistenza della soggettività sostanziale.

Poiché esistono diritti privi di titolare, allora la soggettività sostanziale può mancare, cosicché possono darsi casi in cui la parte che sta in giudizio col nome e la parte sostanziale non sono dei soggetti sostanziali e, dunque, processuali. Infatti, quando si guarda a queste due parti, non si ragiona più del compimento degli atti, ma dell'imputazione dei loro effetti. E, come abbiamo detto, tale imputazione non dimostra la soggettività, ma, per le entità diverse dalla persona fisica, la presuppone. Siccome l'esistenza di situazioni giuridiche non implica la loro imputazione, allora anche la produzione di effetti – ossia la costituzione, modificazione ed estinzione di quelle stesse situazioni – non implica la sussistenza di un soggetto che ne sia il titolare.

Conseguentemente, la tradizione richiede di essere corretta in tre punti.

Il detto per cui *processus est actus ad minus trium personarum* va confermato soltanto in relazione alla parte che sta in giudizio con l'attività, la quale è sia 'parte', sia 'soggetto'. Il

³⁵² Per riassumere i presupposti di quanto stiamo affermando, possiamo dire che gli effetti degli atti sono "imputati" alle situazioni giuridiche, mentre gli atti sono imputati ai soggetti. Le situazioni giuridiche, invece, solo accidentalmente sono imputati a questi ultimi.

brocardo, invece, non vale per la parte che sta in giudizio col nome e per quella sostanziale³⁵³, le quali possono non essere dei soggetti.

In secondo luogo, la capacità di essere parte sostanziale e quella di stare in giudizio col nome non presuppongono la soggettività sostanziale e quindi l'«*affermata titolarità*» delle situazioni giuridiche sostanziali tra le quali corre il rapporto che integra l'oggetto processuale. Quelle capacità, al contrario, richiedono l'«*affermata attribuzione*», a quelle stesse situazioni, di almeno due predicati opposti, anche acefali.

Venendo al terzo profilo, le *personae* che identificano l'oggetto processuale attengono al patrimonio primario, incentrato sulla comune attribuzione di un predicato, soggettivo o acefalo, a più situazioni. Il patrimonio secondario, incentrato sulla separazione patrimoniale (artt. 2740, comma 2 c.c.), richiede invece un predicato che non identifica le situazioni a ogni effetto, ma esclusivamente le situazioni che, all'interno di un patrimonio primario, sono sottoposte all'azione esecutiva di un determinato ceto creditorio³⁵⁴. Pertanto, soltanto quando il patrimonio è entificato o è acefalo si ha un predicato capace di essere parte che sta in giudizio col nome e di essere parte sostanziale, oltre che, quale surrogato della *persona*, in grado di identificare l'oggetto processuale. Quando, invece, si ha a che fare con un patrimonio separato e appartenente a un soggetto (es. artt. 2447 *bis*³⁵⁵ e 2645 *ter* c.c.), allora il

³⁵³ Dalla negazione del dogma di necessaria titolarità dei diritti discende, infatti, la falsificazione di quell'opinione unanime, espressa da MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 144, secondo cui la qualità di parte è la «*qualificazione soggettiva minima ma sempre presente nei soggetti attivo e passivo di un processo; sempre presente, nel senso che ovunque c'è un processo, ivi esistono sempre almeno due parti. Ciò si desume dal rilievo [...] che perché esista un processo basta che esista una domanda di un soggetto rivolta ad un giudice, nei confronti di un altro soggetto*». Questa opinione può essere confermata soltanto in riferimento alla parte che sta in giudizio con l'attività.

³⁵⁴ Per queste nozioni: Capitolo II, § 13. Profilo funzionale e profilo strutturale del distinguo tra il patrimonio entificato e il patrimonio acefalo. Le due accezioni del 'patrimonio'.

³⁵⁵ L'istituto si pone quale alternativa alla costituzione di una società controllata in vista dello svolgimento di specifici affari o della ricezione di finanziamenti con limitazione dei rischi al singolo patrimonio all'uopo destinato: ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 555 ss.; FERRO-LUZZI, *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, in *Riv. Soc.* 2002, I, pp. 121 ss.; FIMMANÒ, *Il regime dei patrimoni dedicati di s.p.a. tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Le Società*, 2002, pp. 960 ss.; DI SABATO, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Le Società* 2002, pp. 665 ss.; GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, p. 1429. Si veda, inoltre, la *Relazione allo schema di decreto legislativo recante «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366»*, consultabile all'indirizzo http://www.lexitalia.it/leggi/dlvo_societarelazione.htm, secondo cui il patrimonio destinato è «*operativamente equivalente alla costituzione di una nuova società, col vantaggio della eliminazione dei costi di costituzione, mantenimento ed estinzione della stessa*». Lo stesso Gazzoni, p. 837, criticando l'impostazione di Gentili – secondo la quale la meritevolezza prevista dall'art. 2645 *ter* equivarrebbe al concetto di liceità, costituendo la destinazione un *minus* dell'alienazione – osserva: «*chi opera questa identificazione motiva instaurando un grossolano e superficiale accostamento con il (libero) diritto di alienare [...] senza considerare però che la separazione patrimoniale, essendo l'eccezione rispetto alla regola della creazione di un nuovo soggetto, necessita di filtri e cautele [...] a tutela dei creditori (così artt. 2447 bis, comma 2 e 2447 quater)*».

Il patrimonio *ex* art. 2447 *bis* si separa da quello generico in conseguenza dell'iscrizione della delibera nei registri delle imprese ai sensi dell'art. 2436, ma non immediatamente, bensì una volta che sia spirato il termine di 60 giorni, decorrente dall'iscrizione stessa, entro il quale i creditori anteriori possono fare opposizione, secondo quanto chiarito dall'art. 2447 *quater*, a norma del quale il Tribunale può comunque disporre l'esecuzione della deliberazione ove sia prestata idonea garanzia. Le formalità pubblicitarie non si esauriscono qui, dato che il successivo articolo, al comma 2, prescrive che la separazione operi, con riguardo agli immobili e ai mobili iscritti in pubblici registri, solo dal momento

predicato, che stabilisce quali sono le situazioni appartenenti al patrimonio separato medesimo, non attiene alla loro identificazione a ogni effetto ('patrimonio primario'), ma esclusivamente alla responsabilità patrimoniale ('patrimonio secondario'), di modo che quello stesso predicato non è capace di essere parte, né di identificare l'oggetto processuale.

Difatti, sia il patrimonio separato, sia quello generico sono i due sottoinsiemi di un unico patrimonio primario. È impossibile, stante il principio di non contraddizione, che una situazione giuridica esista più volte all'interno di un unico patrimonio: se così fosse, la situazione smetterebbe di essere identica a se stessa. Poiché le situazioni giuridiche sono individuate, in concreto, da un soggetto o da un predicato equivalente, allora è impossibile che, all'interno del patrimonio primario, la situazione giuridica sussista più volte, fosse anche all'interno dei diversi patrimoni secondari. Pertanto, è confermato che, ai fini dell'identificazione dei diritti, il predicato che conta è quello che individua il patrimonio primario, non quello, logicamente successivo, che concerne i suoi sottoinsiemi. Poiché la parte che sta in giudizio col nome e quella sostanziale sono i predicati che identificano la

in cui la delibera sia ivi trascritta. Gli effetti dell'assolvimento di queste formalità sono indicati dal medesimo art. 2447 *quinquies*: «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»; inoltre, qualora la delibera di costituzione del fondo destinato non preveda nulla in contrario, «per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato».

Sulla rilevanza della trascrizione per i vincoli di opponibilità: Cass., sez. III, 23 ottobre 1985, n. 5195, in *Giur. it.* 1987, I,1,1126. Cass., sez. III, 14 ottobre 2004, n. 20292, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 10: «gli effetti sostanziali contemplati dall'art. 2644 c.c. non sono gli unici realizzati dalla trascrizione, giacché essa mira non solo a dirimere eventuali conflitti tra diritti tra loro incompatibili ma assolve anche alla finalità di rendere opponibili ai terzi determinate situazioni che comportano vincoli di indisponibilità relativamente a beni o diritti immobiliari, ed alla quale è appunto preordinato [l']art. 2914». La separazione che connota tale patrimonio è pertanto bilaterale, salvo che si preveda che i creditori funzionali possano aggredire anche il patrimonio generico.

In considerazione dell'imputazione delle posizioni soggettive incluse in questi patrimoni in capo alla società che li ha costituiti, è da escludersi che essi integrino dei soggetti di diritto: SANTAGATA, voce *Patrimoni destinati a specifici affari*, in *Dig. Disc. Priv., Sezione Commerciale, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2007, pp. 614 ss.; FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, pp. 52 ss.; CORSINI, *Il trustee, cit.*, pp. 70-71. Tuttavia, alcuni dubbi sono stati sollevati da SCHLESINGER, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. prat. Soc.*, 2003, pp. 5 ss., anche alla luce degli artt. 155 e 156 L. Fall. Sulla scorta di tali disposizioni, la dichiarazione di fallimento della società comporta l'attribuzione dell'amministrazione del patrimonio destinato al curatore, il quale provvede alla sua cessione o, in subordine, alla sua liquidazione. Il corrispettivo della cessione e il residuo della liquidazione sono acquisiti all'attivo, detratti gli apporti dei terzi che hanno partecipato all'affare.

Inoltre, ove il patrimonio destinato sia incapiente, il curatore fallimentare provvede alla sua liquidazione e i creditori insoddisfatti, nel caso di responsabilità sussidiaria o illimitata del patrimonio sociale di cui all'art. 2247 *quinquies*, commi 3 e 4, possono insinuarsi al passivo. Allorquando siano violate le regole di separatezza tra i diversi patrimoni della società, il curatore può esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i membri degli organi di controllo secondo il dettato dell'art. 146 L. Fall., ossia «previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori».

Gli argomenti che inducono ad escludere la soggettività reggono anche di fronte a queste disposizioni della Legge fallimentare, le quali sono compatibili anche con una visione esclusivamente oggettivistica del patrimonio destinato. Tali argomenti sono ben riassunti da CORSINI, *Il trustee, cit.*, pp. 70-71: A) il patrimonio non ha un proprio bilancio; B) non vi sono organi rappresentativi del patrimonio, in quanto l'assemblea prevista dall'art. 2447 *ter*, primo comma, lett. e) riunisce i soli titolari degli strumenti finanziari emessi; C) la relazione allo schema di decreto legislativo esclude la soggettività; D) i patrimoni destinati ad uno specifico affare sono privi di autonoma soggettività tributaria.

situazione giuridica, allora il patrimonio separato, al contrario di quello acefalo e di quello entificato, non è capace di essere parte.

Il predicato che identifica il patrimonio primario ha allora una rilevanza generale. Esso identifica le situazioni giuridiche tra cui corre il rapporto che costituirà l'antitesi fondamentale del processo e del contratto, oltre a rilevare per la trascrizione dei trasferimenti, la successione e il principio generale di cui all'art. 2740, comma 1 c.c.. Il predicato che identifica il patrimonio secondario, invece, ha una rilevanza limitata all'esperibilità di determinate azioni esecutive, afferendo all'art. 2740, comma 2 c.c.

Il 'soggetto' è dunque un concetto altamente relativo. Esso dipende, nel mondo sostanziale, da due criteri diversi (nascita o imputazione degli atti); la soggettività sostanziale, inoltre, non necessariamente coincide con quella processuale³⁵⁶; la soggettività processuale, a seconda del concetto di parte cui è riferita, si atteggia in modo diverso.

È in tal modo dimostrato che non è corretto affermare che la natura del fondo comune è irrilevante, quasi fosse sufficiente basarsi sulle sole disposizioni del Testo Unico in mancanza di una definizione legislativa della soggettività giuridica³⁵⁷. Al contrario, la qualificazione del fondo, in termini di patrimonio piuttosto che di soggetto, è fondamentale per comprendere lo svolgimento del processo che verta sui diritti che sono inclusi nel fondo medesimo.

Dovremo quindi ricercare, nel Testo Unico, gli indizi che consentono di affermare o escludere le imputazioni degli atti, in modo da verificare le posizioni sostanziali e processuali della S.G.R. e dei fondi comuni.

§ 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

La *ratio* dell'art. 81 consiste nell'economia processuale e nella strumentalità del processo di cognizione rispetto alla formazione del giudicato sostanziale. Queste due esigenze sono lese quando il principio del contraddittorio, vista la mancanza del potere rappresentativo o della chiamata del sostituito, preclude la formazione della cosa giudicata materiale. Pertanto, l'art. 81, negando la *legitimatō ad causam* e quindi l'emaneazione di un provvedimento di merito, impedisce che si possa, senza *contemplatio domini*, dedurre un diritto altrui, fuori dei casi espressamente ammessi. La disposizione riduce quindi il rischio che sia emesso un provvedimento di merito contenente un accertamento che, *ex art. 101*, sarà privo dell'autorità di giudicato sostanziale.

³⁵⁶ RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, cit., p. 182 e LUPERTO, *Gli effetti sostanziali e processuali dell'estinzione della società*, cit., pp. 246 ss., criticano quella giurisprudenza che ricava le soluzioni processualistiche in via automatica dall'inquadramento sostanziale delle entità dedotte nel processo.

³⁵⁷ Possono iscriversi in questa tendenza: CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*; LIBONATI, *Holding*, cit., p. 538; COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.;

Avendo ricordato tutto ciò, possiamo affermare che, se il titolare del diritto non esiste e non si può quindi porre un problema di contraddittorio nei suoi confronti, allora il giudicato sostanziale si può formare anche senza la *contemplatio domini* e pure in assenza di espressa previsione di Legge, purché l'attore abbia legittimazione *ad processum* primaria piena, allegghi la propria posizione di gestore sostanziale³⁵⁸ e ne sia effettivamente titolare³⁵⁹.

In senso contrario si è affermato che «*alla luce della regola – che trova un chiaro riflesso anche nell'art. 81 c.p.c. – della normale soggettivizzazione dei beni e degli interessi protetti, [...] la tutela in via giurisdizionale di interessi non individuati in funzione soggettiva esige l'attribuzione esplicita di mere azioni [...] da parte della norma che salvaguarda i corrispondenti beni [...]*»³⁶⁰.

Crediamo che quest'argomentazione sia affetta da un salto logico. Se è vero che l'art. 81 c.p.c. presuppone e quindi consacra il principio generale di soggettivizzazione degli oggetti processuali, è anche innegabile che la sua formulazione concerna esclusivamente la sostituzione processuale, e non le altre ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire³⁶¹.

Pertanto, questi casi sono eccezionali, ma, non costituendo l'oggetto della lettera dell'art. 81, non sono sottoposti alla condizione di essere «*espressamente previsti dalla Legge*».

È quindi possibile che la parte sostanziale e quella che sta in giudizio col nome non siano dei soggetti, essendo sufficiente, per il rispetto dell'art. 81 c.p.c., che sussista un soggetto che stia in giudizio con l'attività e che allegghi la propria posizione di gestore sostanziale e, quindi, processuale. Ciò prescinde da una disposizione di legge che preveda «*espressamente*», ex art. 81, la legittimazione a far valere un diritto acefalo. Questa legittimazione discende dalla necessità di consentire il funzionamento processuale dell'istituto sostanziale, che implica un gestore con legittimazione anche processuale. Detto altrimenti, se la Legge prevede un determinato istituto (ad esempio, un fondo comune d'investimento), così prescrivendone implicitamente il funzionamento – il quale è impensabile senza la tutela giurisdizionale dei diritti – allora, ove tale tutela sia possibile soltanto su istanza del gestore, l'allegazione di tale ruolo è sufficiente per soddisfare l'art. 81, nonostante la mancanza di un'espressa previsione normativa che attribuisca il potere di agire in giudizio.

Avendo così ridefinito gli istituti processuali fondamentali in modo da svincolarli dal dogma di necessaria titolarità cui sono stati tradizionalmente ancorati, possiamo metterci alla ricerca degli indizi normativi, presenti nel Testo Unico della Finanza, che ci consentiranno di

³⁵⁸ L'allegazione di questa posizione consente di dimostrare che egli è l'unico soggetto in capo al quale è immaginabile il diritto a provocare la decisione sul merito.

³⁵⁹ Anche l'azione del gestore di diritti acefali, al pari di quelle del sostituto processuale e del rappresentante, è, dunque, concreta.

³⁶⁰ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, pp. 189-190. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, *cit.*, p. 525, evidenzia che legittimato ad agire è «*colui che si attribuisca o nei cui confronti si attribuisca la soggettività (attiva o passiva) del rapporto giuridico controverso*».

³⁶¹ Quale, secondo ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione attiva*, *cit.*, pp. 201-202, l'intervento adesivo dipendente.

far emergere la natura dei fondi comuni d'investimento³⁶² e di delinearne compiutamente i profili sostanziali³⁶³ e processuali³⁶⁴.

³⁶² Capitolo IV.

³⁶³ Capitolo V.

³⁶⁴ Capitolo VI.

CAPITOLO IV

GLI INDIZI NORMATIVI NECESSARI PER LA RICOSTRUZIONE DELLA NATURA GIURIDICA DEI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

SOMMARIO: § 1. Premessa metodologica. § 2. Il fondo comune di investimento è «l'O.I.C.R. costituito in forma di patrimonio autonomo» e «raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote». § 3. L'O.I.C.R. è «gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi [...], in base a una politica di investimento predeterminata». § 4. Le limitazioni alle azioni sul fondo comune. § 5. Le disposizioni contenute nell'art. 37 T.U.F. § 6. L'impossibilità di trarre dall'art. 37, comma 3, la dimostrazione o la negazione della soggettività del fondo. § 7. Il fondo non è un patrimonio separato della S.G.R. § 8. Il fondo non è un soggetto, ma un patrimonio acefalo. § 9. L'art. 38 T.U.F. conferma che il fondo non è né un soggetto, né un patrimonio imputato alla S.G.R. § 10. Critiche metodologiche alla dottrina concernente i fondi comuni d'investimento. § 11. Il fondo comune è distinto, «a tutti gli effetti», da ogni altro patrimonio.

§ 1. Premessa metodologica.

Il Testo Unico della Finanza dedica diverse disposizioni alla società di gestione del risparmio e al fondo comune. Analizzeremo partitamente queste norme, di cui, tra le molte ambiguità e contraddizioni, soltanto alcune offrono indizi univoci.

Man mano che procederemo, saremo in grado di cogliere il significato globale della normativa, così da risolvere le aporie degli inquadramenti sinora ipotizzati e dare un fondamento solido alla nostra teoria processuale.

Una volta acclarata la natura sostanziale degli istituti e dato un significato d'insieme alla disciplina del Testo Unico, potremo sfruttare i concetti revisionati nel capitolo precedente (*legitimatō ad causam*, *legitimatō ad processum* e capacità di essere parte) per delineare le posizioni fondamentali – in termini di 'soggetto' o 'oggetto' – della S.G.R., del fondo e dei partecipanti, nel processo civile.

Da ciò trarremo quei corollari che ci consentiranno di descrivere esaustivamente i profili processuali di questi istituti.

§ 2. Il fondo comune di investimento è «P.O.I.C.R. costituito in forma di patrimonio autonomo» e «raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote».

La prima disposizione che il T.U.F. consacra al nostro tema è quella dell'art. 1, lett. j), che definisce il fondo comune come l'organismo di investimento collettivo del risparmio, «costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore».

La lett. k) del medesimo articolo completa tale norma, offrendo la seguente definizione dell'O.I.C.R.: «l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi da consumatori, a valere sul patrimonio dell'O.I.C.R., partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata».

Esaminiamo, allora, la prima norma: il fondo comune è un patrimonio autonomo.

Poiché non esiste alcuna disposizione che definisca tale concetto, occorre rifarsi alle elaborazioni dottrinali, secondo cui il patrimonio autonomo è il «fondo costituito con i contributi di una pluralità di soggetti e connotato dall'indivisibilità e dalla funzione di garanzia per i debiti coordinati allo scopo con esso perseguito. Si indica, cioè, il distacco di una massa patrimoniale da più patrimoni di provenienza, una species del patrimonio separato (anzi, secondo taluno, una somma di più patrimoni separati)»³⁶⁵.

Non bisogna però trarre automaticamente da questa nozione dottrinale le conseguenze ricostruttive che stiamo ricercando.

La definizione appena offerta, infatti, è una formula verbale che è stata elaborata alla fine del XIX secolo per ridurre in termini oggettivi il fenomeno dei gruppi organizzati privi di personalità. Si insegnava, infatti, che l'associazione non è una persona, né un soggetto, ma un rapporto, il quale stringe i singoli in una unità di persone. Così, il patrimonio dell'associazione non era imputato ad alcun ente, ma ai patrimoni personali da cui proveniva, benché tale patrimonio sociale fosse separato da quello dei membri stessi. Pertanto, l'autonomia era data da ciò che i beni, pur continuando a far parte dei patrimoni degli associati, costituivano un punto di riferimento giuridico distinto³⁶⁶.

Successivamente, chiarito che poteva darsi soggettività senza personalità, si comprese che il patrimonio autonomo realizza un più forte distacco rispetto a quello separato, giacché il conferimento in vista di uno scopo trasferisce al gruppo unitario e soggettivamente complesso la titolarità e disponibilità del fondo, dando così luogo a una comunione germanica. «Ma, essendo i gruppi organizzati regolati alla stregua di un soggetto solo quantitativamente diverso dalla persona giuridica, non può riguardarsi il fondo patrimoniale come appartenente a più soggetti e,

³⁶⁵ DURANTE, voce *Patrimonio (dir. Civ.)*, cit., par. 2.2.

³⁶⁶ DURANTE, voce *Patrimonio (dir. Civ.)*, cit., par. 2.2.

comunque, separato rispetto al loro patrimonio. La formula verbale, invero, vale solo a descrivere l'insensibilità del patrimonio del gruppo ai debiti dei membri»³⁶⁷. Il patrimonio autonomo, dunque, è costituito da un complesso di situazioni giuridiche imputate a un unico soggetto. Conseguentemente, l'autonomia indica soltanto l'ovvia conseguenza per cui il patrimonio autonomo di un soggetto (es. associazione) non risponde dei debiti di altri soggetti (es. associati), i quali, recedendo, non possono chiedere la restituzione del proprio contributo sino a quando quell'unitario soggetto perdura (art. 37 c.c.).

Il fondo comune di investimento, allora, dovrebbe essere imputato a un solo soggetto: o alla S.G.R., o al fondo stesso. In ogni caso, per essere davvero un patrimonio autonomo, dovrebbe essere insensibile ai debiti gravanti sui partecipanti.

L'autonomia legislativamente attribuita al fondo è impropria. Essa, come detto, impone, ove tecnicamente intesa, che il fondo sia un soggetto, titolare delle situazioni giuridiche trasferite da una pluralità di soggetti (partecipanti) che hanno contribuito alla sua formazione. Tuttavia, l'art. 36 attribuisce l'autonomia anche al comparto, e mai si potrebbe immaginare che questo sia un soggetto. Pertanto, l'autonomia, non potendo avvalorare la soggettività del comparto, non può dimostrare nemmeno quella del fondo.

L'autonomia, allora, è utilizzata in modo improprio dal Legislatore³⁶⁸ e non se ne può trarre alcuna precisa indicazione.

A conferma di queste improprietà terminologiche, si pensi che, secondo l'art. 35 bis, comma 6, «nel caso di S.I.C.A.V. e S.I.C.A.F. multicomparto, ciascun comparto costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti da quello degli altri comparti». Se i diversi comparti sono imputati a un solo soggetto, ad esempio la S.I.C.A.V., allora dovrebbe parlarsi di patrimonio separato, non di patrimonio autonomo.

La dizione «patrimonio separato», inoltre, è assente nel T.U.F., e il concetto di separazione patrimoniale è utilizzato in riferimento a tutti gli O.I.C.R., anche a quelli che hanno struttura societaria (art. 168 T.U.F.). Il fatto poi che anche al fondo sia attribuita, a norma del medesimo art. 168³⁶⁹, la separazione patrimoniale, non significa che il fondo sia un patrimonio separato in senso tecnico e che quindi sia imputato a un soggetto. La separazione patrimoniale indica, infatti, la limitazione delle azioni esecutive sul fondo, regolata dall'art. 36, comma 4 T.U.F., secondo il quale il fondo medesimo è distinto a tutti gli effetti da qualsiasi

³⁶⁷ DURANTE, voce *Patrimonio (dir. Civ.)*, cit., par. 2.2.

³⁶⁸ L'improprietà del linguaggio legislativo è stata criticata da Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit. e, nella dottrina, da: SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 837 ss.; CALAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., pp. 11 ss.

³⁶⁹ L'art. 168 T.U.F. punisce «chi, nell'esercizio di servizi o attività di investimento o di gestione collettiva del risparmio, ovvero nella custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide di un O.I.C.R., al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione patrimoniale arrecando danno agli investitori».

altro patrimonio. Ciò è compatibile, secondo quanto abbiamo evidenziato nel Capitolo II, anche con un patrimonio entificato o acefalo³⁷⁰.

Come anticipato, allora, le qualificazioni offerte dal Testo Unico sono ambigue.

Tutto ciò non significa che quel *corpus* normativo non permetta di addivenire a un inquadramento preciso dei fondi comuni. Le qualificazioni contraddittorie e ambigue, infatti, sono precisate dall'art. 36, comma 4. La disposizione, dopo aver ribadito che il fondo è un patrimonio autonomo, aggiunge che esso è «*distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società*».

Il Legislatore, data l'anomalia del fenomeno, ha sentito quindi la necessità di manifestare la propria volontà esprimendo sia una qualificazione, sia le conseguenze di questa. Tale tecnica normativa è rara, tanto da riportare alla mente soltanto un altro caso, quello dell'art. 490 c.c., il quale, dopo aver stabilito che «*l'effetto del beneficio d'inventario consiste nel tenere distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede*», utilizza, all'inizio del secondo comma, l'avverbio «*conseguentemente*», con il quale si apre l'elenco delle ricadute di quella qualificazione. È significativo, peraltro, che, anche nel caso dell'art. 490 c.c., il tema sia quello della separazione patrimoniale.

L'art. 36, comma 4 T.U.F. consente un'osservazione. Se il fondo fosse un soggetto e non un mero patrimonio, che necessità si avrebbe di spiegare che esso è distinto dai patrimoni degli investitori, della S.G.R., nonché da «*ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società*»?

La disposizione, allora, pur nell'anomalia del linguaggio, contiene un'indicazione precisa: il fondo è un patrimonio, non un soggetto. Inoltre, la disposizione non afferma affatto che quel patrimonio è imputato alla S.G.R.: il fondo è «*gestito [...] dalla società*», e viene quindi strutturalmente distinto dal «*patrimonio della società*». La norma, pertanto, contiene elementi che contraddicono, oltre alla teoria della comunione ordinaria, anche quelle che vedono nel fondo un soggetto o un patrimonio separato imputato alla S.G.R.

È alquanto indicativo, a tale proposito, che ben diversa sia la formulazione dell'art. 35 *bis*, comma 6, secondo cui «*nel caso di S.I.C.A.V. e S.I.C.A.F. multicomparto, ciascun comparto costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti da quello degli altri comparti*». Qui, non a caso, non si aggiunge che quel patrimonio autonomo, che è il comparto, è distinto, oltre che dagli altri comparti, anche dai patrimoni personali degli investitori. Il comparto è imputato alla società, di modo che è evidente che esso sia distinto dai patrimoni degli investitori. L'imputazione è diversa, cosicché è impossibile che il comparto e il patrimonio personale siano confusi. Al contrario, per i fondi, l'art. 36, presupponendo che vi sia un rischio di confusione, è costretto a specificare la distinzione rispetto ai patrimoni degli investitori, il che dimostra che l'imputazione in favore di soggetti diversi, quale la S.G.R. o il fondo stesso, non

³⁷⁰ § 14. La rilevanza della distinzione tra il patrimonio bilateralmente separato e quello acefalo.

esiste. Poiché non è ipotizzabile nemmeno l'imputazione del fondo agli investitori, allora le situazioni giuridiche incluse nel fondo sono prive di titolare.

Tuttavia, questo approdo è soltanto parziale, giacché deve essere confrontato con il resto delle disposizioni in materia, così da verificare se ve ne siano delle altre che impongano delle soluzioni di segno diverso.

Pare opportuno, però, concentrarsi sulla ricostruzione del fondo comune quale mero patrimonio e mettersi alla ricerca di altri indizi che la confermino, per procedere soltanto in seguito all'analisi degli eventuali elementi normativi difformi.

L'art. 1, lett. k), definisce l'organismo di investimento collettivo del risparmio, di cui il fondo comune costituisce un esempio, come *«l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni»*.

Il riferimento alle «quote» è neutro: si può essere titolari di quote di S.R.L. (soggetto giuridico), come pure di quote delle parti comuni del condominio (oggetto giuridico). Anche il termine «organismo» non sembra dirimente, essendo sconosciuto al linguaggio normativo e indicando un *quid* unitario, non necessariamente coincidente con un soggetto. La funzione dell'O.I.C.R., *«istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio»*, è anch'essa equivoca: lo scopo può giustificare la costituzione di una società, come l'istituzione di un patrimonio separato o acefalo.

Il termine «patrimonio», tuttavia, si ritrova anche in questa definizione, mentre nessun riferimento è fatto alla presunta soggettività degli O.I.C.R. e quindi del fondo. In senso contrario si potrebbero addurre le lettere i) e i-bis) dello stesso articolo 1, secondo cui la S.I.C.A.V. e la S.I.C.A.F. – che costituiscono altri due esempi di O.I.C.R. – sono costituite in forma di società per azioni, ossia di soggetto. Replicando in questa maniera, però, non si farebbe altro che rafforzare il nostro sospetto. La forma societaria e quindi la soggettività sono attribuite a questi due organismi di investimento collettivo, mentre la lett. j), relativa al fondo comune, ha una formulazione completamente diversa, che discorre unicamente di *«patrimonio autonomo»*.

La stessa lett. j), peraltro, stabilisce che il fondo è suddiviso in quote, ed è *«istituito e gestito da un gestore»*, ma non afferma affatto che le situazioni giuridiche incluse in esso siano imputate al gestore o agli investitori.

§ 3. L'O.I.C.R. è *«gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi [...], in base a una politica di investimento predeterminata»*.

Il titolo di questo paragrafo è tratto dall'art. 1, lett. k).

La norma è ribadita dall'art. 36, comma 1 T.U.F., secondo cui *«il fondo comune di investimento è gestito dalla società di gestione del risparmio che lo ha istituito o dalla società di gestione*

subentrata nella gestione, in conformità alla legge e al regolamento». A norma del secondo comma: «il rapporto di partecipazione al fondo comune di investimento è disciplinato dal regolamento del fondo». Infine, ai sensi del terzo comma: «la S.G.R. che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario».

Tutte queste norme disciplinano unicamente la gestione del fondo comune, senza attribuire a quest'ultimo la soggettività giuridica e senza imputarlo alla S.G.R.

Anche quando l'art. 36 fa riferimento, per ben due volte, alla S.G.R. subentrante, il subentro è riferito alla gestione del fondo, non alla titolarità di esso. E il potere di gestire un bene non ne implica la titolarità.

La gestione in monte, l'autonomia dagli investitori e il perseguimento del loro *best interest*, pur essendo fondamentali per la ricostruzione dei rapporti che legano la S.G.R. e i partecipanti e culminando nella previsione per cui la società assume gli obblighi e le responsabilità del mandatario, nulla dicono riguardo alla natura giuridica dei fondi. Anzi, la circostanza per cui l'unico interesse è quello degli investitori, e l'unico rapporto giuridico sussiste tra questi e la S.G.R., conferma che il fondo è privo di soggettività giuridica.

Il «*rapporto di partecipazione*», disciplinato dal regolamento dell'art. 37, non impone che il fondo sia un soggetto. Oltre al rilievo, svolto pocanzi, per cui l'attribuzione della forma societaria e quindi della soggettività è effettuata soltanto a favore delle S.I.C.A.V. e delle S.I.C.A.F., il concetto di partecipazione è compatibile anche con i semplici oggetti, potendo essere utilizzato anche per la partecipazione a un'attività economica non organizzata in forma di soggetto giuridico (es. contratto di associazione in partecipazione; artt. 2447 *bis* ss. c.c.).

Secondo l'art. 33 T.U.F., inoltre, «*le S.G.R. gestiscono il patrimonio e i rischi degli O.I.C.R. nonché amministrano e commercializzano gli O.I.C.R. gestiti*». Anche in questo caso la relazione tra il fondo e la S.G.R. è limitata alla gestione, senza che nulla alluda a un'imputazione. Né è possibile affermare che il decorrere di patrimonio e rischi *degli O.I.C.R.* imponga che le situazioni giuridiche siano imputate ai fondi, i quali sarebbero quindi dei soggetti. Infatti, per semplicità, si è soliti parlare di «*diritti dell'eredità giacente*», dove il complemento di specificazione indica l'inclusione in un patrimonio, non l'imputazione a un soggetto³⁷¹.

Tutto ciò risulta in modo ancor più evidente se si confronta il citato art. 33 con l'art. 35 *bis*, comma 6, a mente del quale «*nel caso di S.I.C.A.V. e S.I.C.A.F. multicomparto, ciascun comparto costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti da quello degli altri comparti*». Stando alla lettera di questa disposizione, il patrimonio è *del* comparto, ma nessuno ha mai

³⁷¹ BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 645: «nella dizione della legge si riscontra a volte il riferimento a diritti e obblighi dell'eredità o verso l'eredità [...]. Queste indicazioni potrebbero fare pensare all'eredità quale ente giuridico [...]. Nel nostro ordinamento è tuttavia sicuramente escluso che l'eredità sia un ente dotato di una propria soggettività. Il riferimento a diritti ed obblighi dell'eredità è un'espressione meramente descrittiva per indicare diritti ed obblighi ereditari, cioè diritti ed obblighi già dell'ereditando».

Ben diversa è la formulazione dell'art. 2447 *septies*, comma 1 c.c., che discorre di beni e rapporti «*compresi nei patrimoni destinati*» a uno specifico affare della società per azioni.

immaginato che i comparti siano dei soggetti giuridici³⁷². Eppure, si perverrebbe proprio a tale conclusione ove si applicasse il criterio dell'imputazione, che, come abbiamo visto nel Capitolo II³⁷³, è logicamente viziato e, non a caso, dà luogo a conseguenze abnormi come quella appena prospettata.

L'art. 35 *decies*, infine, stabilisce che «*le S.G.R., le S.I.C.A.V. e le S.I.C.A.F. che gestiscono i propri patrimoni: a) operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli O.I.C.R. gestiti, dei relativi partecipanti e dell'integrità del mercato; b) si organizzano in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti e, in situazioni di conflitto, agiscono in modo da assicurare comunque un equo trattamento degli O.I.C.R. gestiti.*».

Oltre a proclamare il principio del perseguimento del *best interest*, il richiamo a questa norma è necessario per fugare ogni dubbio intorno all'interpretazione del suo *incipit*. L'espressione «*che gestiscono i propri patrimoni*», infatti, è riferita esclusivamente alle S.I.C.A.V. e alle S.I.C.A.F. che, *ex art. 38*, possono designare per la gestione del proprio patrimonio un gestore esterno. L'imputazione del patrimonio gestito, pertanto, non riguarda i fondi comuni di investimento.

§ 4. Le limitazioni alle azioni sul fondo comune.

Ex art. 36, comma 4, sul fondo comune «non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi.».

Queste disposizioni sono tra le più ambigue e quindi tra le meno decisive nell'indagine che stiamo conducendo.

La limitazione di responsabilità rispetto ai creditori della S.G.R., infatti, è immaginabile sia che il fondo costituisca un patrimonio separato della società, sia che esso sia un soggetto giuridico gestito dalla S.G.R. L'argomento fondato sull'impossibilità, per la S.G.R., di rivalersi sul fondo è parimenti inconcludente, in quanto discende dalla circostanza per cui la gestione deve essere finalizzata al solo *best interest* degli investitori, cosicché deve escludersi che la società di gestione possa far proprie delle situazioni giuridiche incluse nel fondo.

Lo stesso va ripetuto per l'esclusione delle azioni del depositario e del sub depositario. Tutte queste norme, infatti, mirano a garantire il principio sancito dall'*incipit* del quarto comma dell'art. 36, secondo cui il fondo è distinto, «*a tutti gli effetti*», da qualsiasi altro patrimonio.

³⁷² Né in questo senso depono l'art. 35 *quater*, comma 6, lett. c), secondo cui lo statuto della S.I.C.A.V. può prevedere «*l'esistenza di più comparti di investimento per ognuno dei quali può essere emessa una particolare categoria di azioni*». Le azioni, infatti, rappresentano la partecipazione nella società, benché conferiscano diritti patrimoniali e amministrativi riferiti soltanto a uno dei comparti della stessa. Lo stesso dicasi per l'identica norma contenuta nell'art. 35 *quinquies*, comma 4, lett. c).

³⁷³ § 10. Il criterio dell'imputazione legislativa delle situazioni giuridiche. Critica..

La limitazione dell'azione esecutiva dei creditori dei partecipanti è parimenti irrilevante ai fini della nostra ricerca. Essa può spiegarsi sia mediante un parallelo con l'espropriazione della partecipazione in una società (soggetto), sia ricorrendo a un'analogia con l'espropriazione della quota della comunione ordinaria (oggetto).

Infine, la norma secondo cui *«la società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti»*, espressa dall'art. 36, comma 4, *in fine*, è involuta in un modo che, sebbene non decisivo, deve essere portato all'attenzione dell'interprete. Invece di parlare di *«beni dei fondi»* – ciò che avrebbe potuto far sospettare, secondo quanto detto al paragrafo precedente, un'imputazione – la disposizione discorre dei *«beni di pertinenza dei fondi»*, con una formulazione che fa scorgere la semplice inclusione del bene nel patrimonio³⁷⁴, piuttosto che la sua attribuzione a un soggetto.

§ 5. Le disposizioni contenute nell'art. 37 T.U.F.

Il primo comma dell'art. 37 stabilisce quanto segue: *«il regolamento di ciascun fondo comune di investimento definisce le caratteristiche del fondo, ne disciplina il funzionamento, indica il gestore e il depositario, definisce la ripartizione dei compiti tra tali soggetti, regola i rapporti intercorrenti tra tali soggetti e i partecipanti al fondo»*.

Anzitutto, è opportuno sottolineare che l'attributo *«soggetti»* è riferito soltanto al gestore e al depositario, non anche al fondo. Ad esso, infatti, è impossibile attribuire alcun *«compito»*, cosicché la soggettività è attribuita dall'art. 37, comma 1 soltanto alla società di gestione e alla banca depositaria.

Lo stesso deve dirsi per la parte finale della norma, che esclude qualsiasi riferimento al fondo, prescrivendo che il regolamento disciplini i rapporti intercorrenti tra i soggetti predetti (S.G.R. e depositario) e i partecipanti al fondo.

È interessante, allora, che l'intero primo comma ragioni di soggettività e di rapporti, senza riferire né l'una, né gli altri, al fondo comune. Il fondo, insomma, non è un soggetto, né in virtù di un'espressa qualificazione, né in ragione dell'imputazione di rapporti e quindi di situazioni giuridiche attive o passive.

Non si potrebbe immaginare, per sfuggire a tale conclusione, che il regolamento, ove il fondo sia un soggetto, possa anche non regolare i rapporti tra quest'ultimo e i tre soggetti anzidetti. Difatti, il fondo è il centro dell'investimento collettivo e, quindi, della gestione in massa, talché è inimmaginabile che esso possa intrattenere con gli altri soggetti dei rapporti non disciplinati dal regolamento. Poiché i rapporti previsti dall'art. 37 sono gli unici di cui il fondo potrebbe essere titolare, allora, *ex art. 37 T.U.F.*, esso non è idoneo alla titolarità delle situazioni giuridiche e non è un soggetto.

³⁷⁴ La formulazione ricorda quella dell'art. 529 c.c., secondo cui il danaro non è dell'eredità, ma si trova al suo interno.

Una conferma di ciò si ricava dall'art. 36, comma 3, a norma del quale «*la S.G.R. che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario*». Nessun rapporto sussiste tra la S.G.R. e il fondo comune.

Ex art. 37, comma 2, lett. a), il regolamento stabilisce la denominazione del fondo. Si potrebbe essere indotti a ritenere che tale previsione imponga la soggettività del fondo comune. In realtà, con riguardo alle società, in particolare di capitali, il termine utilizzato dalla Legge non è quello di «*denominazione*» *sic et simpliciter*, ma di «*denominazione sociale*», qui assente.

Anche questa disposizione, pertanto, contraddice la soggettività del fondo, soprattutto se viene messa a confronto con l'art. 34, comma 1, lett. h) del T.U.F., che parla di «*denominazione sociale*» della S.G.R., e con l'art. 35 *bis*, comma 5, che disciplina la «*denominazione sociale*» della S.I.C.A.V. e della S.I.C.A.F.

Particolarmente significativa, sebbene pur sempre attinente a particolari che potrebbero essere derubricati come “formali”, è la circostanza per cui l'art. 37 T.U.F. non richiede che il regolamento del fondo ne indichi la sede. Vogliamo davvero credere che l'ordinamento ammetta un soggetto giuridico privo di collocazione spaziale? Piuttosto, la mancata collocazione geografica dimostra che il fondo non è niente di diverso dall'insieme delle situazioni giuridiche di cui è composto, le quali, essendo ideali, non possono avere alcuna localizzazione.

Già abbiamo detto, nel corso del paragrafo 3, che i riferimenti alla «*partecipazione*» e alle «*quote*», contenuti nell'art. 1, lett. j) e k), nonché nell'art. 36, comma 2, sono inconcludenti. Questa osservazione vale dunque anche per l'art. 37, comma 2, lett. b), secondo cui il regolamento deve disciplinare anche il rapporto di partecipazione e le quote. La stessa disposizione impone che nel regolamento siano indicate anche le modalità della liquidazione del fondo, liquidazione che può verificarsi sia per i patrimoni dei soggetti (es. società per azioni), sia per i patrimoni privi di titolare (es. liquidazione dell'eredità), sia per quelli separati e appartenenti a un soggetto (art. 2449 *nonies*, comma 2 c.c.). Anche questa disposizione, pertanto, è ambigua.

Il regolamento, ai sensi della lett. c) dell'art. 37, deve indicare gli organi competenti per gli investimenti. Tali organi, tuttavia, sono quelli della S.G.R., giacché essi eseguono materialmente la gestione che è affidata alla società stessa. Di conseguenza, non vi è alcun organo del fondo, di modo che anche tale disposizione non suffraga l'idea che questo sia, al pari di una società, un soggetto.

Secondo l'art. 37, lett. f), il regolamento deve identificare «*le spese a carico del fondo e quelle a carico della società*». La norma, al contrario di quanto si potrebbe pensare *ictu oculi*, non è affatto significativa. Che vi siano delle spese, e quindi delle situazioni giuridiche, poste a carico del fondo non implica affatto che esse siano imputate al fondo medesimo, e che questo sia quindi un soggetto giuridico. Tale argomentazione, infatti, farebbe ricorso

all'invalido criterio dell'imputazione. Pertanto, la circostanza per cui delle spese gravano sul fondo è equivoca, poiché non permette di comprendere se quelle situazioni giuridiche sono imputate al fondo, il che ne farebbe un soggetto, o vi sono soltanto incluse, ciò che lo renderebbe un oggetto. A conferma di ciò, si legga l'art. 35 *quater*, comma 6, lett. c), secondo cui, nelle S.I.C.A.V. multicomparto, lo statuto, ove preveda l'emissione di particolari azioni relative ai singoli comparti, deve anche fissare «*i criteri di ripartizione delle spese generali tra i vari comparti*». Benché le spese gravino sul comparto, è insostenibile affermarne la soggettività.

L'art. 37 ha invece un ulteriore profilo di rilevanza quando attribuisce al fondo un regolamento, non un atto costitutivo o uno statuto secondo quanto avviene per le società e in particolare, *ex art. 34*, comma 1 lett. g), per la S.G.R., o, *ex art. 35 bis*, comma 1, lett. f), per le S.I.C.A.V. e le S.I.C.A.F. Tale distanza si aggrava ove si ricordi che la forma della società per azioni è imposta solo per queste ultime entità, senza essere in alcun modo prevista per i fondi. Nel contempo, il Testo Unico si riferisce alla «*costituzione*» delle S.I.C.A.V. e delle S.I.C.A.F., affermando invece che il fondo è «*istituito*» (art. 36, comma 1)³⁷⁵.

Proseguendo su questa linea, va sottolineato che l'art. 36, comma 1, si riferisce alla S.G.R. che ha «*istituito*» il fondo, mentre l'art. 35 *bis*, comma 2, lett. b), parla di «*soci fondatori*» della S.I.C.A.V. e della S.I.C.A.F.

Inoltre, soltanto l'art. 35 *bis*, comma 4, relativo a queste due società, regola i versamenti dei soci per la formazione del capitale sociale, mentre nulla di tutto ciò è previsto in tema di fondi comuni.

Conviene ricordare, infine, che secondo l'art. 35 *decies*, comma 1, le S.G.R., le S.I.C.A.V. e le S.I.C.A.F. «*operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli O.I.C.R. gestiti, dei relativi partecipanti e dell'integrità del mercato*».

Il riferimento all'interesse dell'organismo d'investimento collettivo, ossia del fondo comune, potrebbe far pensare a una soggettività di questo, soprattutto alla luce della circostanza per cui si distingue normativamente tra tale interesse e quello dei partecipanti. Questa interpretazione, per quanto ragionevole, non è corretta. Il perseguimento dell'interesse degli O.I.C.R. è imposto non soltanto alle S.G.R., ma anche alle S.I.C.A.V. e alle S.I.C.A.F., le quali sono titolari di meri patrimoni. Eppure la normativa prescrive il perseguimento dell'interesse di essi, nonostante l'assenza di soggettività.

Ciò impone di rileggere l'art. 35 *decies*, comma 1, T.U.F., nei termini seguenti: le società indicate devono perseguire sia l'interesse al massimo aumento del valore del patrimonio gestito (si tratti di fondo comune o di patrimonio sociale della S.I.C.A.V. e della S.I.C.A.F.), sia l'interesse dei singolo partecipanti alla massimizzazione del profitto derivante dal proprio

³⁷⁵ È poi vero che, ai sensi dell'art. 2447 *bis* c.c., il patrimonio destinato a specifici affari della società per azioni è «*costituito*». Ciò nonostante, e anzi anche in virtù di ciò, è interessante sottolineare che, all'interno del sistema creato dal T.U.F., la «*costituzione*» è riservata a entità certamente dotate della soggettività, mentre non è utilizzata per i fondi comuni, benché sia usata dal codice civile anche per meri patrimoni.

investimento individuale. I due interessi, che sono evidentemente collegati, vanno distinti. Il primo interesse è condiviso da tutti i partecipanti, che non si trovano quindi in conflitto, ma convergono verso lo stesso risultato. Il riferimento all'interesse «*dei [...] partecipanti*», invece, evidenzia la conflittualità dell'interesse dei singoli alla massimizzazione del valore delle relative quote, giacché ciò che è dato all'uno, è tolto all'altro.

A sostegno della distinzione tra l'interesse alla massimizzazione del fondo, condiviso dalla pluralità dei partecipanti, e quello dei singoli investitori alla massimizzazione del valore della propria quota individuale, depongono le lett. b) e d) del medesimo articolo 35 *decies*, secondo cui le S.G.R. «*si organizzano in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti*» e «*assicurano la parità di trattamento nei confronti di tutti i partecipanti a uno stesso O.I.C.R.*».

Inoltre, la medesima disposizione, alla lett. a), impone al gestore di agire anche «*nel miglior interesse [...] dell'integrità del mercato*». Il termine «*interesse*», pertanto, non dimostra in alcun modo la soggettività dell'entità al quale viene riferito.

La dualità dell'interesse (dell'O.I.C.R. e del partecipante) è avvalorata dall'art. 36, comma 3: «*la S.G.R. che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario*». Se la società di gestione deve curare gli interessi degli investitori, ma deve agire in totale autonomia dalle loro direttive, allora vi è un primo interesse, di cui è portatrice la collettività dei partecipanti, alla massimizzazione del valore del fondo, e un secondo interesse, di cui è titolare il singolo investitore, alla massimizzazione del profitto traibile dal proprio investimento e contrapposto all'interesse degli altri partecipanti. È per questo che l'art. 23 del Regolamento congiunto di Bankitalia e Consob del 29 ottobre 2007, recante «*organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*», sancisce che la S.G.R. deve identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere «*con il cliente o tra clienti*».

Già ora, però, è necessario notare che il fondo, quanto ai partecipanti, non risponde dell'adempimento delle obbligazioni della S.G.R., ma è oggetto della gestione affidata a quest'ultima. Pertanto, il fondo non è, riguardo agli investitori, un patrimonio nel senso statico di cui all'art. 2740 c.c., ma un patrimonio dinamico, che rileva, non come garanzia patrimoniale generica che assiste i crediti dei partecipanti verso la società, ma come oggetto della gestione affidata alla società, come strumento dell'attività imprenditoriale e quindi come patrimonio dinamico e produttivo³⁷⁶.

Anche nell'ambito disciplinare che stiamo studiando, allora, è ben chiara la linea di tendenza verso la creazione di un concetto di 'patrimonio' con una funzione diversa da quella tradizionale, di garanzia, imposta dall'art. 2740 c.c. Questo scopo imprenditoriale e

³⁷⁶ Sulla distinzione tra patrimonio statico e dinamico e su quella, consequenziale, tra creditori statici e dinamici, v. JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.4, 2009, pp. 1253 ss.

produttivo aggiunge ulteriori accezioni del termine 'patrimonio', oltre a quelle ben note in materia di garanzia patrimoniale generica e in ambito successorio.

Vi è quindi una duplice analogia con la società di capitali. Il patrimonio sociale, infatti, è necessariamente produttivo, cosicché i soci non possono essere considerati dei creditori statici; inoltre, la distinzione tra l'interesse dell'insieme dei partecipanti e quello dei singoli ricalca il distinguo tra gli interessi della società (*i.e.* della collettività dei soci) e quelli dei singoli soci, che ben si compendia nelle due diverse azioni di responsabilità degli amministratori *ex artt.* 2393 e 2395 c.c.

L'autonomia patrimoniale che si accompagna a tale fenomeno mira, nei rapporti tra S.G.R. e terzi, regolati dall'art. 36, comma 4 T.U.F., alla tutela degli interessi degli investitori, così come la norma dell'art. 1707 c.c. protegge il soggetto i cui interessi sono amministrati dal gestore³⁷⁷.

§ 6. L'impossibilità di trarre dall'art. 37, comma 3, la dimostrazione o la negazione della soggettività del fondo.

Finora abbiamo reperito diversi elementi normativi, dei quali, come anticipato, alcuni sono contraddittori, altri ambigui, altri significativi nel senso di escludere la soggettività del fondo.

Conviene ora analizzare quella che alcuni hanno considerato la pallottola d'argento in merito alla questione della soggettività dei fondi comuni, ossia l'art. 37, comma 3: «*il regolamento dei fondi chiusi diversi dai F.I.A. riservati prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore*».

Coloro che fondano la soggettività delle entità diverse dalla persona fisica sul criterio organizzativo, espressione di quello volontaristico, hanno visto in questa disposizione l'argomento decisivo per comprendere la natura dei fondi.

Alcuni, come la Corte di Cassazione, hanno ritenuto che questa limitatissima organizzazione sia insufficiente alla formazione e manifestazione di una volontà all'esterno,

³⁷⁷ Secondo una prima corrente, maggioritaria, l'art. 1707 c.c. dimostra che, nonostante il mandato ad acquistare senza rappresentanza non produca immediatamente i propri effetti in capo al mandante, l'esecuzione dell'atto gestorio da parte del mandatario produce un acquisto automatico del diritto reale mobiliare in capo al mandante; pertanto, la regola costituirebbe un'applicazione dell'art. 2914 c.c., il quale regola l'opponibilità ai creditori pignoranti e a quelli intervenuti nell'esecuzione delle alienazioni dei beni del debitore. Per questo orientamento: SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1959, I, p. 147; TILOCCA, *Il problema del mandato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 954 ss.; LUMINOSO, *Mandato*, in *Trattato a cura di Rescigno*, XII, Torino, 1985, pp. 78 ss.; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, *cit.*, pp. 136-137.

Ad avviso di altri Autori, i beni sarebbero acquistati dal mandatario senza rappresentanza e solo successivamente, che si tratti di mobili o immobili, trasferiti al mandante; poiché quei beni, di proprietà del mandatario, non sarebbero aggredibili da parte dei creditori di lui, si verificherebbe una separazione all'interno del suo patrimonio secondo il disposto dell'art. 2915 c.c. Questa tesi è sostenuta da: SANTAGATA, *Del mandato*, *Artt. 1703-1709*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1985, p. 362; LUMINOSO, *Mandato*, *cit.*, pp. 78 ss.; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, *cit.*, pp. 136-137; GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, p. 1177.

di modo che il fondo sarebbe privo di soggettività e, dovendo essere imputato a un qualche soggetto, apparterebbe alla S.G.R. quale patrimonio separato, in analogia con quanto previsto dagli artt. 2447 *bis* ss. c.c.³⁷⁸.

Diversi Autori hanno però contestato il criterio della minima struttura organizzativa³⁷⁹: se il soggetto giuridico è l'entità alla quale l'ordinamento imputa situazioni giuridiche, allora l'imputazione di esse al fondo, contenuta nel T.U.F., è sufficiente a renderlo un soggetto di diritto³⁸⁰.

Rimandando il Lettore al Capitolo II, ricordiamo qui che entrambi i criteri (dell'imputazione³⁸¹ e dell'organizzazione³⁸²) sono invalidi³⁸³. In assenza di norme espresse, l'unico criterio dal quale trarre la soggettività delle entità diverse dalle persone fisiche è, infatti, quello dell'imputazione degli atti.

Le differenze tra gli artt. 37, comma 3, in punto di fondi comuni, e gli artt. 35 *sexies*-35 *novies*, concernenti la struttura organizzativa delle S.I.C.A.V. e delle S.I.C.A.F. sono palesi, tant'è che solo per queste ultime si prevede un'organizzazione assimilabile a quella di un'ordinaria società per azioni, certamente dotata di soggettività.

Tuttavia, data l'invalidità del criterio organizzativo, questa differenza non consente in sé di dimostrare che, mentre il fondo è privo di soggettività, le società citate ne sono dotate. La differenza organizzativa è quindi una mera coincidenza e non permette di distinguere la natura di tali entità.

La pallottola d'argento sta altrove, in una norma che finora è stata presa in considerazione dagli interpreti soltanto per implicazioni di altra natura: l'art. 36, comma 4.

³⁷⁸ Il criterio antropomorfo incentrato sulla volontà è stato adottato da Cass., sez. I, 15 luglio 2010, *cit.*, notando che la deliberazione dell'assemblea degli investitori, prevista dall'art. 37, comma 2 T.U.F., non sarebbe espressione di autonomia, e dunque di auto-disciplina.

³⁷⁹ La scelta del criterio organizzativo è criticata da: BARBANTI SILVA, *op. cit.*; PACILEO, *op. cit.* Rileva una inversione di metodo, SCANO, *op. cit.*

Il CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, individua nel criterio indicato dalla Cassazione una ipostasi, aggiungendo che «è [...] dall'esame obiettivo della disciplina positiva che dovrebbe desumersi se e con quali modalità sia individuato un centro di imputazione. Ciò non al fine di interrogarsi sui fondamenti ontologici dei fondi e sulla natura della loro struttura ma, ben più limitatamente, per chiarire se e in quale misura possa parlarsi di un soggetto al fine dell'applicazione della disciplina in questione».

Sempre con riguardo al metodo, più che al merito, BARALIS, *op. cit.*, sostiene che al fondo andrebbe riconosciuta soggettività in un'ottica funzionale, ossia per consentire la piena operatività della trascrizione, mediante una sorta di «*entificazione monofunzionale*».

³⁸⁰ BARBANTI SILVA, *cit.*

³⁸¹ § 10. Il criterio dell'imputazione legislativa delle situazioni giuridiche. Critica.

³⁸² § 11. Il criterio volontaristico e il suo corollario organizzativo. Critica.

³⁸³ Il criterio organizzativo, infatti, oltre a non distinguere tra patrimoni entificati e acefali, dà luogo ad applicazioni arbitrarie. Difatti, la Corte di Cassazione ha sostenuto che l'assemblea dei partecipanti, visti i limitati poteri di cui dispone, non sia sufficiente per affermare l'autonoma organizzativa del fondo e quindi la sua soggettività. Tuttavia, come si può dimostrare, già in astratto, qual è la soglia da raggiungere ai fini della soggettività? Questa impresa teorica non potrebbe essere condotta secondo parametri oggettivi, e quindi il criterio, oltre ad essere astrattamente invalido, non è concretamente idoneo a dar luogo a soluzioni certe, cosicché è anche inutile. Allo stesso modo, infatti, sarebbe impossibile verificare o falsificare l'asserzione per cui l'eredità giacente è priva di soggettività. Tale patrimonio, infatti, è dotato di un'organizzazione, seppur minimale, che è incaricata della sua gestione: il curatore. Come si può affermare o negare, allora, che questa organizzazione è sufficiente per attribuire soggettività giuridica all'eredità giacente?

Prima di procedere al suo esame, dobbiamo sgombrare il campo dall'ipotesi, avanzata dalla Corte di Cassazione, secondo cui il fondo sarebbe un patrimonio separato imputato alla S.G.R.

§ 7. Il fondo non è un patrimonio separato della S.G.R.

Le critiche che la dottrina ha rivolto alla Corte di Cassazione si sono appuntate, in primo luogo, sull'impossibilità di rinvenire nel sistema dei fondi comuni il diritto di proprietà previsto dall'art. 832 c.c.³⁸⁴. In secondo luogo, il criterio organizzativo sarebbe privo di fondamento normativo³⁸⁵. Inoltre, le conseguenze in punto di pubblicità immobiliare sarebbero fuorvianti: la trascrizione del trasferimento del diritto da un fondo all'altro dovrebbe essere effettuata a favore della (e contro la) S.G.R., cosicché il passaggio tra i fondi sarebbe segnalato soltanto mediante l'annotazione nel quadro D, che tuttavia ha funzione di pubblicità notizia, mai di pubblicità dichiarativa. Pertanto, delle due, l'una: o per garantire la separazione patrimoniale bilaterale del fondo, prevista dall'art. 36, si viola la natura dell'annotazione, oppure, per salvaguardare quest'ultima, si impedisce la trascrizione a favore del (e contro il) fondo, così compromettendo quella stessa separazione e dunque violando il citato art. 36³⁸⁶.

Per di più, a voler seguire le premesse della Corte di Cassazione, il trasferimento di un immobile tra diversi fondi appartenenti alla stessa società di gestione, non mutando la titolarità dei diritti, non avrebbe natura traslativa e non potrebbe pertanto essere trascritto nei registri immobiliari. Ciò impedirebbe agli interessati di avere conoscenza del trasferimento e precluderebbe qualsiasi possibilità di rendere loro opponibile l'avvenuto passaggio da un patrimonio separato a un altro³⁸⁷.

A ciò si aggiunga l'inaccettabilità di un altro corollario applicativo, secondo cui, a parere della stessa Corte di Cassazione³⁸⁸, la S.G.R. sarebbe responsabile in via sussidiaria dei debiti contratti nell'interesse del fondo, ove questo fosse incapiente.

Le critiche incentrate sulle predette aporie, cui darebbe luogo l'orientamento di legittimità, non sono dirimenti.

È possibile, infatti, adottare la teoria del patrimonio separato, imputato alla S.G.R., e derogarvi nei soli settori in cui esso produce conseguenze inammissibili. Così, per mezzo di una «*entificazione monofunzionale*»³⁸⁹, si potrebbe ritenere che il fondo, patrimonio imputato alla

³⁸⁴ Capitolo I, § 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità.

³⁸⁵ Capitolo I, § 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità.

³⁸⁶ Capitolo I, § 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità.

³⁸⁷ Capitolo I, § 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità.

³⁸⁸ Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.* Si veda ancora il Capitolo I, § 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità.

³⁸⁹ BARALIS, *op. cit.*, sostiene che al fondo andrebbe riconosciuta soggettività in un'ottica funzionale, ossia per consentire la piena operatività della trascrizione, mediante una sorta di «*entificazione monofunzionale*».

S.G.R., debba essere eccezionalmente considerato come un soggetto agli effetti della pubblicità immobiliare, così da permettere una trascrizione a favore del (e contro il) fondo stesso, il che garantirebbe la separazione patrimoniale bilaterale proclamata dall'art. 1, lett. j), nonché dall'art. 36.

L'«*entificazione monofunzionale*» è certamente ammissibile in termini generali e astratti, ma prospettarla in tema di pubblicità immobiliare presuppone che la trascrizione implichi l'imputazione dei diritti, secondo il dogma di necessaria titolarità. La possibilità, mai negata da alcuno, di trascrivere gli acquisti dall'eredità giacente e l'immediata efficacia di tali acquisti, invece, dimostrano che la trascrizione non presuppone il trasferimento dei diritti da un soggetto a un altro, ma è compatibile anche con un trasferimento intercorrente tra patrimoni privi di titolare. Di conseguenza, l'entificazione monofunzionale ai fini della trascrizione non ha alcun fondamento, giacché il termine 'parti', utilizzato dall'art. 2659 c.c., può essere riferito anche a entità diverse dal soggetto, quale il patrimonio acefalo³⁹⁰.

Pertanto, se la trascrizione, a prescindere dalla natura del fondo, deve comunque farsi a favore di quest'ultimo, allora la trascrizione non dimostra che esso sia un soggetto, un patrimonio acefalo o un patrimonio separato appartenente alla S.G.R. Per comprenderne la natura, è allora necessario riferirsi agli indizi positivi presenti nel Testo Unico.

L'art. 1, lett. j) T.U.F. afferma che il fondo è istituito e gestito da un gestore. Pertanto, la posizione della S.G.R. è limitata alla gestione, non rilevandone la titolarità.

La medesima disposizione, assieme all'art. 36, parla di «*patrimonio autonomo*» e attribuisce alla S.G.R. unicamente la gestione e l'istituzione del fondo. Nel contempo, si stabilisce che il patrimonio è distinto dai patrimoni dei partecipanti, con la medesima formula con cui lo si distingue dal patrimonio sociale della S.G.R.: «*ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società*».

Se la distinzione riguarda i patrimoni la cui diversità rispetto al fondo discende dalla loro imputazione – ciò che è evidente nella previsione per cui il fondo è distinto «*dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante*» – allora il patrimonio è gestito dalla S.G.R., ma non le è imputato. Se, infatti, il fondo appartenesse alla S.G.R., come si spiegherebbe che esso è distinto dal patrimonio della S.G.R. stessa? Se l'accezione del termine patrimonio, qui utilizzata, si appunta, non sulla separazione patrimoniale – giacché la separazione è la conseguenza della norma, non potendo quindi essere il suo presupposto – ma sull'imputazione delle situazioni giuridiche a un soggetto, allora dobbiamo concludere che il fondo, al contrario del patrimonio della società e di quello del partecipante, non è imputato a nessuno dei due.

³⁹⁰ Capitolo II, § 13. Profilo funzionale e profilo strutturale del distinguo tra il patrimonio entificato e il patrimonio acefalo. Le due accezioni del 'patrimonio'.

Ciò è confermato dal prosieguo del quarto comma dell'art. 36, secondo cui *«delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la S.G.R. risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo»*. Se il fondo non fosse un patrimonio identificato sulla base di un predicato diverso dalla S.G.R., come potrebbe il Testo Unico parlare di *«obbligazioni contratte per conto del fondo»*? Se davvero il fondo comune integrasse un patrimonio separato, imputato alla S.G.R., allora si sarebbero utilizzate le ricorrenti formulazioni legislative, come quelle che si trovano negli artt. 2447 *quinquies*³⁹¹ e 2645 *ter c.c.*³⁹².

Se l'art. 36, comma 4 si limitasse a disciplinare la responsabilità patrimoniale, senza incidere prima di tutto sul profilo della (non) imputazione dei diritti, allora le due parti del quarto comma sarebbero ripetitive. La prima parte stabilirebbe la distinzione, ai soli fini della responsabilità patrimoniale, del fondo rispetto a ogni altro patrimonio, ossia la circostanza che esso non possa essere aggredito da alcun creditore diverso da quelli del fondo. La seconda parte del quarto comma, pertanto, si limiterebbe a riformulare tutto ciò. In realtà, la seconda parte è la conseguenza della prima. Stabilito che il fondo non è imputato ad alcuno dei soggetti coinvolti nel fenomeno della gestione collettiva del risparmio, se ne deve dedurre che il fondo medesimo, in quanto acefalo, è caratterizzato da una separazione patrimoniale bilaterale rispetto a ogni altro patrimonio.

Il Testo Unico, infine, si riferisce esclusivamente all'istitutore, al gestore e al depositario, non ragionando mai di 'titolare' o 'proprietario'. La formulazione della disciplina è dunque identica a quella dell'eredità giacente. Pertanto, il Legislatore non imputa il fondo alla S.G.R., così come non imputa l'eredità al curatore.

Anche l'art. 37, comma 2, lett. f) conferma questa lettura, prescrivendo che il regolamento deve stabilire *«le spese a carico del fondo e quelle a carico della società di gestione del risparmio»*. Se il fondo fosse un patrimonio separato della società, allora non avrebbe senso stabilire quali spese sono a carico del fondo e quali gravano sulla S.G.R.: in ogni caso a risponderne sarebbe la S.G.R. Se il fondo non fosse un patrimonio primario, ma un patrimonio secondario, allora la norma sarebbe ben diversa, distinguendo tra le spese a carico del fondo e quelle gravanti sul patrimonio sociale della S.G.R.

Insomma, o si continua ad osservare il dogma di necessaria titolarità, inequivocabilmente contraddetto dall'eredità vacante e da quella giacente, pretendendo che il fondo sia un patrimonio separato della S.G.R., o si presta attenzione alle citate disposizioni del T.U.F., che escludono tale ricostruzione.

Il Testo Unico non fa perno sulla sola separazione patrimoniale bilaterale, ma opera già sul terreno dell'identificazione del patrimonio (primario) e quindi sulla (non) imputazione del fondo alla S.G.R.

³⁹¹ Il terzo comma prevede che *«per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato»*.

³⁹² I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione.

§ 8. Il fondo non è un soggetto, ma un patrimonio acefalo.

La nuova formulazione dell'art. 36, comma 4, pur nel lodevole intento di correggere l'ipallage introdotta dalla riforma del 2010, è contraddittoria. Se le obbligazioni sono state contratte per conto del fondo e non in nome e per conto della S.G.R., allora soltanto il fondo, sia esso un soggetto o un patrimonio privo di titolare, ne può rispondere. Come può affermarsi, allora, che di quelle obbligazioni risponde la S.G.R.?

La lettera dell'art. 2447 *quinquies*, comma 3 c.c., è più rigorosa: «[...] per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato». Invece delle obbligazioni contratte «per conto del» patrimonio, il codice civile discorre di quelle contratte «in relazione allo specifico affare», ossia dei debiti funzionali, contratti nell'attività di perseguimento dello scopo cui è strumentale il patrimonio separato. Sarebbe impensabile, stante l'imputazione del patrimonio alla società per azioni, una disposizione per cui «delle obbligazioni contratte per conto del patrimonio, la società risponde soltanto con quest'ultimo». La società, infatti, contrae in nome e per conto proprio, non per conto del proprio patrimonio.

L'attuale formulazione del quarto comma dell'art. 36 ci costringe dunque a scegliere quale, tra i due elementi in contraddizione (obbligazioni contratte per conto del fondo – responsabilità della S.G.R.), debba prevalere.

L'elemento che va conservato intatto è la fattispecie, ossia la costituzione di obbligazioni per conto del fondo. Difatti, la fattispecie ha priorità logica rispetto al precetto («non sussiste responsabilità della S.G.R.»), giacché il secondo poggia sulla prima. Il Testo Unico stabilisce quindi che le obbligazioni contratte nella gestione del fondo sono costituite nell'interesse di questo. Il precetto deve quindi essere rivisto: «la S.G.R. non risponde, nemmeno in via sussidiaria, delle obbligazioni contratte per conto del fondo».

Passiamo ora a esaminare l'espressione «obbligazioni contratte per conto del fondo», così da giungere a quella pallottola d'argento che conferma in modo definitivo i vari indizi che abbiamo sinora rinvenuto nel Testo Unico.

La circostanza che le obbligazioni siano contratte per conto del fondo potrebbe far pensare che questo sia un soggetto. Difatti, la S.G.R. rappresenterebbe il fondo e la rappresentanza implica la dualità soggettiva.

È però estremamente significativo il fatto che l'art. 36, comma 4, invece di utilizzare l'usuale e assai scontata espressione «in nome e per conto del», afferma che le obbligazioni sono contratte per conto del fondo, non in suo nome. La conferma di quest'impostazione, e del fatto che essa non sia frutto del caso, ci viene dall'ormai arcinota ipallage del 2010, che già si esprimeva in questi termini.

L'espressione «in nome di», ossia la spendita del nome altrui, implica che vi sia un nome, e quindi un soggetto, diverso da quello che compie l'atto. L'espressione «per conto di» è costantemente usata accanto a quell'altra, ma non la presuppone. Ha, infatti, un significato

diverso, che deriva dal fatto di inerire soltanto all'interesse del fondo, ossia alla massimizzazione del suo valore mediante la gestione in monte. Questo interesse, come detto, non ne fa un soggetto, giacché appartiene agli investitori.

A volere affermare il contrario, infatti, si dovrebbe sostenere che l'inerenza di effetti a situazioni giuridiche che non spettano alla S.G.R., implichi, al pari della spendita del nome, l'inerenza di quegli effetti a situazioni giuridiche altrui (imputate al fondo), ciò che presupporrebbe l'infondato dogma di necessaria titolarità.

L'assenza della formula «*in nome di*» esclude la presenza di una rappresentanza, che imporrebbe una dualità soggettiva, di modo che l'espressione «*per conto di*», pur escludendo che il fondo sia imputato alla S.G.R., non ne dimostra la soggettività. Non vi è quindi né rappresentanza volontaria, né rappresentanza legale del fondo da parte della società di gestione.

Potrebbe esservi rappresentanza organica? Detto altrimenti: l'espressione «*obbligazioni contratte per conto del fondo*» può indurre a ritenere che la S.G.R. agisca come organo esterno del fondo?

Quest'ipotesi, oltre a scontrarsi con l'assenza della formula «*in nome di*», è contraddetta dal criterio della soggettività, che abbiamo fatto emergere nel Capitolo II³⁹³.

Mentre l'espressione «*per conto di*» concerne l'interesse che si vuole soddisfare con l'atto, la locuzione «*in nome di*» attiene al patrimonio in cui si verificano gli effetti e quindi al rapporto. Pertanto, il fatto di compiere un atto in nome di Tizio non significa che l'atto sia imputato a costui, giacché l'atto può essere imputato al rappresentante volontario. A ciò consegue che la mancanza dell'espressione «*in nome del fondo*», all'interno dell'art. 36 T.U.F., non dimostra la mancata imputazione dell'atto al fondo medesimo. Quest'ultimo potrebbe quindi essere un soggetto.

In senso contrario, tuttavia, sta la relazione tra l'imputazione degli effetti e quella degli atti, imputazioni che, pur non essendo coincidenti, sono strettamente dipendenti.

Se, infatti, l'assenza della *contemplatio domini* potesse davvero coesistere con la soggettività del fondo, allora si dovrebbe ammettere quanto segue: l'atto compiuto materialmente dalla S.G.R. è giuridicamente imputato al fondo (ciò che ne farebbe un soggetto) e, stante la mancanza della *contemplatio domini*, non produce alcun effetto nel fondo, ma soltanto nell'interesse di quest'ultimo (secondo l'art. 36, comma 4: «*per conto del fondo*»). Ciò è assurdo, perché significherebbe che l'atto è compiuto dalla società in nome proprio, di modo che l'atto gestorio produrrebbe effetti nel patrimonio sociale della S.G.R., con conseguente violazione della separazione patrimoniale stabilita dallo stesso art. 36, comma 4 T.U.F. L'assurdità, inoltre, è confermata dalla circostanza per cui al fondo sarebbe imputato un atto, compiuto dalla società, ma non anche i suoi effetti. Sarebbe come dire che l'atto

³⁹³ § 12. Il criterio per identificare i soggetti sta nell'imputazione giuridica degli atti.

compiuto materialmente dal rappresentante è imputato giuridicamente al rappresentato, ma i suoi effetti si producono nel patrimonio del rappresentante, nell'interesse del rappresentato.

L'art. 36, comma 4, discorrendo di «*obbligazioni contratte per conto del fondo*», è allora la norma centrale che il T.U.F. dedica alle relazioni tra la S.G.R. e il fondo e con la quale esclude che quest'ultimo sia un patrimonio separato della società di gestione o un soggetto giuridico.

Il fondo è un patrimonio acefalo.

Nel suo interesse (*rectius* nell'interesse dei partecipanti), la S.G.R. compie atti sostanziali e processuali, che non sono imputati al fondo.

Gli effetti degli atti, compiuti dalla S.G.R., incidono – costituendole, modificandole o estinguendole – sulle situazioni giuridiche acefale, cosicché, pur non essendovi un soggetto in nome del quale il contratto è concluso o in nome del quale la società sta in giudizio, il fondo sarà comunque parte del rapporto contrattuale, così come parte degli effetti degli atti processuali.

§ 9. L'art. 38 T.U.F. conferma che il fondo non è né un soggetto, né un patrimonio imputato alla S.G.R.

La conclusione cui siamo giunti potrebbe essere contraddetta nel modo seguente: se è vero che al fondo non viene imputato alcun atto della S.G.R., cosicché esso non sarebbe un soggetto, è anche vero, nell'ipotesi simile in cui la S.I.C.A.V. e la S.I.C.A.F. affidano la gestione del proprio patrimonio a una società esterna, che l'articolo 38 non imputa alcun atto dell'anzidetta società esterna alla società gestita, la quale, quindi, non sarebbe un soggetto, pur avendo la forma di S.P.A., ciò che è assurdo. Come può una S.P.A. non essere un soggetto giuridico? Pertanto, il criterio dell'imputazione degli atti, conducendo a degli assurdi, sarebbe invalido, talché crollerebbe la conclusione per cui il fondo comune è privo di soggettività.

La replica ci consentirà anche un interessante inquadramento del particolare fenomeno previsto dal citato art. 38.

Ai sensi del primo comma di questa disposizione, «*la Banca d'Italia, sentita la Consob, autorizza la costituzione di S.I.C.A.V. e di S.I.C.A.F. che designano per la gestione del proprio patrimonio un gestore esterno [...]*». Questa eventualità è subordinata a diverse condizioni, quali l'adozione della forma di società per azioni e l'inserimento, nello statuto, di alcune previsioni, elencate nella lett. f): «*per le S.I.C.A.V., come oggetto sociale esclusivo, l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante offerta al pubblico delle proprie azioni; per le S.I.C.A.F., come oggetto sociale esclusivo, l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante offerta al pubblico delle proprie azioni e degli altri strumenti finanziari partecipativi previsti dallo statuto stesso; 2) l'affidamento della gestione dell'intero patrimonio a un gestore esterno e l'indicazione della società designata [...]*».

Il secondo comma dell'art. 38 prescrive l'applicazione dell'articolo 35 *bis*, commi 3, 4, 5 e 6, i quali prevedono: l'autorizzazione della Banca d'Italia alla costituzione della S.I.C.A.V. e della S.I.C.A.F., i versamenti dei soci fondatori, la denominazione sociale, la natura dei conferimenti, l'inapplicabilità delle norme del codice civile che consentono la costituzione per pubblica sottoscrizione, la società multicomparto.

Così sommariamente ricapitolata la disciplina, possiamo riprendere l'interrogativo che ci siamo posti: come può una società per azioni essere priva di soggettività giuridica? La risposta è semplice: non può.

La società per azioni è retta da una disciplina che prevede l'imputazione degli atti compiuti dall'organo alla società stessa. Ora, se, *ex artt.* 35 *bis* e 38, le S.I.C.A.V. e le S.I.C.A.F. hanno la forma di società per azioni, allora ad esse si applica, salve le disposizioni incompatibili con il T.U.F., la disciplina dettata dal codice civile per le S.P.A. Ciò è confermato dall'art. 35 *bis*, comma 1, lett. a), secondo cui «è adottata la forma di società per azioni nel rispetto delle disposizioni del presente capo».

Poiché nessuna norma del Testo Unico esclude l'imputazione dell'atto alla società di investimento, ne segue che a essa sono imputati gli atti degli organi, secondo quanto previsto dal codice civile.

Secondo quest'ultimo, l'organo è interno alla società, di modo che il rapporto organico, al contrario di quello propriamente rappresentativo, non è intersoggettivo³⁹⁴, ma – potremmo dire – intrasoggettivo. È questa la norma che è derogata dall'art. 38 T.U.F. Il Testo Unico, in altre parole, imponendo la forma della società per azioni, fa rinvio all'imputazione degli atti degli organi alla società, prevista dal codice civile, ma deroga alla regola per cui quegli organi devono essere incardinati all'interno della società. L'art. 38 ammette, allora, che l'organo possa essere «esterno» alla società gestita.

Se così è, e se anche il gestore esterno deve avere la forma di una società per azioni, allora si verifica una doppia imputazione dell'atto. In primo luogo, l'atto dell'organo della S.G.R. (ad es. la delibera del consiglio di amministrazione), è imputato alla società stessa; questa, mediante il proprio organo, pone in essere un atto che è imputato, stante la natura di S.P.A. della società gestita, a quest'ultima.

Come si vede, questa doppia imputazione dell'atto, che rende il gestore e il gestito dei soggetti giuridici, dipende dalla forma societaria della S.I.C.A.V. e della S.I.C.A.F.

Queste società per azioni sono, per ciò solo, dei soggetti giuridici: l'art. 38 incide sull'identificazione dell'organo, e non toglie l'imputazione dei suoi atti alla società gestita, né la soggettività di quest'ultima. Ciò consente di dimostrare che il criterio dell'imputazione dell'atto non produce alcun assurdo.

Pertanto, la società gestita sta in giudizio sia con l'attività, sia col nome, ed è altresì parte sostanziale, mentre il gestore (S.G.R., cui sono imputati gli atti dell'amministratore)

³⁹⁴ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali, cit.*, pp. 44-45.

compie materialmente quegli atti, sostanziali come processuali, che saranno giuridicamente imputati alla S.I.C.A.V. o alla S.I.C.A.F.

Per ritornare al nostro tema, la qualificazione in termini di S.P.A. – la quale imporrebbe l'imputazione dell'atto al patrimonio gestito, facendone un soggetto – manca per i fondi comuni di investimento.

Il raffronto con l'art. 38, allora, dimostra una volta di più che il fondo comune non è un soggetto giuridico e, non essendo imputato né alla S.G.R., né agli investitori, è un patrimonio privo di titolare, identificato, in concreto, dalla denominazione prescritta dall'art. 37, comma 2, lett. a).

§ 10. Critiche metodologiche alla dottrina concernente i fondi comuni d'investimento.

Dopo la presa di posizione della Suprema Corte nel 2010, la dottrina – come abbiamo visto³⁹⁵ – ha reagito, non tanto contestando la correttezza dei criteri, adottati dalla Cassazione, per determinare l'essenza del fondo comune, quanto negando rilevanza allo stesso interrogativo concernente la natura del fondo medesimo. La separazione patrimoniale bilaterale, prescritta dal Testo Unico, impone che la trascrizione si faccia a favore del fondo. Chiarito questo, non ha senso pretendere di *«conoscere a chi competa la titolarità del sacco e quindi rievocare l'antico dibattito sulla natura giuridica dei fondi comuni di investimento, al fine di dar risposta all'interrogativo tanto drammatizzato quanto inutile “chi è titolare/proprietario del fondo di investimento?” [...]. Determinante è solo la considerazione che niente impedisce di ammettere, in prospettiva rigorosamente oggettiva e funzionale, che nel corso dell'attività di gestione il sacco di danaro, comunque qualificato, si accresca o diminuisca per effetto diretto di un atto del soggetto incaricato della gestione»*³⁹⁶.

Difatti, *«è [...] dall'esame obiettivo della disciplina positiva che dovrebbe desumersi se e con quali modalità sia individuato un centro di imputazione. Ciò non al fine di interrogarsi sui fondamenti ontologici dei fondi e sulla natura della loro struttura ma, ben più limitatamente, per chiarire se e in quale misura possa parlarsi di un soggetto al fine dell'applicazione della disciplina in questione»*³⁹⁷.

Il Consiglio Nazionale ha quindi preteso di adottare il metodo della filosofia sperimentale, escludendo ogni indagine ontologica, volta alla scoperta della cosa in sé. In altri termini, *«hypotheses non fingos»*³⁹⁸.

³⁹⁵ Capitolo I, § 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità.

³⁹⁶ SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit.

³⁹⁷ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

³⁹⁸ NEWTON, *Philosophiæ Naturalis Principia Mathematica*, II ed., Londra, 1713, p. 484: *«Rationem vero harum gravitatis proprietatum ex phenomenis nondum potui deducere, et hypotheses non fingo. Quicquid enim ex phenomenis non deducitur, hypothesis vocanda est; et hypotheses seu metaphysica, seu physica, seu qualitatum occultarum, seu mechanica, in philosophia experimentalis locum non habent. In hac philosophia, propositiones deducuntur ex phenomenis, et redduntur generales per inductionem»*.

L'adozione di questo metodo potrebbe essere positiva, consentendo di sfrondare il discorso giuridico da ipostasi e dogmi: «*hypotheses qualitatum occultarum in philosophia experimentalium locum non habent*».

La trasposizione del metodo della filosofia sperimentale al mondo giuridico, tuttavia, desta gravi perplessità.

Quel metodo, infatti, presuppone la distinzione tra l'indagine fenomenica e quella ontologica e dunque la diversità concettuale tra fenomeno e cosa in sé. Tale distinzione, sacrosanta nell'ambito delle scienze naturali, non ha alcun senso nelle scienze giuridiche, ove non esistono fenomeni e, per opposizione, cose in sé, ma esclusivamente idee.

Nel mondo delle idee giuridiche, vi sono alcune premesse concettuali, poste dal Legislatore, che non possono essere contraddette, mentre altre si prestano a essere svuotate, eluse o infrante. La necessità di conformarsi alle premesse legislative spiega che non si possono sostenere tesi in contraddizione con esse, ma ciò non significa che il sostenere delle tesi, non suffragate da quelle premesse, comporti un'indagine ontologica. Tale indagine, se funzionale alla chiarezza del discorso della dottrina e della giurisprudenza, ha una propria utilità concettuale, che si riverbera su quel fondamentale valore di civiltà che è la certezza del diritto. Quando, poi, si dimostra che la distinzione tra soggetto e oggetto è rilevante per la sussistenza dei diritti della personalità, allora anche l'utilità (*rectius* la necessità) disciplinare di quell'indagine, tutt'altro che metafisica, deve essere proclamata.

È vero che, ai fini della trascrizione, la qualità *occulta* del fondo, il suo essere soggetto o oggetto, è irrilevante. La pubblicità immobiliare, però, è soltanto uno dei settori normativi nel cui ambito di operatività i fondi comuni possono venirsi a trovare. Non si possono dimenticare il diritto dei contratti, quello successorio, il processo civile, di cognizione e di esecuzione.

Anche per essi, si potrebbe sostenere che valgano le medesime ragioni che portano a escludere l'opportunità scientifica dell'indagine sulla soggettività. Come è stato efficacemente rimarcato, «*l'alternatività tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale, tutta basata sul latente assunto che solo ed esclusivamente il soggetto (biologico o artificiale) può essere il termine di situazioni giuridiche attive o passive, non trova riscontro nella realtà giuridica e fattuale e deve essere radicalmente ridimensionata in favore di una concezione secondo cui le categorie evocate non solo non sono distanti, ma addirittura si pongono in relazione di interscambiabilità tra di esse*»³⁹⁹.

A nostro avviso, è questa innegabile «*interscambiabilità*», quest'omologia funzionale, a essere stata malamente intesa dalla dottrina.

Al termine del Capitolo II, abbiamo dimostrato che il patrimonio – primario o secondario – è, strutturalmente, sempre uguale a se stesso. Ragionare della diversa natura di questo o di quel patrimonio, come se essi fossero eterogenei, non ha senso. Esso sarà pur sempre un insieme di situazioni giuridiche, identificate sulla base di diversi criteri, soggettivi o

³⁹⁹ SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit.

oggettivi. Proprio per questo, abbiamo concluso che, quando il discorso giuridico indaga la natura (primaria o secondaria) del patrimonio, esso, in realtà, sta indagando la posizione del gestore⁴⁰⁰. Egli è titolare o no del diritto sul quale può compiere efficaci atti di disposizione?

Questa domanda, che, per una sineddoche, è la vera *sub-stantia* dell'interrogativo sulla natura del fondo, non può essere considerata un interrogativo ontologico o inutile. Anzi, soltanto se il gestore è anche un titolare, può immaginarsi che la sua estinzione apra una successione universale nella quale sarà coinvolta anche la situazione giuridica affidata alla sua gestione. Soltanto se il fondo comune è entificato, invece che acefalo, esso vanta i diritti della personalità. Per questo, mentre la natura del patrimonio è costante, le variabili, normativamente rilevanti, sono estrinseche, consistendo nelle posizioni del gestore e nella natura soggettiva o acefala dei predicati identificativi.

Stabilito questo, ne discende che la pretesa *«interscambiabilità»*, non potendo essere riferita ai patrimoni, sempre identici a se stessi, è, in realtà, in forza della suddetta sineddoche, attribuita alle posizioni del gestore, di cui, tuttavia, abbiamo dimostrato l'eterogeneità. Pertanto, l'*«interscambiabilità»*, essendo riferita a posizioni gestorie diverse, si riduce a un'omologia funzionale, intercorrente, ad esempio, tra colui che sia divenuto proprietario in virtù di un negozio fiduciario e il gestore del patrimonio acefalo. A tale omologia funzionale, non si accompagna un'identità strutturale e disciplinare.

L'interrogativo intorno alla titolarità del fondo comune d'investimento, allora, è tutt'altro che *«inutile»*, sebbene sia stato inutilmente *«drammatizzato»*⁴⁰¹ in merito alla trascrizione. Ad altri effetti, quell'interrogativo è inevitabile e impone la ricerca dei criteri che abbiamo elaborato per distinguere il patrimonio entificato, quello acefalo e quello separato (*rectius* la situazione dei relativi gestori e la natura dei predicati identificativi). Tra una tesi giurisprudenziale che assolutizza l'importanza del titolare, e un'antitesi dottrinale che ne assolutizza l'irrilevanza, proponiamo una sintesi che relativizzi i concetti, consentendone l'adeguamento alla mutevolezza del diritto positivo.

La necessità di semplificare il discorso giuridico e il conseguente rifiuto degli eccessi di analisi e delle superflue moltiplicazioni di enti, dunque, non possono spingersi sino a obliterare le distinzioni strutturali e disciplinari tra le diverse posizioni del gestore. È sufficiente anche una sola diversità disciplinare, come quella che abbiamo appena esemplificato in ambito successorio, per rendere l'indagine strutturale scientificamente imprescindibile.

La pubblicità immobiliare ha dunque causato, all'interno della discussione, un'illusione ottica. Se l'art. 36, comma 4 T.U.F. impone la separazione patrimoniale bilaterale; se quella separazione non è conseguibile, alla luce del principio di tipicità della trascrizione, mediante la pubblicità della destinazione, ma soltanto grazie a quella del trasferimento; allora il Testo

⁴⁰⁰ Capitolo II, § 16. Conclusioni su 'patrimonio' e 'soggetto'.

⁴⁰¹ I corsivi sono tratti da SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit.

Unico impone di configurare un trasferimento e di inquadrare il fondo come patrimonio distinto da ogni altro insieme di situazioni giuridiche.

L'argomentazione è pregevole, ma può essere estesa ad altri ambiti disciplinari soltanto dopo aver dimostrato che, anche in tali settori, il Testo Unico della Finanza impone un'unica soluzione. Ciò non solo è indimostrato, ma è contraddetto proprio dalle conseguenze disciplinari dell'estinzione della S.G.R., che non sono prescritte dal citato Testo Unico.

È quindi dimostrato che il soggetto è concettualmente e normativamente rilevante, sebbene non sia necessario, né sotto forma di gestore (es. eredità vacante), né sotto forma di titolare (es. fondi comuni d'investimento). Non possiamo quindi accettare di «[...] dichiarare [...] l'insufficienza o irrilevanza del soggetto [...]»⁴⁰². Esso è sufficiente, sebbene non necessario, all'identificazione dei diritti, e la sua esistenza è rilevante, mettendo capo a conseguenze normative diverse rispetto a quelle cagionate dalla sua assenza (es. diritti della personalità).

§ 11. Il fondo comune è distinto, «a tutti gli effetti», da ogni altro patrimonio.

Nel Capitolo II abbiamo evidenziato che l'omologia tra i due patrimoni primari e quello secondario, è, al contrario di quanto affermato in dottrina, soltanto parziale, limitandosi alla separazione dei creditori e dunque al regime della responsabilità patrimoniale. Pur non esistendo una funzione generale del patrimonio primario, esso ha tante funzioni quante quelle cui assolve il predicato che lo identifica. Perciò, mentre il patrimonio secondario rileva unicamente agli effetti dell'art. 2740, comma 2, il patrimonio primario rileva «a tutti gli effetti» (negozi, trascrizione, successione, processo)⁴⁰³.

L'espressione «a tutti gli effetti» non è stata qui riportata in corsivo per caso, ma per segnalare che essa corrisponde a una previsione normativa ben precisa, contenuta nell'art. 36, comma 4 T.U.F., secondo cui «ciascun fondo comune di investimento [...] costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società».

Questa «distinzione» – termine la cui genericità è stata sottolineata in dottrina, e di cui siamo ora in grado di apprezzare la precisa portata –, rilevando «a tutti gli effetti», dimostra che il fondo comune d'investimento è un patrimonio primario, composto di situazioni giuridiche che, essendo distinte a ogni effetto da quelle della S.G.R. («patrimonio della società di gestione»), non sono imputate a quest'ultima e non ne possono dunque integrare un patrimonio secondario.

⁴⁰² ALCARO, *Unità del patrimonio*, cit., p. 106; FERRO - LUZZI, *Un problema di metodo*, cit.; COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

⁴⁰³ Capitolo II, § 13. Profilo funzionale e profilo strutturale del distinguo tra il patrimonio entificato e il patrimonio acefalo. Le due accezioni del 'patrimonio'.

Chi ha immaginato un'entificazione monofunzionale ai soli effetti della trascrizione, o ha considerato assolutamente irrilevante la natura entificata o acefala del fondo, allora, non ha visto come tali teorie si scontrino con questa disposizione del Testo Unico, la quale impone che tutti i settori disciplinari attivati dai fondi comuni guardino a questi ultimi nel medesimo modo, al fine di evitare aporie o complicazioni interpretative. La distinzione concettuale dei diversi settori dell'ordinamento, infatti, non ne comporta l'indipendenza, giacché essi sono le componenti di un unitario sistema, la cui coerenza è in pericolo nel momento in cui a una stessa entità sono attribuite nature diverse.

Ciò che, tuttavia, ci si replicherà, è che la disposizione dell'art. 36, comma 4 vale anche per il comparto, il quale sarebbe quindi un patrimonio primario. Parimenti, ci si contesterà che le S.I.CA.V. e le S.I.CA.F. multicomparto non sarebbero titolari dei comparti e quindi dei propri patrimoni.

È soltanto per un'imprecisione normativa, però, che l'art. 36, comma 4 e l'art. 35 *bis*, comma 6, pongono sullo stesso piano il fondo e il patrimonio della S.I.CA.V. e della S.I.CA.F., da un lato, e il comparto, dall'altro. Difatti, delle due, l'una: o i comparti sono inclusi nel fondo e imputati alle citate società, costituendone dei patrimoni secondari, oppure essi sono distinti a ogni effetto, essendo dei patrimoni primari.

Le seguenti osservazioni ci consentiranno di escludere che i comparti siano dei patrimoni primari.

La S.I.CA.V. (o la S.I.CA.F.) non può essere titolare di più patrimoni primari: l'identità di titolare ne farebbe un patrimonio primario unico. L'unica alternativa, per salvare il carattere primario dei comparti, consiste nell'affermarne l'acefalia. La società non sarebbe titolare dei comparti e dunque del "proprio" patrimonio. Essa, pertanto, sarebbe un soggetto privo degli unici diritti di cui potrebbe essere titolare. Se ne dovrebbe dedurre che tali enti, pur avendo forma societaria, non essendo idonei alla titolarità dei diritti, non sarebbero dei soggetti, il che è assurdo. Di conseguenza, il comparto di tali società è un loro patrimonio separato.

Venendo ai fondi, osserviamo che è impossibile che un patrimonio primario sia composto da più patrimoni ugualmente primari. O il predicato identificativo (es. titolare) è unico, cosicché è unico il patrimonio, oppure vi sono più predicati, di modo che esistono diversi patrimoni primari.

È immaginabile una visione alternativa, secondo cui la divisione in comparti integra, non la ripartizione del fondo, ma il risultato della sua scissione. Pertanto, in luogo di un patrimonio primario (per l'appunto, il fondo), si costituirebbero diversi patrimoni primari (comparti). Così, quando l'art. 36, comma 4 T.U.F. discorre di «*comparto di uno stesso fondo*», il complemento di specificazione non indica né un'imputazione al fondo, né un'inclusione al suo interno, ma la derivazione da esso. Tuttavia, non si comprende perché utilizzare due termini diversi ('fondo' e 'comparto'), se, secondo l'ipotesi che stiamo esaminando, i due

patrimoni sono identici. Inoltre, se la creazione dei comparti implicasse l'estinzione dei fondi, allora si cristallizzerebbe la gestione collettiva del risparmio, costringendo gli operatori alla scissione dei fondi medesimi, valevole *«a tutti gli effetti»*, in luogo della mera separazione patrimoniale, ex art. 2740, comma 2 c.c. Infine, la disposizione conclusiva del comma 4, secondo cui *«la società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti»*, non riguardando i comparti, consentirebbe alla S.G.R. di utilizzare i beni inclusi in questi ultimi. Stante l'ipotizzata identità strutturale e funzionale dei fondi rispetto ai comparti, tale difformità disciplinare sarebbe assurda. I comparti dei fondi, dunque, non possono essere dei patrimoni primari.

Di conseguenza, sia il comparto delle S.I.C.A.V. e delle S.I.C.A.F., sia quello del fondo comune sono dei patrimoni secondari, rilevanti ai soli effetti dell'art. 2740, comma 2 c.c. Pertanto, l'espressione per cui i comparti sarebbero distinti *«a tutti gli effetti»* da ogni altro patrimonio è impropria.

A ciò si potrebbe obiettare che, se quell'espressione è impropria con riguardo al comparto, nulla esclude che essa sia tale anche con riferimento al fondo comune d'investimento. Il fondo, insomma, potrebbe essere un patrimonio separato della S.G.R. e non essere, dunque, un patrimonio primario. L'obiezione non regge alle seguenti considerazioni.

Sia il fondo, sia, per proprietà transitiva, ciascuno dei comparti di cui esso si compone sono distinti *«a tutti gli effetti»*, secondo l'art. 36 T.U.F., *«dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante [...]»*.

La distinzione del fondo (e quindi dei suoi comparti) dal patrimonio della S.G.R. fa del fondo stesso un patrimonio primario. Questo è un punto indiscutibile, cosicché è l'altro estremo della norma, ovvero sia il presunto carattere primario del comparto, a dover cedere.

Stabilito ciò, ricordando che i patrimoni primari non possono comprendere altri patrimoni della medesima qualità e rammentando che è inaccettabile l'interpretazione per cui il comparto dà luogo a un patrimonio primario scisso dal fondo di provenienza, non resta che concludere che il comparto medesimo è un patrimonio secondario.

Questo rende chiaro che l'art. 36, comma 4 ha una formulazione eccessivamente "compatta", sembrando porre sullo stesso piano due patrimoni che, in realtà, sono inclusi l'uno nell'altro e hanno dunque una diversa rilevanza disciplinare.

È quindi dimostrato che il significato della distinzione tra patrimonio primario e secondario sta nella diversa posizione del gestore; nel contempo, risulta provata l'importanza interpretativa delle espressioni normative con cui si stabilisca che i patrimoni sono *«distinti a tutti gli effetti»*.

CAPITOLO V

I PROFILI SOSTANZIALI DEI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

SOMMARIO: § 1. La centralità sistematica del rapporto tra la S.G.R. e i partecipanti al fondo. § 2. Il rapporto intercorrente tra i partecipanti al fondo e le S.G.R., di promozione e di gestione. § 3. La natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la S.G.R. di gestione. § 4. Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti. § 5. Le relazioni tra S.G.R., partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico e sulla rilevanza del soggetto quale criterio (non necessario) di identificazione delle situazioni giuridiche. § 6. I trasferimenti dei diritti nel fondo e dal fondo. La proprietà. § 7. La sostituzione della S.G.R. di gestione. Le deleghe di funzioni ex art. 33 T.U.F. § 8. La trascrizione. La fusione dei fondi. I comparti. § 9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi. § 10. I diritti, inclusi nel fondo, verso i terzi. § 11. La banca depositaria. § 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.

§ 1. La centralità sistematica del rapporto tra la S.G.R. e i partecipanti al fondo.

Nel tessuto normativo del Testo Unico della Finanza, il rapporto centrale è quello tra la S.G.R. e i partecipanti. Poco è detto riguardo ai terzi (art. 36, comma 4, che concerne i soli creditori). Quanto al fondo, poi, si è dimostrato che esso consiste in un patrimonio acefalo.

A conferma della centralità sistematica del rapporto tra la società di gestione e i partecipanti, è sufficiente ricordare l'art. 1, lett. j) e k) T.U.F., secondo cui il fondo è un patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito in monte da un gestore, nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi (ciò che riecheggia nell'art. 36), secondo una politica d'investimento predeterminata da un regolamento (art. 37), l'adesione al quale comporta, in capo alla S.G.R., l'assunzione degli obblighi e delle responsabilità del mandatario (art. 36)⁴⁰⁴. L'art. 35 *decies*, poi, stabilisce che «*le S.G.R. [...] a) operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli O.I.C.R. gestiti, dei relativi partecipanti e dell'integrità*

⁴⁰⁴ Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015, Titolo V.1.13, punto 4.2: «*la partecipazione al fondo comune si realizza tramite sottoscrizione delle quote del fondo ovvero acquisto a qualsiasi titolo del certificato rappresentativo delle stesse*». Come chiarito da AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 149, infatti, «*l'investitore perfeziona la sua partecipazione al fondo tramite l'adesione al regolamento*».

del mercato; b) si organizzano in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti e, in situazioni di conflitto, agiscono in modo da assicurare comunque un equo trattamento degli O.I.C.R. gestiti; [...] d) assicurano la parità di trattamento nei confronti di tutti i partecipanti a uno stesso O.I.C.R. [...]».

Il nucleo di questo fondamentale rapporto, il suo centro di gravità, è il fondo che, in quanto acefalo, è sospeso in un limbo tra i due poli della gestione (S.G.R.) e dell'interesse (investitori). L'acefalia del fondo è funzionale proprio alla conservazione dell'equilibrio tra questi due poli, a evitare, cioè, che le situazioni giuridiche di cui si compone scivolino troppo verso la società, con lesione dell'«interesse» dei partecipanti, o troppo verso questi ultimi, con conseguente *vulnus* all'«indipendenza» della S.G.R. e dunque alla sua efficienza gestionale e, in ultima istanza, al perseguimento dello stesso interesse degli investitori.

Pertanto, nella costruzione del rapporto intercorrente tra società e partecipanti, è necessario tenere presente la contraddizione tra funzione e struttura. Se è vero, infatti, che il perseguimento dell'interesse degli investitori è possibile solo se è loro interdetto di ingerirsi nel “governo tecnico del fondo”⁴⁰⁵ – cosicché si potrebbe dire che i partecipanti debbano essere protetti da se stessi – è altrettanto chiaro che ciò non può escludere che essi dispongano di strumenti di tutela tali da garantire l'*enforcement* dell'obbligo della S.G.R. di agire diligentemente ed esclusivamente nel loro interesse.

Occorrerà quindi trovare un punto di equilibrio tra questi due poli, così da evitare che i partecipanti possano impedire il funzionamento del fondo e che la S.G.R. possa esercitare indisturbata i poteri di cui dispone, sviandoli dall'obiettivo cui devono sempre rimanere strumentali.

La costruzione dei profili sostanziali e processuali dovrà ispirarsi a questo criterio interpretativo.

§ 2. Il rapporto intercorrente tra i partecipanti al fondo e le S.G.R., di promozione e di gestione.

È necessario verificare, anzitutto, se le posizioni della S.G.R. di promozione e di quella di gestione sono identiche⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ L'indipendenza della S.G.R. sembra soffrire di una deroga a causa dell'art. 37, comma 3 T.U.F., secondo cui «il regolamento dei fondi chiusi diversi dai F.I.A. riservati prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore». Come è facile notare, l'eccezione è soltanto apparente, giacché i partecipanti non possono ingerirsi nelle operazioni di gestione, ma soltanto deliberare la sostituzione con altro gestore, al fine, ovviamente, di mutare l'andamento della gestione medesima.

Una vera e propria deroga all'indipendenza della S.G.R. era invece prevista dalla precedente formulazione dell'art. 37, comma 2 *bis* T.U.F., secondo cui doveva essere prevista, per i fondi chiusi, la possibilità per i partecipanti di riunirsi in assemblea al fine di adottare delibere vincolanti per la S.G.R. in punto di: sua sostituzione; modifica della politica di investimento; richiesta di quotazione delle quote. Ne dà conto AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 149.

⁴⁰⁶ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., pp. 145-146: «la S.G.R. di promozione si occupa della gestione amministrativa dei rapporti con i partecipanti al fondo e predispone, con le strutture

L'attuale art. 36, comma 3 T.U.F. esclude questa interpretazione, sancendo che *«la S.G.R. che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario»*. La congiunzione «e», che separa la S.G.R. di promozione da quella di gestione, dimostra che la responsabilità sussiste soltanto nei confronti della società che, promotrice o no, è incaricata della gestione del fondo. Di conseguenza, la società di sola promozione risponde, secondo i principi generali, esclusivamente dei propri atti, non invece di quelli inerenti alle scelte di investimento e disinvestimento compiute dalla S.G.R. di gestione.

Ciò è confermato dal confronto della disposizione appena citata con il previgente art. 36, comma 5 T.U.F.: *«la società promotrice e il gestore assumono solidamente verso i partecipanti al fondo gli obblighi e le responsabilità del mandatario»*. La dottrina riteneva che, alla luce di quella disposizione, non vi fosse alcuna limitazione di responsabilità della S.G.R. di promozione e di quella di gestione nei confronti dei partecipanti al fondo⁴⁰⁷. La congiunzione «e», che univa le due S.G.R., e ancor di più la previsione di una loro responsabilità solidale, dimostravano la correttezza di quell'interpretazione.

Tuttavia, il Legislatore – con l'introduzione dell'attuale art. 36, comma 3 T.U.F., avvenuta mediante l'art. 4, comma 6, D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 44 – ha compiuto una palese inversione di rotta: gli obblighi e le responsabilità delle due S.G.R. non sono più solidali.

Pertanto, nelle controversie con i partecipanti al fondo, la *«giusta parte»* dipenderà da qual è l'oggetto processuale dedotto. Se quell'oggetto consiste nel risarcimento dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi inerenti ai flussi informativi, dovrà essere convenuta la S.G.R. di promozione; qualora, invece, l'investitore si dolga delle scelte d'investimento o il terzo intenda aggredire beni inclusi nel fondo, dovrà essere citata in giudizio la società incaricata della gestione.

In ogni caso, il rapporto sostanziale tra i partecipanti e ciascuna S.G.R., sia essa di promozione o di gestione, ha natura contrattuale. Difatti, quel rapporto trae la propria origine dall'adesione al regolamento del fondo, e dunque da un accordo a contenuto patrimoniale.

del collocamento (proprie o di terzi), adeguati flussi informativi per garantire sicurezza e celerità nelle operazioni di investimento e disinvestimento richieste dai partecipanti. L'attività della S.G.R. di gestione consiste principalmente nell'effettuare le scelte di investimento e disinvestimento per conto dei fondi gestiti [...].»

⁴⁰⁷ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 146: *«la presenza di due figure [...] non comporta, nei confronti dei partecipanti, alcuna limitazione di responsabilità in favore di una delle due. L'art. 36, comma 5 [...] stabilisce, infatti, che entrambe le S.G.R. assumono solidalmente, verso i partecipanti al fondo, gli obblighi e le responsabilità del mandatario»*. Il comma 5 citato da questo contributo, tuttavia, ha un contenuto ora incluso nel comma 3 dell'art. 36, il quale, peraltro, non precisa più che la responsabilità delle due S.G.R. è solidale.

L'adozione del modello organizzativo duale – ossia la distinzione tra promozione e gestione – e la sostituzione del gestore *ex art. 37, comma 3 T.U.F.*⁴⁰⁸, se intervenute dopo l'adesione, comportano la successione nei contratti precedentemente intercorrenti tra la società e gli investitori.

Da ciò si ricava anche che la S.G.R. di promozione intrattiene rapporti giuridici sostanziali soltanto con la società di gestione e con i partecipanti al fondo, mentre i terzi entrano in contatto esclusivamente con la società di gestione.

Non è allora corretta l'impostazione della Corte di Cassazione⁴⁰⁹, la quale, dopo aver escluso l'ammissibilità di un patrimonio acefalo e aver ritenuto che la separazione patrimoniale è «*la soluzione che meglio sembra rispondere alle esigenze sottese alla costituzione dei fondi comuni d'investimento e che trova più solidi agganci nella relativa disciplina*»⁴¹⁰, ha affermato che la titolarità formale dei beni permane in capo alla S.G.R. che ha istituito il fondo, cosicché «*ove la società promotrice non coincida col gestore, la suddetta titolarità formale, al pari della legittimazione anche processuale che ne consegue, spettano alla prima [...]*».

Una volta sgombrato il campo dagli equivoci cagionati dalla titolarità formale e da quella sostanziale, è possibile scorgere un qualcosa che dovrebbe essere lapalissiano, ossia che la società di promozione è titolare unicamente degli obblighi di promuovere il fondo e di curare le relazioni amministrative con i suoi partecipanti. La gestione del fondo e quindi la legittimazione sostanziale a disporne, al contrario, sono attribuite unicamente alla S.G.R. di gestione, cosicché, come vedremo nel prossimo capitolo, soltanto quest'ultima è legittimata processuale nelle controversie con i terzi.

La S.G.R. di promozione, infatti, non ha alcun rapporto sostanziale con i terzi stessi, né ha una legittimazione sostanziale che possa fungere da base a quella processuale riguardo alla gestione delle situazioni giuridiche incluse nel fondo comune di investimento.

Emerge in modo ancor più prorompente la pericolosità del linguaggio metaforico della Corte di Cassazione⁴¹¹ e la necessità di abbandonarlo quanto prima per fare chiarezza e creare soluzioni pratiche efficienti e coerenti col diritto positivo.

⁴⁰⁸ L'art. 1, lett. q-*bis*, stabilisce che per 'gestore' si intende «*la S.G.R., la S.I.C.A.V. e la S.I.C.A.F. che gestiscono direttamente i propri patrimoni*», cosicché la sostituzione, prevista dall'art. 37, può riguardare soltanto la S.G.R. di gestione, non quella di promozione.

⁴⁰⁹ Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*

⁴¹⁰ Ciò che, a ben guardare, corrisponde a un metodo incentrato sugli argomenti funzionali, piuttosto che adagiato su quelli strutturali e sui dogmi. Pertanto, non sembra che si possa accusare la Suprema Corte di essere incorsa in un'inversione metodologica, quanto piuttosto di aver poggato le proprie argomentazioni su asserzioni indimostrate, prima tra tutte l'inammissibilità dell'acefalia.

⁴¹¹ Viene alla mente il monito di CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p.187, secondo cui, se le metafore «*hanno reso dei servizi alla scienza, le hanno fatto correre dei pericoli se pure non le hanno cagionato dei guai*».

§ 3. La natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la S.G.R. di gestione.

Alla luce della circostanza per cui la gestione è effettuata nell'interesse dei partecipanti, il rapporto sostanziale tra la società di gestione e questi ultimi potrebbe essere astrattamente inquadrato in diverse categorie: mandato con o senza rappresentanza, *fiducia cum creditore*, *fiducia cum amico*, fiducia germanistica, diritto di credito.

Deve subito escludersi che si tratti di un mandato con o senza rappresentanza.

La volontà del mandante e del rappresentato è rilevante per il mandatario (art. 1711 c.c.) e il rappresentante (art. 1388 c.c.)⁴¹². Al contrario, la S.G.R. è indipendente dai partecipanti al fondo. Inoltre, sia nel mandato, sia nella rappresentanza, la legittimazione sostanziale a disporre, attribuita al “gestore”, non sostituisce, ma si aggiunge a quella del *dominus*, che, pur con le dovute cautele, può continuare a compiere atti di disposizione del diritto (artt. 1716, comma 2 e 1729 c.c.). Il potere di disposizione non spetta ai partecipanti, ma, *ex artt. 1, lett k) e 36, comma 3 T.U.F.*, alla sola S.G.R. Per di più, abbiamo già dimostrato che i diritti inclusi nel fondo sono privi di titolare, cosicché manca un soggetto che possa dirsi rappresentato.

Si deve quindi escludere che il rapporto intercorrente tra i partecipanti al fondo e la società di gestione sia riconducibile al mandato e alla rappresentanza.

Né miglior sorte potrà avere il tentativo di qualificare quel rapporto in termini fiduciari⁴¹³.

⁴¹² È vero che la procura conferisce la rappresentanza e non impone alcun obbligo di compimento degli atti, ma è altrettanto noto che essa fissa anche i poteri che possono essere esercitati dal rappresentante. Nel caso della S.G.R., invece, tali poteri non sono determinabili da parte dell'investitore.

⁴¹³ Si dice ‘fiduciario’ il negozio con cui un soggetto, detto ‘fiduciante’, si accorda con un altro soggetto, detto ‘fiduciario’, affinché il primo trasferisca la piena proprietà di un bene al secondo, il quale dovrà amministrarlo e restituirlo al fiduciante o trasferirlo a un terzo da lui indicato. Al riguardo: PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, pp. 1 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 418; S. ROMANO, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980, pp. 1267 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, proseguito da Mengoni, Milano, 1988, p. 421; TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Roma, 1990, pp. 32 ss.; CARNEVALI, voce *Negozio giuridico*, III, *Negozio fiduciario*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990; AA.VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991; GALGANO, *Commento sub art. 1414*, in GALGANO, PECCENINI, FRANZONI, MEMMO, CAVALLO BORGIA, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1998, pp. 9-10 e 30 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 711; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 982; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 179 ss.; BETTI, *Teoria generale*, cit., pp. 298 ss. e 315 ss.; SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2009, pp. 200 ss.

L'amministrazione può essere ‘statica’, ove il bene da amministrare e trasferire è quello ricevuto, o ‘dinamica’, qualora il bene ricevuto possa essere alienato e reinvestito, trasferendosi poi il capitale così ricavato: GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 982.

Non bisogna confondere la fiducia (statica o dinamica) con l'amministrazione (statica o dinamica). Nella fiducia statica il bene appartiene già al fiduciario che, con il *pactum fiduciae*, si obbliga ad amministrarlo secondo le sue istruzioni; nella fiducia dinamica, invece, il bene viene trasferito dal fiduciante al fiduciario. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., pp. 9-10, elenca alcune figure che consentono di attuare l'interposizione di persona, ossia «la frapposizione di uno schermo tra l'interessato e i terzi»: 1) interposizione fittizia statica, in cui si verifica una simulazione assoluta; 2) interposizione

Quanto alla *fiducia cum creditore*, essa è identificata da una funzione di garanzia del credito vantato dal fiduciario⁴¹⁴, credito di cui non si rinviene traccia alcuna in capo alla S.G.R., eccezion fatta per il pagamento delle provvigioni (art. 37, comma 2, lett. g), che però è corrispettivo al servizio di gestione del fondo, ciò che esclude una sua funzione di garanzia.

La *fiducia cum amico* sembra configurabile poiché il suddetto trasferimento consente al gestore di disporre del diritto⁴¹⁵. Tuttavia, considerando che il diritto non è imputato alla S.G.R., ma diviene acefalo, non è utilizzabile lo schema della cessione del diritto con effetti *erga omnes*, limitati funzionalmente, secondo il tradizionale inquadramento della *fiducia cum amico*, dal *pactum fiduciae*, efficace soltanto *inter partes*⁴¹⁶, né il fenomeno può essere ricondotto alle più moderne spiegazioni del negozio fiduciario⁴¹⁷.

fittizia dinamica, che costituisce una simulazione soggettivamente relativa in quanto l'interessato acquista un bene utilizzando il nome altrui in modo da celare ai terzi l'acquisto; 3) interposizione reale con contratto fiduciario, distinguendosi poi tra fiducia statica e dinamica; 4) interposizione reale mediante mandato senza rappresentanza.

Ove si ragioni di amministrazione, invece, ci si pone sul diverso piano dell'identità del bene trasferito rispetto a quello restituito.

⁴¹⁴ Nella '*fiducia cum creditore*' (o a scopo di garanzia), il mutuante viene garantito dalla proprietà di un bene che il debitore gli trasferisce. La *figura* pone ovviamente problemi in relazione al divieto del patto commissorio. V. gli Autori citati alla nota 413.

⁴¹⁵ L'esigenza che sta alla base di questo istituto è quella di nascondere ai terzi la proprietà di un bene che potrebbe essere aggredito o confiscato, affidandone la gestione a un altro soggetto: GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, p. 35; BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, pp. 712-713.

Storicamente, il bene era celato alla pubblica autorità: BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, p. 711: «al negozio fiduciario si è [...] fatto ricorso in tempi di persecuzioni politiche o religiose». Lo stesso fenomeno si è verificato in Inghilterra con l'elaborazione del *trust*, in particolare a partire dal regno di Enrico VIII, che vietò l'omologo funzionale precedente, ossia lo *use* – spesso sfruttato per sottrarre beni all'imposizione fiscale sempre più pressante in un periodo di ristrettezze erariali – ove non venissero imposti doveri al fiduciario (*Statute of uses*).

⁴¹⁶ Il contratto fiduciario è accostabile al negozio indiretto, in quanto, alla causa tipica del tipo negoziale prescelto (ad es. vendita), si aggiunge un ulteriore scopo, avuto di mira dalle parti e rispetto al quale l'amministrazione del bene è strumentale. Secondo BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, p. 711: «il negozio fiduciario è il negozio mediante il quale un soggetto [...] aliena un diritto per uno scopo ulteriore che l'alienatario [...] si obbliga a realizzare [...]».

GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, p. 39, chiarisce che, nel negozio indiretto e «a differenza che nel contratto fiduciario, il diverso scopo risulta realizzabile in forza del solo contratto utilizzato, senza necessità di un separato patto che lo pieghi alla funzione voluta dalle parti»; l'analogia tra le due specie negoziali è poi suffragata dall'Autore considerando che entrambi incontrano il limite rappresentato dalla nullità contrattuale per frode alla Legge, di cui all'art. 1344 c.c.

SANTORO, *Il trust in Italia, cit.*, pp. 206 ss., sostenendo la tesi per cui la fiducia consiste, non in due negozi collegati, ma in un negozio unitario costitutivo di una proprietà fiduciaria, riconduce tale contratto al *genus* dei negozi indiretti.

La conferma di ciò si trae anche dalla disciplina applicabile alla violazione della fiducia e dunque all'alienazione da parte del fiduciario ai terzi, verso i quali il fiduciante non vanta alcuna azione reale, potendo esclusivamente agire *ex art. 2043 c.c.* verso l'acquirente di mala fede per il risarcimento del danno conseguente alla cooperazione nell'inadempimento del contratto: BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, p. 713; GAZZONI, *Manuale, cit.*, p. 983.

⁴¹⁷ L'inquadramento del negozio fiduciario è stato oggetto di discussione in dottrina, soprattutto a partire dalla dialettica tra Ascarelli e Santoro Passarelli: il primo sosteneva che il negozio fiduciario, al pari del negozio indiretto, mirasse alla realizzazione di uno scopo ulteriore rispetto a quello costituente la funzione economico-sociale del contratto; il secondo, pur ammettendo l'esistenza economica di tali fenomeni, negava che essi potessero dar luogo a una categoria giuridica, dato che lo scopo ulteriore, o si risolveva nella causa, o ne risultava escluso, consistendo in un mero motivo, in quanto tale irrilevante, salva l'ipotesi di illiceità bilaterale. Per questa discussione: ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, pp. 462-477; SANTORO

Difatti, l'inclusione nel fondo innesca automaticamente l'operatività della disciplina del Testo Unico, con conseguenze *erga omnes* che prescindono da eventuali patti. Così, il fatto che i diritti debbano essere gestiti dalla S.G.R. nell'esclusivo interesse dei partecipanti vale per qualsiasi terzo a prescindere da qualsiasi forma di pubblicità⁴¹⁸.

Ciò potrebbe indurre a sospettare la presenza di una fiducia germanistica⁴¹⁹, secondo un'architettura già adottata nell'ordinamento italiano in tema di società fiduciarie⁴²⁰, ove a

PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, pp. 753 ss.

Le critiche di Santoro Passarelli, fondate su di un *tertium non datur* per cui non vi sono inquadramenti ulteriori rispetto alla funzione economico-sociale e al motivo, non reggono nell'attuale contesto dottrinale e giurisprudenziale in cui, accanto alla causa in astratto, si è teorizzata la cd. causa in concreto, definita quale funzione economico-individuale del negozio, funzione che appunto si aggiungerebbe a quella sociale, fondando così l'autonomia concettuale del negozio indiretto e di quello fiduciario. Difatti, GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, p. 35, per identificare la *causa fiduciae*, afferma la necessità di fare riferimento alla distinzione tra causa in astratto e in concreto.

Messi da parte i dubbi sull'ammissibilità di tali categorie, la dottrina si è concentrata sulla struttura del negozio fiduciario.

La spiegazione tradizionalmente offerta è la seguente: vi sarebbe un contratto tipico, ad esempio una vendita, collegata a un *pactum fiduciae*, che limiterebbe *inter partes* i poteri insiti nel diritto trasferito con il primo negozio. Il contratto tipico a effetti reali, pertanto, sarebbe eccessivo rispetto allo scopo perseguito, cosicché, per mezzo del *pactum*, al quale sarebbe stretto da un collegamento negoziale, le parti ne ridurrebbero la portata in via obbligatoria entro i limiti delle esigenze che intendono soddisfare. L'opinione tradizionale è ricordata da: GALGANO, *Il negozio giuridico, cit.*, II, p. 459; BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, p. 712; ZATTI, *Manuale, cit.*, p. 611. BETTI, *Teoria generale, cit.*, p. 315, riassume nei seguenti termini il problema posto dalla fiducia romanistica: «*il problema sorge [...] dalla discrepanza tra potere e dovere del fiduciario (dovere corrispondente all'interesse del fiduciante), e mira ad attenuarla o a rimuoverla obbedendo all'esigenza di subordinare e adeguare il potere al dovere nell'esercizio del diritto*».

GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, pp. 33-34, ricorda che questa concezione deriva direttamente dalla Pandettistica. Tra i primi sostenitori italiani di tale teoria vi è senza dubbio FERRARA SEN., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, pp. 57 ss., che definiva il negozio fiduciario come quel contratto «*che va oltre lo scopo delle parti [...], presta più conseguenze giuridiche che non sarebbe necessario per ottenere quel fine determinato*».

In senso contrario si osserva che il mezzo non è eccessivo rispetto allo scopo, poiché quest'ultimo non potrebbe realizzarsi se non mediante l'attribuzione al fiduciario della titolarità del diritto reale: GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, in *Rivista diritto commerciale*, 1936, I, p. 364; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 90; GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, pp. 72 ss. Difatti, nel caso di interposizione reale di persona, lo scopo del fiduciante, che è quello di non apparire quale proprietario del bene, è conseguibile solo trasferendo il diritto al fiduciario (GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, pp. 34-35).

Il compito di amministrare il bene, allora, non costituisce lo scopo del negozio fiduciario, ma un *minus*, un elemento accessorio rispetto ad esso, cosicché tale specie negoziale andrebbe definita come quel contratto con il quale le parti perseguono uno scopo diverso dalla causa del tipo adottato, avendo il patto fiduciario «*la funzione di piegare il contratto prescelto alla realizzazione dello scopo perseguito*» (GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, p. 35).

È prevalso un diverso inquadramento: ci si troverebbe di fronte a un negozio traslativo a causa esterna, costituente l'esecuzione del patto fiduciario: GAZZONI, *Manuale, cit.*, p. 983. A dire di BETTI, *Teoria generale, cit.*, p. 316: «*il complesso rapporto risulta normalmente dalla interferenza di un atto di disposizione per sé astratto e di un negozio obbligatorio causale, che assegna altresì al primo la causa giustificativa*».

Come attestato da BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, p. 713, i dubbi sulla causa di tale patto, inerenti all'identificazione e alla *suffisance* di essa, sono superati da una giurisprudenza che ammette pacificamente la validità del negozio fiduciario.

⁴¹⁸ In questo senso, v. GALLARATI, *La trascrizione degli acquisti immobiliari perfezionati da S.G.R. e Trustee per conto di fondi privi (o meno?) di soggettività giuridica. Soluzioni non univoche*, in *Dirittobancario.it*, 30, 2016, p. 4.

⁴¹⁹ Quella che abbiamo descritto sinora è la fiducia romanistica, caratterizzata dal trasferimento della proprietà, funzionale all'esecuzione di atti di amministrazione che discendono da un patto avente efficacia esclusivamente *inter partes*, la violazione del quale consente l'attivazione di rimedi

queste ultime è attribuita esclusivamente la legittimazione a disporre del diritto, mentre i

esclusivamente personali, stante la validità e l'efficacia degli atti con i quali il fiduciario abbia abusato della propria posizione: ZATTI, *Manuale, cit.*, p. 611; GAZZONI, *Manuale, cit.*, pp. 983-984.

BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, pp. 713-714, distingue, tra i terzi, gli aventi causa dal fiduciario e i creditori di lui. Ai primi il *pactum fiduciae* non potrebbe essere opposto in quanto *res inter alios acta*, mentre ai secondi, applicandosi analogicamente l'art. 1707 c.c., sarebbe opponibile ove risultante da atto di data certa anteriore al pignoramento oppure qualora, trattandosi di immobili, sia anteriore al pignoramento della domanda giudiziale ex artt. 2932 e 2652, n. 2 c.c.

BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, pp. 712, nota 64, sottolinea, infatti, che la possibilità di abuso ha distinto la fiducia di tipo romano.

Al contrario, nella tradizione germanica, al fiduciario, in vista dell'esecuzione dell'incarico di amministrazione, viene attribuita o una proprietà fiduciaria, ovvero sia un diritto reale che può esercitarsi nel solo interesse del fiduciante, oppure una proprietà ordinaria sottoposta a una condizione risolutiva in cui è dedotta la violazione dei doveri imposti al fiduciario: in ogni caso, non vi è alcuna eccedenza del mezzo rispetto allo scopo, dato che i poteri del fiduciario corrispondono agli scopi della complessiva operazione. In questo senso SANTORO, *Il trust in Italia, cit.*, pp. 204 ss.

⁴²⁰ La fiducia germanistica è alla base della costruzione normativa delle società fiduciarie, di cui alla Legge 23 novembre 1939, n. 1966, il cui articolo 1 le definisce come di seguito: «sono società fiduciarie [...] quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni»

Sulle società fiduciarie: CARNEVALI, voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di Irti, I, 1980, p. 455; CORSINI, *Società fiduciarie e possesso azionario*, Milano, 1989; NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, pp. 203 ss.; FERRO LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 53; CERADI, *Ricerca sulle attività e sulle società fiduciarie*, Roma, 1994; DI MAIO, *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995, pp. 65 ss.; MERUZZI, *Intestazione a società fiduciarie di titoli azionari*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da Galgano, Torino, 1997, pp. 89 ss.; MARICONDA, *Le obbligazioni della società fiduciaria*, in *Corriere giuridico*, 1997, 10, p. 1189; CARNEVALI, *Beni amministrati da società fiduciarie e separazione dei patrimoni*, in nota a Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contratti*, 1998, pp. 23 ss.; GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, pp. 31-33; GAZZONI, *Manuale, cit.*, p. 984.

L'inquadramento dell'intestazione dei beni della società fiduciaria nello schema della fiducia germanistica è tuttora prevalente e implica che i creditori della società non possano aggredire i titoli ad essa intestati per conto terzi e altresì che i fiducianti possano agire in rivendica contro gli aventi causa della società per recuperare i beni che la stessa abbia alienato in assenza del relativo mandato: DI MAIO, *Il contratto fiduciario*, 1979, pp. 36 ss.; CARNEVALI, voce *Intestazione fiduciaria, cit.*, pp. 461 ss.

Questo orientamento è stato contestato da alcuni Autori: le normative rilevanti avrebbero natura fiscale e non potrebbero suffragare la ricostruzione civilistica prevalente che riconduce il rapporto tra fiduciante e società fiduciaria al mandato senza rappresentanza. È stato infatti rimarcato che, a differenza di quanto accade col negozio fiduciario, la Legge prevede, in capo alla società di cui stiamo discorrendo, una proprietà fiduciaria: non vi sarebbe una duplicità di contratti funzionalmente collegati o dei quali l'uno costituirebbe l'esecuzione dell'altro, ma un unico contratto, costitutivo della proprietà fiduciaria in capo alla società. Non vi sarebbe dunque alcuno spazio per un mandato senza rappresentanza, giacché le modalità di amministrazione e gestione della cosa sarebbero regolate da un unico titolo, costitutivo di un diritto reale tipico e quindi analogo a quelli aventi efficacia costitutivo-derivativa dell'enfiteusi e della servitù ex artt. 957 e 1063 c.c. Per queste osservazioni: GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, p. 38.

SANTORO, *Il trust in Italia, cit.*, p. 205, sottolinea poi l'errore, in cui è incorsa molta dottrina italiana, con cui si è assimilata la fiducia germanistica, consistente nella costituzione di una proprietà fiduciaria o nel trasferimento di una proprietà risolubile, con un altro tipo di fiducia, pure conosciuta dall'ordinamento tedesco, integrata dal mandato senza rappresentanza, con cui si trasferisce la sola legittimazione negoziale.

Infine, occorre ricordare che si è sviluppata una presunzione giurisprudenziale per la quale, stante l'estraneità di tale modello rispetto alla nostra tradizione giuridica, il trasferimento fiduciario di azioni fa presumere il trasferimento della proprietà, salvo che si dimostri l'intenzione di attribuire al fiduciario, mediante la sua immissione nel possesso dei titoli, la sola legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati in questi ultimi: GAZZONI, *Manuale, cit.*, p. 984, che cita Cass., sez. I, 16 novembre 2001, n. 14375, in *Giur. it.* 2002, 780. In senso conforme: Corte appello Milano, 3 luglio 1992, in *Vita not.* 1993, 1484; Cass., sez. II, 6 maggio 2005, n. 9402, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 5; Cass., sez. I, 10 aprile 2013, n. 8682, in *Giust. Civ. Mass.* 2013; Cass., sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

poteri di godimento permangono in capo al fiduciante⁴²¹. Proprio quest'ultima notazione, tuttavia, esclude la prospettabilità di una fiducia siffatta. I partecipanti al fondo, infatti, non possono continuare a godere dei diritti conferiti.

Non resta, dunque, che il diritto di credito⁴²², concetto generale e perciò maggiormente adattabile a nuovi fenomeni, sebbene foriero di corollari meno precisi rispetto a quelli che discenderebbero dalle categorie sin qui escluse.

La tesi della sussistenza del diritto di credito, oltre che dall'esclusione delle *figurae* "concorrenti", è avvalorata dall'art. 36, comma 3, secondo cui la S.G.R. incaricata della gestione assume, nei confronti dei partecipanti, gli obblighi e le responsabilità del mandatario. A questa situazione della società deve allora essere correlativa una situazione giuridica favorevole in capo agli investitori. Tale situazione è quindi soggettiva. Essa ha ad oggetto l'esecuzione di una prestazione ed è efficace *in personam*, cosicché integra un diritto di credito.

In senso contrario non si potrebbe sostenere che l'ufficio gestorio della S.G.R. consiste in dei doveri, rispetto ai quali i partecipanti non vanterebbero alcun diritto soggettivo. Una tale interpretazione farebbe della S.G.R. un soggetto investito di una pubblica funzione, quasi al pari di un curatore fallimentare, non tenendo in considerazione né il fatto che la società agisce per il soddisfacimento di interessi privati (pur nel rispetto dell'interesse «dell'integrità del mercato»: art. 35 *decies* T.U.F.), né la circostanza per cui la S.G.R. assume gli obblighi e le responsabilità del mandatario verso gli investitori (art. 36, comma 3 T.U.F.).

⁴²¹ Difatti, la ricostruzione di Santoro, esposta alla nota 419, è opposta da quanti sostengono che, nella fiducia germanistica, al fiduciario sarebbe attribuita la mera legittimazione a disporre, cosicché il diritto reale permarrrebbe in capo al fiduciante: DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, VIII, 1992, pp. 288 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 713 ss.; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 984.

SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., pp. 202 e 204, riferisce un'interessante tesi dottrinale tedesca – quella di SCHLESS, *Mittelbare Stellvertretung und Treuband*, Lipsia, 1931 – secondo cui anche l'acquisto del fiduciario di stampo romanistico potrebbe essere limitato con efficacia reale mediante l'apposizione di una condizione risolutiva, cosicché le due fiducie potrebbero essere ricondotte ad un unico istituto. Per un riavvicinamento delle due fiducie si era espresso, seppure in termini diversi, anche PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 226 ss. Egli riteneva che la distinzione tra fiducia germanistica e romanistica si fosse assottigliata in virtù dell'introduzione dell'art. 2932 c.c., cosicché, mentre nel modello germanistico il trasferimento della proprietà al fiduciante è automatico, in quella romanistica sarebbe ottenibile mediante il processo.

In ogni caso, quale che sia la ricostruzione della fiducia germanistica, non vi è alcuna eccedenza del mezzo rispetto allo scopo: i poteri del fiduciario corrispondono agli scopi della complessiva operazione. È questo inquadramento sostenuto da SCHULTZE, *Treubander*, *Estratto dagli Jhering's Jahrbucher für die dogmatik des bürgerlichen rechts*, XLIII, Jena, 1901, p. 10, richiamato da SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., p. 204.

⁴²² La tesi del diritto di credito è quella più diffusa in dottrina, come attestato da AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 150.

Per la configurabilità di un diritto di credito si è espresso, tra l'altro, COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010, pp. 204 ss., che, come chiarito dal CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, ha utilizzato il termine 'credito' in senso lato, intendendo riferirsi a un rapporto di partecipazione. Per la sussistenza di tale rapporto, si veda FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo*, cit., pp. 751 ss.

§ 4. Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti.

Le obbligazioni intercorrenti tra la S.G.R. e il partecipante al fondo sono due.

In primo luogo, dal punto di vista cronologico, vi è l'obbligo di *best execution*, per cui la S.G.R., nella gestione del fondo, deve agire nell'esclusivo interesse dei partecipanti (artt. 1, lett. j e k, 35 *decies*, 36 T.U.F.: *duty of loyalty* e, più precisamente, *no conflict rule*), adottando una diligenza qualificata (art. 35 *decies: duty of care*)⁴²³, in modo da incrementare il più possibile il valore del fondo.

Vi è poi una seconda obbligazione: la liquidazione integrale della quota al momento della sua richiesta da parte dell'investitore (fondi aperti), o alla scadenza del termine stabilito dal regolamento (fondi chiusi).

Le due obbligazioni sono strutturalmente distinte, ma teleologicamente dipendenti, giacché l'adempimento della prima è strumentale all'esecuzione della seconda.

La relazione di strumentalità tra le obbligazioni non è una novità⁴²⁴ e, anzi, da tempo solleva non poche perplessità, essendosi sviluppate tre teorie. Secondo una prima opinione, l'obbligazione strumentale non avrebbe alcuna rilevanza giuridica. A parere di altri Autori, invece, l'obbligo strumentale e dunque la fase preparatoria dell'adempimento non rilevarebbero quali obbligazioni autonome, bensì come criteri di valutazione della responsabilità dell'eventuale inadempimento dell'obbligazione principale (cd. fase finale). Infine, una terza corrente ritiene che sussista un interesse creditorio autonomo in merito alla fase di preparazione, cosicché essa consisterebbe in una distinta obbligazione, di cui l'inadempimento e le conseguenti azioni giudiziali creditorie sarebbero possibili già prima dell'eventuale inadempimento dell'obbligazione principale⁴²⁵.

Ebbene, l'interesse degli investitori all'incremento del fondo, siccome distinto e cronologicamente anteriore a quello della massimizzazione della propria quota, è previsto espressamente dall'art. 35 *decies*, lett. a) T.U.F., a norma del quale le S.G.R. operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli O.I.C.R. gestiti e dei partecipanti. Già abbiamo dimostrato che l'interesse dell'organismo d'investimento, in realtà, consiste nell'interesse della collettività dei partecipanti alla massimizzazione del valore globale

⁴²³ La terminologia inglese è tratta dal diritto dei *trust*, di cui esporremo le analogie con i fondi, all'inizio del Capitolo VI.

A proposito delle regole citate: EDWARDS e STOCKWELL, *Trusts and equity*, Harlow, 2011, pp. 369 ss.

⁴²⁴ L'ipotesi, per antonomasia, è quella dell'art. 1177 c.c., secondo cui l'obbligo di consegnare una cosa determinata include anche quello, per l'appunto strumentale, di custodirla sino alla consegna. Su questo tema, si veda, da ultimo: MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, pp. 75-76.

⁴²⁵ Di questi orientamenti dà conto BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, pp. 75-77.

del fondo, mentre l'interesse «*dei [...] partecipanti*» corrisponde a quello di ciascuno di essi, siccome contrapposto a quello degli altri⁴²⁶.

Poiché la discussione intorno all'autonoma rilevanza giuridica della fase preparatoria dell'adempimento s'incentra sulla sussistenza di un autonomo interesse, *ex artt.* 1174 c.c., del creditore alla corretta esecuzione di tale fase, e poiché quest'interesse, nel caso dei fondi comuni, è legislativamente previsto dall'art. 35 *decies*, allora la fase degli investimenti compiuti dalla S.G.R. costituisce, per la società, un obbligo autonomo, rispetto al quale sussiste un distinto diritto di credito dei partecipanti.

L'interesse alla fase preparatoria, oltre a essere legislativamente contemplato, è poi imposto da un'ulteriore considerazione. Se, secondo quanto giustamente affermato dal Tribunale di Milano⁴²⁷, una volta causato il danno al fondo non è possibile applicare la *compensatio lucri cum damno*, allora la lesione dell'interesse creditorio avviene già irrimediabilmente ed immediatamente a causa della *mala gestio*, senza che si debba attendere la liquidazione della quota⁴²⁸.

Se la S.G.R. cagiona una diminuzione del valore del fondo violando il *duty of loyalty* o il *duty of care*, allora ogni singolo investitore, ancor prima della liquidazione della propria quota individuale, può convenire in giudizio la società al fine di sentirla condannare al risarcimento del danno in favore del fondo⁴²⁹.

§ 5. Le relazioni tra S.G.R., partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico e sulla rilevanza del soggetto quale criterio (non necessario) di identificazione delle situazioni giuridiche.

È nei rapporti tra la società di gestione e i terzi che si manifesta la gestione del fondo comune di investimento, attività che può compiersi mediante atti sostanziali e processuali.

Rimandando la trattazione del processo al prossimo capitolo, occorre in questa sede chiarire quale sia la posizione della S.G.R. nei rapporti con i terzi, e ciò sia riguardo all'attività negoziale e alla corrispondente responsabilità contrattuale, sia in merito alla responsabilità aquiliana.

⁴²⁶ Capitolo IV, § 3. L'O.I.C.R. è «*gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi [...], in base a una politica di investimento predeterminata*».

⁴²⁷ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

⁴²⁸ In riferimento all'art. 1177 c.c., invece, si è potuto affermare che la violazione dell'obbligo di diligente custodia non integra un inadempimento ove la cosa venga poi comunque consegnata integra al creditore. Si veda ancora quanto riportato da BIANCA, *Diritto civile*, IV, *cit.*, pp. 75-77.

Nel caso dei fondi comuni, invece, una volta diminuito il valore del fondo, l'impossibilità di applicare la *compensatio* esclude che la "consegna" possa essere compiutamente eseguita.

⁴²⁹ Si veda, all'interno di questo Capitolo V, anche il successivo § 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c..

La posizione dei terzi, nei confronti della S.G.R., non pone alcun problema che non sia già noto. I terzi, infatti, sono degli ordinari soggetti (persone fisiche, giuridiche, enti non riconosciuti), di modo che essi sono titolari di normali situazioni giuridiche soggettive.

Venendo all'attività negoziale della S.G.R., essa è parte dell'atto contrattuale, ma non del rapporto che ne scaturisce. La società, difatti, nell'esecuzione delle operazioni d'investimento e disinvestimento, conclude dei contratti «*per conto del fondo*». Gli effetti di questi contratti si producono sulle situazioni giuridiche incluse nel fondo, costituendole, modificandole o estinguendole. Di conseguenza, se il termine «*parti*» è considerato sinonimo, non di «*soggetti*», ma di «*centri d'interessi*»⁴³⁰, il fondo è una «*parte*». Ciò conferma che vi possono essere, oltre a parti plurisoggettive, anche parti non soggettive⁴³¹. L'estendersi della «*parte*» oltre il «*soggetto*» si verificherebbe allora, oltre che nella trascrizione⁴³² e nel processo⁴³³, anche in ambito negoziale.

Il rapporto giuridico, come efficacemente detto, sussiste allora – quale che sia il concetto di «*parte*»⁴³⁴ – tra i patrimoni⁴³⁵, mentre i soggetti cui quei patrimoni sono imputati rilevano esclusivamente quali criteri necessari per la loro identificazione. Anzi, stante il fatto che il patrimonio del fondo è acefalo, il soggetto non è necessario, ma è soltanto sufficiente all'identificazione dei patrimoni tra cui corrono i rapporti.

Perché, allora, non spingersi oltre? Perché non dire che i rapporti corrono, non tra soggetti, e nemmeno tra patrimoni, ma semplicemente tra situazioni giuridiche, non necessariamente soggettivizzate⁴³⁶?

⁴³⁰ La dottrina, infatti, riconosce quest'ultima definizione del termine «*parte*», negandone pertanto la sinonimia con il soggetto di diritto. Tra gli altri: MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927, p. 11; GAZZONI, *Manuale, cit.*, pp. 839 ss., in particolare p. 855.

In senso contrario BIANCA, *Diritto civile*, III, *cit.*, pp. 54-55, il quale – pur dando atto della circostanza per cui il Codice del 1942 non ragiona più, al contrario di quello previgente, di «*persone*», ma di «*parti*» – afferma che, se si ha riguardo alla disciplina del contratto, deve rilevarsi che essa si riferisce ai soggetti, e non a un astratto centro di interessi (es. art. 1428 c.c.).

⁴³¹ FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, p. 359, individua un'ipotesi di parte contrattuale sostanziale non soggettiva nel nascituro, benché la giurisprudenza ivi richiamata, nell'ormai nota tendenza a imputare ogni situazione giuridica, riconosca al nascituro stesso una capacità giuridica speciale.

⁴³² Capitolo II, § 13. Profilo funzionale e profilo strutturale del distinguo tra il patrimonio entificato e il patrimonio acefalo. Le due accezioni del «*patrimonio*».

⁴³³ Capitolo III, § 13. I rapporti (meramente eventuali) tra la capacità di essere parte e la soggettività sostanziale.

⁴³⁴ Il CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*, ha significativamente sostenuto che la «*parte*» di cui discorre il primo comma dell'art. 2659 c.c. ben può corrispondere al fondo, benché lo stesso Consiglio Nazionale non ne abbia affermato, e nemmeno escluso, la soggettività.

⁴³⁵ BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, pp. 652 ss.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione, cit.*, pp. 97 ss.

⁴³⁶ PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Commento sub artt. 1230-1259*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 400, afferma che i rapporti corrono tra situazioni giuridiche soggettive. Egli spiega in tal modo i diritti privi di titolare, evitando l'aporia cui dava luogo la tesi del rapporto giuridico unisoggettivo, elaborata da PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, p. 395, secondo il quale la mancata estinzione per confusione del credito dell'erede e del debito del *de cuius*, nonostante la loro comune imputazione all'erede medesimo, dipende dalla possibilità di ammettere un rapporto giuridico unisoggettivo, intercorrente tra diversi patrimoni, di cui il successore sarebbe titolare *ex art.* 490 c.c.

L'affermazione per cui «i rapporti intercorrono tra i patrimoni», infatti, suona immotivatamente indiretta. Se i patrimoni sono nient'altro che insiemi di situazioni giuridiche individuate da un comune predicato (es. «imputazione al soggetto A», piuttosto che «imputazione al soggetto B»), allora affermare che gli estremi dei rapporti sono i patrimoni stessi equivale a dire che il rapporto sussiste tra il credito A (*i.e.* componente del patrimonio A) e il debito B (*i.e.* componente del patrimonio B). Il rapporto indica sinteticamente la presenza di due situazioni, l'una attiva, l'altra passiva, in cui determinati eventi, che producono effetti giuridici sulla prima, devono incidere anche sulla seconda⁴³⁷.

GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 458, rifacendosi all'insegnamento di FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja - Branca*, cit., p. 339, spiega che «si parla al riguardo di rapporto unisoggettivo, ma dal punto di vista oggettivo e patrimoniale la situazione è del tutto identica a quella ordinaria quando parti del rapporto sono due soggetti diversi».

In merito alla natura dell'eredità beneficiata, v. ancora GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 459, il quale, richiamando NATOLI, *L'amministrazione di beni ereditari*, II, *L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, Milano, 1969, p. 137, ritiene che i creditori personali possano soddisfarsi sui beni ereditari solo al termine della liquidazione, quando i patrimoni si confondono, e purché residui un attivo. La preferenza dei creditori ereditari, allora, non dimostrerebbe né l'unicità del patrimonio, né il fatto che questo sia solo unilateralmente separato. Al contrario, la separazione sarebbe bilaterale in quanto, sino al compimento della liquidazione, i creditori personali non potrebbero aggredire esecutivamente quei beni. Un argomento a favore di questo inquadramento si ricava dall'art. 502, comma 3 c.c., secondo cui «i creditori e i legatari che non si sono presentati hanno azione contro l'erede solo nei limiti della somma che residua dopo il pagamento dei creditori e dei legatari collocati nello stato di graduazione». Se i creditori e i legatari che non si sono presentati, pur godendo della preferenza concessa dall'art. 490 c.c., possono essere soddisfatti soltanto dopo l'estinzione dei crediti di coloro che non sono rimasti inerti, allora a fortiori i creditori personali possono aggredire i beni dell'eredità solo una volta soddisfatti tutti i creditori ereditari e i legatari, essendosi allora conclusa la liquidazione e determinata la confusione dei patrimoni.

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 288, nota 616, rinvia alla posizione, parzialmente difforme, di PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, in *Commentario De Martino*, artt. 456-535, Roma, 1973, p. 287, secondo cui l'eredità beneficiata sarebbe connotata da un'autonomia patrimoniale imperfetta: «mentre [...] i creditori ereditari non possono concorrere con i creditori personali dell'accettante sul patrimonio personale di questi, viceversa i creditori personali sono postposti, ma non esclusi, nel concorso con i creditori ereditari sul patrimonio ereditario». Si avrebbe allora una separazione meramente unilaterale. La differente impostazione ha risvolti pratici importanti, dato che solo aderendo alla ricostruzione di Prestipino e Capozzi è ammissibile un intervento dei creditori personali dell'erede nell'esecuzione avviata dai creditori del *de cuius* sui beni ereditari.

Lo stesso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 290, rimarca che la norma dell'art. 490, comma 2, n. 2 c.c. sia quella che contraddistingue la separazione patrimoniale e tiene a precisare che, in virtù del beneficio, l'erede non risponde dei crediti ereditari e dei legati semplicemente *intra vires hereditatis*, ma più significativamente *cum viribus hereditatis*: In altri termini, egli risponde, non con denaro eventualmente proprio entro il valore dei beni relitti, ma esclusivamente con questi ultimi.

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 289, poi, ricorda che CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano, 1961, p. 110, nonché GROSSO e BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1977, pp. 386 ss. hanno ritenuto che a seguito dell'accettazione beneficiata si verifichi comunque la confusione, cosicché i rapporti obbligatori non persistono e, piuttosto, ci si trova di fronte ad un'«operazione contabile», che impone di tenere conto di quei precedenti rapporti per la liquidazione del *relictum*.

In questo senso anche Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 617, il quale trae questo inquadramento da due ragioni: l'erede non può essere creditore o debitore di se stesso; egli non può rappresentare l'eredità, giacché questa non è soggetto di diritto.

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 289, attesta, infine, come a essere prevalsa sia l'opinione opposta, sostenuta da MOSCARINI, voce *Beneficio d'inventario*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 125, secondo cui l'eredità beneficiata costituisce un patrimonio separato.

⁴³⁷ Nell'estinzione per confusione, il fatto che un credito e un debito confluiscono all'interno di un medesimo patrimonio equivale a dire che le due situazioni antitetichhe hanno acquisito lo stesso predicato identificativo (es.: imputazione a Tizio), cosicché non sussiste più un conflitto d'interessi che

L'errore alla base della pur utilissima idea per cui i rapporti corrono tra i patrimoni sta nel fatto di ritenere che il patrimonio (ad es. il fondo comune, il *trust fund* o i patrimoni *ex artt. 2645 ter* e *2447 bis* ss. c.c.), *contenga*, quasi fosse una scatola, delle situazioni giuridiche e sia, in quanto tale, distinto da esse. Al contrario, il patrimonio è quelle situazioni giuridiche, cosicché i rapporti corrono tra queste ultime.

Se così non fosse, si dovrebbe ammettere che tra le situazioni, diverse da quelle tra cui corre il rapporto, sussiste comunque un rapporto giuridico soltanto perché esse sono comprese negli stessi opposti patrimoni. Ciò è assurdo, anche perché gli artt. 2740 e 2910 c.c. non istituiscono un rapporto bilaterale, ossia una relazione tra una situazione attiva e una passiva, ma l'assoggettività della proprietà all'azione esecutiva⁴³⁸, il che dà luogo a un triangolo di rapporti nel quale, al diritto di credito, è affiancato, non un ulteriore diritto sostanziale del creditore verso il debitore, ma un diritto processuale del creditore medesimo verso lo Stato⁴³⁹.

Pertanto, il patrimonio conserva la sua «utilità insiemistica», sia in ambito obbligatorio, sia in ambito successorio, al fine dell'applicazione di svariate norme (es. 2901 c.c.), ma questo non significa che i rapporti giuridici sussistano tra i patrimoni⁴⁴⁰.

Pertanto, quando si istituisce un *trust* o un fondo comune di investimento, non si crea una scatola che verrà riempita dagli atti di dotazione, ma si preconstituisce un predicato identificativo alternativo al soggetto, consistente nell'interesse dei beneficiari o nella sottoposizione alla gestione in monte. È per questo che l'utilizzo dell'espressione «*diritto incluso nel fondo*», di cui anche noi ci siamo resi (e continueremo a renderci) colpevoli, può essere accettata solo ove si tenga presente che si tratta di una metafora: la singola situazione giuridica non è un *contenuto* del patrimonio, ma una sua *componente*.

ne giustifichi l'esistenza. Difatti, quando, *ex art. 490 c.c.*, le due situazioni pervengono, *iure aereiditatis*, in capo al medesimo erede, che abbia accettato con beneficio d'inventario, esse, ove connotate da due predicati diversi (imputazione del credito all'erede, destinazione del debito ai creditori ereditari), continuano a esistere, stante la persistenza del conflitto che le aveva originate.

Sulla rilevanza del conflitto d'interessi per l'esistenza stessa del rapporto giuridico: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 69.

⁴³⁸ LUIO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2009, p. 69.

⁴³⁹ LUIO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 70.

⁴⁴⁰ Anche la separazione patrimoniale, pertanto, non dà luogo a una pluralità di patrimoni, ma a una pluralità di gruppi di soggetti creditori, individuati in ragione del loro essere creditori generali o funzionali. Difatti, il patrimonio, essendo imputato a un solo soggetto ed essendo costituito da una pluralità di situazioni giuridiche imputate a un soggetto, non può che essere unico. Nonostante il proliferare delle ipotesi di separazione patrimoniale, dunque, deve essere confermato uno dei tre dogmi di Rau e Aubry: «*a ogni soggetto corrisponde un solo patrimonio*».

È vero, poi, che l'art. 2740 c.c. è – come affermato da BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in ID., *Scritti giuridici, Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998, p. 669 e da ALCARO, *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di Mirzia Bianca, Milano, 2007, p. 107 – un patrimonio di scopo, in quanto destinato al soddisfacimento dei creditori. Tuttavia, la molteplicità di destinazioni non produce la pluralità di patrimoni primari, giacché tutte le situazioni giuridiche, pur ricevendo una destinazione diversa ed essendo assoggettate soltanto ad alcune azioni esecutive e non ad altre, sono identificate dalla comune imputazione a un unico debitore.

I conferimenti di beni nel fondo comune, realizzati dai partecipanti o dalla S.G.R., non comportano un trasferimento tra soggetti, ma un trasferimento tra patrimoni, ovvero, in virtù di quanto abbiamo appena detto, il cambiamento del predicato che identifica la situazione giuridica, il quale cessa di essere soggettivo («*imputazione al partecipante Tizio*»), per divenire oggettivo («*Fondo comune Alfa*»).

Poiché le situazioni giuridiche sono identificate, secondo la teoria dell'identificazione delle azioni, non solo da oggetto e titolo, ma anche dalle *personae*, allora il mutamento del titolare non provoca un vero trasferimento, ma il mutamento del diritto. Il linguaggio metaforico usa dire, infatti, che il diritto rimane identico a se stesso nonostante il trasferimento da un soggetto a un altro: ciò è in palese contraddizione con la *triple identité* (*personae*, titolo e oggetto) su cui poggia l'identificazione dei diritti e delle azioni. Conseguentemente, il predicato «imputazione a Tizio» è sostituito da un predicato che imputa una diversa situazione, oggettivamente identica, a Caio. Solo a-tecnicamente si può parlare di «successione nel diritto controverso»: la successione esiste, ma tra predicati dei diritti e quindi tra i diritti stessi⁴⁴¹.

È certamente comoda la metafora per cui un diritto è trasferito da un soggetto a un altro come se si trattasse di una mela che passa da una mano all'altra, ma, mentre la mela, in questo passaggio, resta identica a se stessa essendo identificata dalla sola materia di cui si compone, le situazioni giuridiche, oltre che da *causa e petitum*, sono identificate da un predicato soggettivo o equipollente (es. scopo).

L'acquisto derivativo non si distingue da quello a titolo originario perché realizza un trasferimento, mancante in ambo le ipotesi, ma perché presuppone un determinato predicato precedente. Questo presupposto fa sì che il diritto successivo sia dipendente da quello precedente secondo le due note regole (*nemo plus iuris, resolutio iure dantis*).

§ 6. I trasferimenti dei diritti nel fondo e dal fondo. La proprietà.

Secondo un orientamento dottrinale, quale che sia il meccanismo pubblicitario prescelto⁴⁴², l'apporto nel fondo sarebbe costituito da un negozio a efficacia reale anomala, giacché non provocherebbe un trasferimento della proprietà in favore del fondo, ma la cessazione dell'applicabilità della disciplina della proprietà, «*sostituita da una disciplina nella quale il bene è nel suo valore strumentale allo svolgimento di un'attività di gestione diretta ad un risultato nell'interesse dei partecipanti*»⁴⁴³. L'autonomia del patrimonio sarebbe la conseguenza della

⁴⁴¹ Ne vedremo le implicazioni processualistiche nel Capitolo VI, Sezione II, § 7. Le conseguenze del trasferimento dell'oggetto processuale da un fondo all'altro.

⁴⁴² Abbiamo visto, nel corso del primo capitolo, che si fronteggiano due orientamenti principali. Secondo quello di legittimità, la trascrizione andrebbe effettuata a favore della S.G.R. con annotazione a favore del fondo. Secondo la dottrina maggioritaria e la prassi notarile, invece, la trascrizione andrebbe operata a favore del fondo, con annotazione a favore della S.G.R.

⁴⁴³ FERRO - LUZZI, *Un problema di metodo*, cit., p. 755.

«funzionalità dell'agire»⁴⁴⁴: è l'attività, e non l'apporto, a predisporre i beni nell'interesse dei partecipanti⁴⁴⁵. La pubblicità, pertanto, dovrebbe essere ancorata, non a un inesistente soggetto titolare del fondo, ma alla funzione della gestione che rende autonomo il fondo stesso⁴⁴⁶. Invece di ricercare un soggetto di diritto, la cui definizione manca nell'ordinamento, ci si dovrebbe affidare soltanto alle disposizioni del Testo Unico.

Sulla base dei dati positivi, bisognerebbe allora riconoscere che, all'interno dei fondi comuni, non sussiste un diritto di proprietà e che la situazione giuridica che ne prende il posto non potrebbe essere imputata alla S.G.R.

L'idea, alquanto meritevole, va nella giusta direzione di eliminare le cristallizzazioni e utilizzare, invece che argomenti strutturali, un metodo funzionale, volto alla realizzazione degli scopi imposti dal Testo Unico della Finanza.

Ciò nonostante, l'argomentazione non coglie nel segno.

Secondo quella dottrina, all'interno del fondo non esisterebbe un diritto di proprietà *ex art. 832 c.c.* e quindi nemmeno un autentico diritto di credito: per entrambe le situazioni, infatti, varrebbe l'osservazione per cui godimento, disposizione e responsabilità sono separati. Viene da chiedersi: se così fosse, la S.G.R. che cosa gestirebbe? Che cosa negozierebbe? In che cosa investirebbe o disinvestirebbe?

Se alla S.G.R. è demandato un ufficio gestorio, allora essa deve poter acquistare dai terzi e cedere a costoro delle situazioni giuridiche ordinarie, come un diritto di proprietà pienamente conforme all'art. 832 c.c.

Le due imprecisioni di questa dottrina, allora, si saldano: la pretesa irrilevanza della natura del fondo (patrimonio entificato, acefalo o separato) comporta che siano le situazioni stesse a dover mutare. Ciò, però, non tiene in considerazione il fatto che la mancata imputazione del diritto non incide sugli elementi oggettivi (*causa petendi e petitum*) di quest'ultimo⁴⁴⁷.

Non è allora corretta l'affermazione del Consiglio Nazionale del Notariato, secondo cui «né per la S.G.R., ma neppure per il fondo, può parlarsi di uno schema dominicale tipicamente inteso: solo una volta sottratto al particolare regime previsto per il risparmio gestito il bene immobile potrà tornare ad avere un proprietario nel senso compiuto del termine»⁴⁴⁸. Il brano dimostra bene come l'assenza di un titolare si leghi, secondo questo pensiero, al mutamento dei profili oggettivi del diritto di proprietà. Non si capisce perché le due anomalie dovrebbero coesistere, quando invece esse

⁴⁴⁴ SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio*, cit., p. 847.

⁴⁴⁵ COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

⁴⁴⁶ LIBONATI, *Holdings*, cit., p. 538; COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

⁴⁴⁷ L'idea, poi, per cui non vi sarebbe un'autentica proprietà all'interno del fondo in conseguenza della scissione della responsabilità dal godimento e dalla disposizione sconta il seguente errore: la responsabilità patrimoniale, ovvero la assoggettabilità all'azione esecutiva dei creditori, non è, *ex art. 832 c.c.*, una componente della proprietà, ma, *ex art. 2740 c.c.*, integra un *quid* estrinseco che soltanto il più delle volte si accompagna alla proprietà.

I casi d'impignorabilità, infatti, pur escludendo la responsabilità patrimoniale, non stravolgono la proprietà.

⁴⁴⁸ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

sono, ai fini del funzionamento dei fondi, alternative: o la proprietà non esiste ed è frazionata tra diversi titolari – ciò che presuppone il dogma di necessaria titolarità combattuto dallo stesso Notariato – o la proprietà sussiste ed è acefala. Perché dovremmo immaginare una proprietà frazionata e acefala? Il brano, anzi, consente di vedere come l'errore principale, ossia il dogma di necessaria titolarità, sia comune a entrambi gli opposti orientamenti che si sono sinora divisi il campo.

Di conseguenza, il diritto che un partecipante o la stessa S.G.R. conferisce nel fondo resta un ordinario diritto di proprietà.

Se così non fosse, peraltro, i terzi acquirenti dal fondo non potrebbero acquistare una proprietà, se non a titolo originario, il che costituisce una complicazione teorica inutile e foriera di conseguenze pratiche indesiderabili, stante l'inapplicabilità dei principi che governano l'acquisto derivativo (*nemo plus iuris; resolutio iure dantis*)⁴⁴⁹. Oppure si dovrebbe immaginare che il diritto muti la propria natura dal momento in cui entra nel fondo al momento in cui ne fuoriesce. Il partecipante conferirebbe una proprietà ordinaria, che poi si frammenterebbe e diverrebbe parzialmente acefala, salvo poi a ricomporsi nel momento in cui la S.G.R. l'alienasse ai terzi. Questo schema, inutilmente arzigogolato, ricorda quello che abbiamo immaginato nel secondo capitolo, quando abbiamo escluso che l'eredità giacente sia un patrimonio separato del curatore. Quell'ipotesi avrebbe implicato l'attribuzione al curatore di una proprietà fiduciaria⁴⁵⁰, che sarebbe nuovamente divenuta ordinaria nel momento dell'acquisto ereditario, dopo essere divenuta acefala tra l'apertura della successione e la nomina del curatore stesso. Peraltro, oltre che contro il rasoio di Ockham,

⁴⁴⁹ LUISO, *Sul concetto di «avente causa» dell'art. 2909 c.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1982, pp. 438 ss., tuttavia, sottolinea che una correlazione tra la situazione che si costituisce in capo a Caio e quella che sussisteva in capo a Tizio può aversi anche nell'acquisto per usucapione, inerendo, però, non all'esistenza del diritto, bensì al suo contenuto, giacché l'originarietà dell'acquisto non estingue i vantaggi e i pesi sul bene usucapito. Anzi: *tantum prescriptum, quantum possessum*.

Ciò conferma quanto andiamo dicendo, ossia che l'acquisto di poteri non ricompresi nel diritto incluso nel fondo avverrebbe a titolo originario.

⁴⁵⁰ Con quest'ultima espressione si indica la situazione in cui un soggetto (fiduciario), è titolare della proprietà di determinati beni, ma è obbligato a gestirli e a disporne nell'interesse di un altro soggetto (fiduciante). BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 200, offre gli esempi dell'alienazione a causa di garanzia o di quella finalizzata alla salvaguardia dalle espropriazioni e, a p. 201, precisa che di sdoppiamento della proprietà non può parlarsi nella fiducia romana, ove il diritto del fiduciante ha natura relativa, essendo un diritto di credito, opponibile (e non efficace) *erga omnes* nei soli casi previsti dalla Legge.

La proprietà fiduciaria costituisce la seconda accezione del termine 'fiducia', oltre a quella che designa il negozio fiduciario. A tale ultimo riguardo, v. Capitolo V, § 3. La natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la S.G.R. di gestione.

GALGANO, *Commento sub art. 1414, cit.*, p. 30, chiarisce che «la proprietà fiduciaria [...] non necessariamente nasce da un contratto fiduciario; il contratto fiduciario [...] non produce, di regola, l'effetto costitutivo di una proprietà fiduciaria». L'Autore sottolinea che la proprietà fiduciaria sussiste solo allorché il vincolo di destinazione del bene abbia natura reale, così da essere opponibile agli aventi causa del fiduciario. Stante il principio di tipicità dei diritti reali, la proprietà fiduciaria, non essendo riconducibile al diritto definito dall'art. 832 c.c., può essere costituita soltanto dalla Legge, mai dall'autonomia privata. Alla proprietà fiduciaria vengono ricondotte, ad esempio, le fondazioni fiduciarie, di cui sono manifestazione gli artt. 32 e 699 c.c. Fuori dei casi ammessi dalla Legge, si ha negozio fiduciario che non produce una proprietà fiduciaria, ma semplicemente un vincolo di natura obbligatoria, come tale efficace solo *inter partes*.

l'ipotesi di una proprietà che cambia natura per il semplice fatto di essere inclusa in un patrimonio acefalo si scontra con l'idea di successione (*mortis causa* o *inter vivos*), consistente nell'avvicendamento dei titolari di una situazione giuridica, i cui profili oggettivi restano immutati.

A quanto abbiamo appena affermato potrebbe replicarsi che la proprietà priva di un titolare non sia un'autentica proprietà, ma al più un diritto reale atipico, un diritto inesistente, o un transitorio regime legale del bene.

In senso contrario dobbiamo ricordare che il nucleo della proprietà, secondo la stessa tradizione, è negativo, consistendo nello *ius excludendi alios* e dunque nell'impossibilità, per chi non sia proprietario, di godere e disporre della cosa in modo pieno e assoluto.

Questo aspetto negativo, tuttavia, è ancora soltanto abbozzato e deve essere manifestato in modo più chiaro. La proprietà non è solo il diritto di escludere gli altri dal godimento e dalla disponibilità della cosa, ma, anzitutto, è la diretta esclusione degli altri. Lo *ius excludendi alios*, infatti, è un mero corollario della natura "negativa" della proprietà, la quale consiste, in primo luogo, nell'esclusione *ex lege* (art. 832 c.c.) di qualsiasi soggetto che non ne sia titolare, da quel godimento e da quella disposizione. In altre parole, affermare che sussiste una proprietà significa dire, non che Tizio (titolare) ha il diritto di godere e disporre della cosa (ciò che non escluderebbe identici diritti altrui), quanto che nessuno, tranne Tizio, ha il diritto di godere e disporre⁴⁵¹.

Pertanto, l'essenza della proprietà sta nell'esclusione dei poteri di godimento e disposizione in capo a tutti coloro che non ne siano titolari. La proprietà, in questa sua versione negativa – già insita, sebbene non ancora pienamente sviluppata, nel tradizionale *ius excludendi alios* – è pienamente compatibile con una proprietà acefala, in cui, non essendovi titolare, nessuno può accampare il diritto di godere e disporre della cosa. Pertanto, la proprietà acefala non è atipica.

Né si può scegliere l'unica opzione alternativa alla tipicità o atipicità di una siffatta proprietà (o di uno *ius in re aliena*), ossia l'inesistenza del diritto reale in conseguenza della sua acefalia. Se così fosse, infatti, i beni dell'eredità vacante, come pure quelli del fondo comune, sarebbero liberamente occupabili, il che non è.

Si potrebbe anche immaginare che l'indisponibilità e l'impossibilità di godimento (dalla quale consegue la non occupabilità) siano la conseguenza di un regime legale che nulla ha a che fare con la proprietà. Ma a ciò sarebbe facile replicare – ricordando la versione negativa

⁴⁵¹ Gli atti di disposizione della proprietà, compiuti dal terzo, infatti, sarebbero, anche se realizzati *insciente domino*, inefficaci. Il reato della violazione di domicilio, inoltre, si configura anche quando il proprietario non ne è consapevole.

Scrivono BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 20: «la nozione tradizionale del diritto soggettivo quale signoria della volontà è [...] certamente superata perché la volontà non risulta essere elemento integrante delle varie situazioni tipicamente qualificate come diritti soggettivi. Il proprietario, ad es., è titolare di una posizione che prescinde dalla sua volontà: l'interesse del proprietario al godimento del bene è già soddisfatto e protetto per legge dal diritto di proprietà senza che occorra alcun atto di volontà».

della proprietà – che l'impossibilità di disporre del bene e di goderne, stabilita *erga omnes*, corrisponde esattamente alla nozione di 'proprietà'.

Insomma, «noi troviamo che la proprietà, più che una pretesa ad avere qualcosa da qualcuno, è semplicemente un dovere di tutti, di tutti fuorché di uno, a non fare nulla che turbi il godimento di quell'uno»⁴⁵².

§ 7. La sostituzione della S.G.R. di gestione. Le deleghe di funzioni ex art. 33 T.U.F.

L'art. 37, comma 3 T.U.F. stabilisce che «il regolamento dei fondi chiusi diversi dai F.I.A. riservati prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore. L'assemblea è convocata dal consiglio di amministrazione della società di gestione anche su richiesta dei partecipanti che rappresentano almeno il 5 per cento del valore delle quote in circolazione e le deliberazioni sono approvate con il voto favorevole della maggioranza assoluta delle quote degli intervenuti all'assemblea. Il quorum deliberativo non può in ogni caso essere inferiore al 10 per cento del valore di tutte le quote in circolazione».

Questo limitatissimo spazio decisionale si spiega in virtù dell'indipendenza assicurata alla società dagli artt. 1 lett. k) e 36, comma 3 T.U.F. Pertanto, l'assemblea non può ingerirsi in alcun modo nella gestione dei fondi, né con atti sostanziali, né con atti processuali. Preme poi notare che il potere di sostituzione sussiste per i soli partecipanti ai fondi *chiusi*, diversi dai F.I.A. riservati, quasi come bilanciamento dell'impossibilità di ottenere la liquidazione della quota prima del termine stabilito dal regolamento.

Sull'atto deliberativo in sé non sembra che sorgano dei dubbi. Più complessa è invece la questione degli effetti di quella deliberazione.

Il regolamento della Banca d'Italia del 19 gennaio 2015 (Titolo V.1.13, punto 4.1.1) stabilisce che «il regolamento definisce le ipotesi di sostituzione del gestore e le procedure da seguire, in modo da evitare soluzioni di continuità nello svolgimento dei compiti agli stessi attribuiti. A tale fine, il testo regolamentare prevede che l'efficacia della sostituzione è sospesa sino a che un'altra S.G.R. non sia subentrata nello svolgimento delle funzioni svolte dalla società sostituita». La medesima normativa secondaria (Allegato V.1.1, Schema di regolamento semplificato, Sezione C, punto III), stabilisce inoltre che «la sostituzione della S.G.R. può avvenire per impossibilità sopravvenuta della S.G.R. a svolgere la sua attività ovvero per decisione assunta dalla stessa S.G.R. di dismettere le proprie funzioni. La sostituzione può essere effettuata solo previa modifica del regolamento approvata dalla Banca d'Italia e avviene con modalità tali da evitare soluzioni di continuità nell'operatività del Fondo».

La stessa normativa secondaria, quindi, attribuisce un valore fondamentale alla continuità, non della titolarità delle situazioni giuridiche, ma della loro gestione. Ciò è diretta conseguenza del fatto che il fondo comune non integra un patrimonio statico *ex art. 2740*

⁴⁵² CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, *cit.*, p. 178.

c.c., ma un patrimonio dinamico⁴⁵³. Pertanto, è fondamentale che esso sia gestito, non che esso sia imputato.

Ricordata la laconica normativa primaria e secondaria in materia, resta da comprendere quale sia l'effetto prodotto dalla deliberazione dell'assemblea dei partecipanti. Si direbbe che la risposta sia quasi lapalissiana: la sostituzione del gestore precedente con una nuova società. Ma che cosa si intende per «sostituzione»?

La risposta – che sinora, come visto nel corso del primo capitolo, è stata tormentata – può essere finalmente offerta in modo chiaro, sfruttando le conclusioni cui siamo giunti in merito alla natura dei fondi comuni e alla qualificazione giuridica dei due rapporti obbligatori intercorrenti tra la società di gestione e i partecipanti.

Poiché il fondo comune è acefalo, la sostituzione non dà luogo a un fenomeno traslativo dei diritti in esso inclusi.

Ciò che muta, allora, è la titolarità dell'ufficio gestorio, ossia la titolarità dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità di cui all'art. 36, comma 3 T.U.F.⁴⁵⁴.

A prima vista, questa vicenda non sembra integrare una cessione dei contratti che corrono tra la società di gestione e i partecipanti. Non vi sarebbe, infatti, una parte che sostituisce un'altra *a se stessa* ex art. 1406 c.c., ma una parte (l'investitore) che sostituisce, mediante la deliberazione assembleare, la propria controparte (società sostituita) con un'altra (società sostituta).

Resta ferma, invece, la posizione di parte della S.G.R. di promozione nel diverso rapporto contrattuale intercorrente tra quest'ultima e gli stessi partecipanti. L'art. 37, infatti, non discorre genericamente della sostituzione della S.G.R. – ciò che potrebbe ricomprendere anche la società di promozione – ma soltanto della sostituzione «*del gestore*».

Non si ha neppure una successione nelle singole posizioni di debito e credito mediante, rispettivamente, degli accolti e delle cessioni ex art. 1260 c.c. L'art. 37, infatti, ragiona di sostituzione del «*gestore*», così riferendosi alla complessiva posizione di parte contrattuale.

La sostituzione della S.G.R. non è neppure riconducibile alla sostituzione del mandatario, prevista dall'art. 1717 c.c., che, come noto, non prevede una cessione del contratto, ma un subcontratto, con azione diretta del mandante nei confronti del sostituto⁴⁵⁵.

⁴⁵³ JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico"*, cit., pp. 1253 ss., distingue tra creditori statici, di cui discorre l'art. 2740 c.c., e dinamici, per i quali il patrimonio non vale quale garanzia dei propri crediti, ma quale bene produttivo e dunque quale oggetto della propria partecipazione al rischio d'impresa.

⁴⁵⁴ La dottrina prevalente è conforme: LENER, *Le società di gestione del risparmio nel regolamento Consob di attuazione del T.U.F.*, in *Società*, 1998, pp. 1121 ss.; MIOLA, *La gestione collettiva nel T.U.F.: profili organizzativi*, in *BBTC*, 2001, I, p. 312; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

⁴⁵⁵ In questo senso: BETTI, *Teoria generale*, cit. p. 578; BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., pp. 728 ss.; GAZZONI, *Manuale*, cit., pp. 1179.

Per il ricorrere di un contratto a favore di terzi: MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1957, p. 62; DE LUCA, COGLIANDRO, D'AURIA,

Per la riconducibilità all'art. 1717 non è sufficiente il disposto dell'art. 36, comma 3 T.U.F., secondo cui la S.G.R. assume, nei confronti dei partecipanti, gli obblighi e le responsabilità del mandatario. Abbiamo già dimostrato⁴⁵⁶ che il rapporto contrattuale che corre tra questi soggetti non è un mandato, ostandovi l'indipendenza che il Testo Unico assicura alla società di gestione. L'applicazione diretta dell'art. 1717 è dunque fuori luogo.

Nemmeno l'applicazione analogica del citato art. 1717 c.c. è prospettabile.

L'inquadramento in termini di subcontratto della fattispecie dell'art. 1717, infatti, discende dalla circostanza per cui il mandatario originario rimane parte del contratto, cosicché non si verifica una sua uscita dal rapporto e una conseguente successione a titolo particolare nella posizione di parte contrattuale⁴⁵⁷. Tale impostazione è confermata da diversi elementi. Il primo comma dell'art. 1717 parla di sostituzione, non nel contratto, ma nella sua esecuzione. Il secondo e il terzo comma, inoltre, prevedono delle responsabilità automatiche del mandatario originario per l'inadempimento degli obblighi da parte del subentrante, mentre l'art. 1410, in tema di cessione del contratto, stabilisce l'automatica liberazione del cedente, salvo patto contrario. L'ultimo comma dell'art. 1717 c.c., infine, sancisce un'azione «diretta» del mandante nei confronti del mandatario subentrante, cosa che, più di ogni altra, implica la sussistenza di un subcontratto (come nell'art. 1595 c.c.) ed esclude, in quanto incompatibile, la presenza di una cessione del contratto *ex artt.* 1406 ss. c.c.⁴⁵⁸.

La scarsa disciplina della sostituzione del gestore, al contrario, nulla dice intorno a un'azione diretta degli investitori nei confronti della S.G.R. subentrante. In secondo luogo, il regolamento di Bankitalia del 19 gennaio 2015 afferma che il regolamento del fondo stabilisce le procedure da seguire per evitare «soluzioni di continuità» nella gestione del fondo. A tal fine, infatti, il regolamento del fondo deve prevedere che l'efficacia della sostituzione è sospesa sino al subentro nello svolgimento delle funzioni. La sostituzione, inoltre, è riferita, sia dal T.U.F., sia dal regolamento di Bankitalia, all'ufficio di gestore, non alla sua esecuzione.

RONZA, *Dei singoli contratti*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Capozzi*, II, Milano, 2001, p. 115; FAVA (a cura di), *Il contratto*, cit., p. 425.

Contro la qualificazione del subcontratto quale contratto a favore di terzi si è espresso GAZZONI, *Manuale*, cit., pp. 1044, il quale ha fatto notare che i due contraenti non hanno per scopo quello di favorire il terzo. L'Autore, al pari di BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 730, critica anche la teoria – sostenuta da CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Commentario Schlesinger al Codice civile*, 2004, p. 77 – del collegamento negoziale, di cui fa difetto il presupposto della strumentalità di differenti negozi alla realizzazione di un programma unitario.

⁴⁵⁶ Si veda, all'interno di questo Capitolo, il § 3. La natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la S.G.R. di gestione..

⁴⁵⁷ Che sia questo il *discrimen* tra cessione e subcontratto è confermato da: BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 729; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1043; FAVA (a cura di), *Il contratto*, cit., pp. 424-426.

⁴⁵⁸ La previsione dell'azione diretta è considerata la prova definitiva di un'ipotesi di subcontratto e quindi dell'esclusione della cessione. In quest'ultima, infatti, non avrebbe alcun senso prevedere un'azione diretta, giacché l'esperibilità di un'azione nei confronti del subentrante discenderebbe automaticamente dal suo subentro nel rapporto contrattuale. In questo senso, v. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1044: «sul piano concretamente disciplinare, l'unica regola desumibile dal codice civile è l'azione diretta che al titolare della posizione attiva del contratto base spetta nei confronti del titolare della posizione passiva del subcontratto».

Di conseguenza, non si ha un subcontratto, ma la successione nella posizione di parte contrattuale.

A riprova di tutto ciò, sta una considerazione sistematica: l'indipendenza della S.G.R. è stabilita principalmente con riguardo ai partecipanti, ma non esclusivamente nei loro confronti⁴⁵⁹. L'indipendenza, infatti, è strumentale all'efficienza del mercato dei fondi comuni, che sarebbe vulnerata irrimediabilmente se nella gestione potessero ingerirsi più soggetti, siano essi degli investitori o delle altre società di gestione. Ne sarebbe compromessa l'«unità del comando» sul fondo.

Pertanto, la sostituzione della S.G.R. di gestione realizza una sostituzione della parte contrattuale.

Tuttavia, si potrebbe addurre la distinzione, all'interno dell'ufficio gestorio, tra il potere di disporre e l'obbligo di disporre. La sostituzione, allora, riguarderebbe soltanto il potere, mentre l'obbligo di disporre dei diritti inclusi nel fondo, sussistente nei confronti dei partecipanti, permanerebbe in capo alla S.G.R. originaria. Si costituirebbe, così, un nuovo obbligo, in capo alla subentrante, di gestire il fondo, ma tale rapporto obbligatorio correrebbe soltanto tra le due S.G.R. Di conseguenza, la legittimazione a disporre sarebbe conferita a una nuova S.G.R., senza che la precedente esca dal contratto con gli investitori. Non si avrebbe, allora, una sostituzione della parte contrattuale, bensì un subcontratto, analogo a quello dell'art. 1717 c.c., con un'architettura che consentirebbe di conservare l'unità del comando sul fondo.

La spiegazione, in sé ragionevole, è, però, priva di supporto normativo. La prova della sussistenza di un subcontratto e, quindi, dell'assenza di una sostituzione della parte contrattuale, deriva dalla previsione normativa di un'azione diretta. Tale previsione manca del tutto.

Inoltre, si confronti la disciplina sulla sostituzione del gestore con quella concernente la delega di specifiche funzioni.

L'art. 33, comma 4 T.U.F., prevede che *«le S.G.R., le S.I.C.A.V. e le S.I.C.A.F. possono delegare a soggetti terzi specifiche funzioni inerenti alla prestazione dei servizi di cui al presente capo. La delega è effettuata con modalità tali da evitare lo svuotamento di attività della società stessa ed è esercitata nel rispetto delle disposizioni in materia di esternalizzazione di funzioni previste in attuazione dell'articolo 6, comma 2-bis, ferma restando la responsabilità della S.G.R., della S.I.C.A.V. e della S.I.C.A.F. nei confronti degli investitori per l'operato dei soggetti delegatis»*⁴⁶⁰. Il contratto con il quale la S.G.R.

⁴⁵⁹ L'indipendenza dagli investitori è sancita dall'art. 1 lett. k), mentre l'art. 36, comma 3 T.U.F. prescrive che la S.G.R. di gestione agisca in modo indipendente, senza specificare rispetto a chi debba sussistere tale autonomia.

⁴⁶⁰ L'art. 6, comma 2 bis T.U.F., così recita: *«la Banca d'Italia e la Consob disciplinano congiuntamente mediante regolamento, con riferimento alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento, nonché alla gestione collettiva del risparmio, gli obblighi dei soggetti abilitati in materia di: a) governo societario, requisiti generali di organizzazione, sistemi di remunerazione e di incentivazione; b) continuità dell'attività; c) organizzazione amministrativa e contabile, compresa l'istituzione della funzione di cui alla lettera e); d) procedure, anche di controllo interno, per la corretta e trasparente prestazione dei servizi di investimento e delle attività di investimento nonché della*

conferisce l'incarico al delegato è inoltre disciplinato dal Regolamento congiunto di Bankitalia e Consob del 29 ottobre 2007. Dalla normativa primaria e secondaria si ricava che la delega comporta un diverso regime di responsabilità del delegato rispetto ai partecipanti. Difatti, il delegato assume obblighi e responsabilità esclusivamente nei confronti della società delegante, la quale resta l'unica responsabile dell'operato dei confronti degli investitori⁴⁶¹. Inoltre, a differenza della suddivisione dei compiti tra la società di promozione e la società di gestione, le deleghe di gestione concernono soltanto specifiche scelte di investimento e possono essere affidate, oltre che alle S.G.R., anche agli intermediari autorizzati alla gestione di portafogli individuali.

Le differenze disciplinari rispetto alla sostituzione sono allora relevantissime: soltanto nell'art. 33 si discorre di «*delega*» e soltanto qui si prevede che resti ferma la responsabilità del delegante per le operazioni compiute dal delegato, analogamente a quanto previsto dall'art. 1717, commi 1 e 2 c.c.

Al contrario, nel caso della sostituzione *ex art. 37 T.U.F.*, il conferimento dell'incarico a una nuova S.G.R. non realizza una delega.

Esclusa questa possibilità, la sostituzione può provocare una pluralità di “mandatari” o la revoca del precedente “mandato”. Poiché la prima ipotesi spezzerebbe l'unità del comando sul fondo, allora non resterebbe che intendere la sostituzione come composta da due negozi: la revoca dell'ufficio gestorio della precedente S.G.R.; il conferimento di quel medesimo ufficio a una nuova società.

Ciò esclude che si verifichi quanto abbiamo sinora immaginato, ossia una successione a titolo particolare e *inter vivos* nella posizione di gestore del fondo. Difatti, se vi è, in forza di una delibera dei partecipanti, una revoca del “mandato” e poi un suo conferimento a una nuova S.G.R., allora non c'è alcun trasferimento dell'ufficio da una società all'altra.

La soluzione del dilemma dipende da qual è la fonte della sostituzione. Si tratta della delibera assembleare, di un successivo atto demandato alla S.G.R. uscente o di un contratto tra quest'ultima e la subentrante?

L'art. 37 T.U.F. e il regolamento di Bankitalia del 19 gennaio 2015 disciplinano unicamente i modi di convocazione dell'assemblea, il *quorum* deliberativo nonché il momento in cui la sostituzione si verifica. Nulla è detto, invece, su quale sia la fonte della sostituzione, se non nella citata normativa secondaria, secondo cui il regolamento del fondo deve stabilire «*le procedure da seguire*».

La fonte della sostituzione, tuttavia, può desumersi dai principi generali e soprattutto dall'art. 1372 c.c.: l'assunzione dell'ufficio gestorio da parte della S.G.R. subentrante è

gestione collettiva del risparmio; e) controllo della conformità alle norme; f) gestione del rischio dell'impresa; g) audit interno; h) responsabilità dell'alta dirigenza; i) trattamento dei reclami; j) operazioni personali; k) esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti o di servizi o attività; l) gestione dei conflitti di interesse, potenzialmente pregiudizievoli per i clienti; m) conservazione delle registrazioni; n) procedure anche di controllo interno, per la percezione o corresponsione di incentivi».

⁴⁶¹ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 147.

subordinata al consenso di questa. Peraltro, se l'assunzione dell'incarico di gestore conferito dalla S.G.R. di promozione e il conferimento delle deleghe di cui all'art. 33 T.U.F. richiedono un accordo tra le due società, allora il consenso è richiesto *a fortiori* per il perfezionamento dell'atto di sostituzione di cui all'art. 37.

Questo consenso della subentrante, tuttavia, costituisce un atto unilaterale di accettazione della nomina a nuovo gestore, oppure fa parte di un contratto con la S.G.R. sostituita?

La seconda opzione è preferibile. Il consiglio di amministrazione della S.G.R. subentrante, infatti, delibererà di accettare la nomina e tale delibera sarà poi oggetto di un successivo atto del rappresentante legale verso l'esterno. Poiché la sostituzione implica una miriade di questioni tecniche che sarebbero irrisolvibili ove non concordate con la S.G.R. uscente, allora anche quest'ultima rende il proprio consenso, di modo che si addivene a un contratto tra le due società. D'altronde, se così non fosse, come si potrebbero prevenire le soluzioni di continuità che lo stesso Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015 impone di evitare?

Tuttavia, il consenso della sostituita è libero soltanto in merito alle modalità della sostituzione. La sostituzione in sé, invece, è obbligatoria per la sostituita, stante il carattere vincolante della deliberazione dell'assemblea dei partecipanti.

Il carattere contrattuale dell'atto è poi confermato dalla circostanza per cui la sostituzione può avvenire anche senza che sia convocata l'assemblea di cui all'art. 37 T.U.F. e, dunque, anche nei casi di fondi non riconducibili ai «fondi chiusi diversi dai F.I.A. riservati». Poiché, in questi casi, l'atto di sostituzione ha certamente natura contrattuale, e considerando che la deliberazione assembleare non rileva in merito alle modalità della sostituzione, ma unicamente riguardo alla sua obbligatorietà per la S.G.R. uscente, allora bisogna concludere che la sostituzione, sia o meno preceduta da una delibera dell'assemblea dei partecipanti, trova il proprio titolo in un contratto tra le due società.

Ciò ci permette di rispondere all'interrogativo che ci siamo posti intorno alla natura della sostituzione. Poiché il suo titolo consiste in un contratto, intercorrente tra S.G.R. uscente e società entrante, allora la sostituzione di cui all'art. 37, comma 3 integra una cessione del contratto (*rectius* dei contratti esistenti con tutti i partecipanti al fondo) e, dunque, una successione *inter vivos* a titolo particolare nell'ufficio di gestore, che comprende le seguenti situazioni giuridiche: legittimazione a disporre (verso i terzi); obbligo di disporre (nell'interesse dei partecipanti); obbligo di liquidare le quote (a favore dei partecipanti).

L'applicazione della disciplina degli artt. 1406 ss. c.c. alla sostituzione di S.G.R., allora, è diretta e non semplicemente analogica, giacché la successione è imposta da una sostituzione che presenta i caratteri di una vera e propria cessione del contratto. Ciò, nei limiti della compatibilità con il Testo Unico della Finanza.

Non sarà compatibile, ad es., l'art. 1407 c.c., secondo cui la cessione è efficace, ove sia stata preventivamente autorizzata dalla controparte, dal momento in cui è stata notificata a quest'ultima o essa l'ha accettata. Al contrario, secondo il citato regolamento di Bankitalia, la sostituzione sarà efficace soltanto nel momento in cui la società subentrante comincerà ad esercitare le proprie funzioni.

Le norme più rilevanti, in ogni caso, saranno quelle degli artt. 1408-1410 c.c., inerenti ai rapporti tra cedente, cessionario e ceduto, ovverosia, *mutatis mutandis*, tra società sostituita, sostituta e partecipanti al fondo. Così, varrà la disposizione dell'art. 1408 c.c., per cui «*il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei confronti di questo*», ossia dal momento in cui la società subentrante esercita la gestione⁴⁶².

Lo stesso inquadramento e le stesse conseguenze disciplinari valgono nel caso previsto dall'art. 36, commi 1 e 3. Qualora la separazione tra la S.G.R. di promozione e quella di gestione avvenga in seguito all'istituzione del fondo, l'ufficio gestorio è trasmesso dalla società originaria – che in seguito sarà detta 'di promozione' – alla società 'di gestione', con effetti analoghi alla sostituzione del gestore. Anche qui, infatti, si avrà una cessione dei contratti intercorrenti con i partecipanti. Questa cessione, tuttavia, è parziale, poiché non ha ad oggetto tutte le posizioni contrattuali della S.G.R. originaria, ma soltanto quelle relative alla gestione.

Il conferimento dell'incarico gestorio da parte della società di promozione a un'altra società, allora, integra una sostituzione del gestore identica, negli effetti, a quella disciplinata dall'art. 37, comma 3 T.U.F.

La sostituzione, in entrambi i casi, incide soltanto sulla titolarità dell'ufficio gestorio e non produce alcun trasferimento delle situazioni che compongono il fondo, mancando così il presupposto della trascrizione e potendosi procedere unicamente all'annotazione, al contrario di quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, esaminata nel Capitolo I⁴⁶³.

Quest'impossibilità di trascrivere dipende dall'assenza di un fenomeno traslativo che, a sua volta, discende dall'assenza di un titolare del fondo. Se, invece, il fondo fosse un patrimonio separato della S.G.R., allora vi sarebbe un trasferimento e quindi l'onere di trascrivere. Ciò dimostra che il tempo che abbiamo dedicato, nel Capitolo II, alla distinzione tra patrimonio primario e secondario, e che ad alcuni sarà potuto sembrare privo di reali implicazioni pratiche, è stato ben speso.

⁴⁶² Non è invece ipotizzabile l'applicazione del secondo comma del medesimo articolo: «*tuttavia il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte*». Né il Testo Unico della Finanza, né la normativa regolamentare, infatti, prevedono, per gli investitori, la possibilità di opporre una tale eccezione.

⁴⁶³ § 6. I corollari dell'orientamento di legittimità. La trascrizione. La responsabilità sussidiaria della S.G.R. La sostituzione della società e la sua legittimazione processuale.

§ 8. La trascrizione. La fusione dei fondi. I comparti.

All'interno del fondo, esistono ordinari diritti di proprietà e di credito.

Qualora i diritti siano sottoposti a un sistema di pubblicità, quali sono le modalità con cui effettuare la trascrizione (o l'intavolazione) e l'iscrizione?

Abbiamo già ricordato che la soluzione della giurisprudenza di legittimità, consistente nella trascrizione a favore della S.G.R. con annotazione in favore del fondo, è insostenibile, giacché l'annotazione non può avere efficacia dichiarativa⁴⁶⁴. Pertanto, quella soluzione snatura l'annotazione o distrugge la separazione bilaterale tra il fondo e il patrimonio della società, proclamata dall'art. 36, comma 4 T.U.F.

La soluzione che, al contrario, è coerente con quella separazione patrimoniale – e quindi impone di abbandonare ogni argomento strutturale che desse un risultato contrario – è quella del Notariato e della dottrina prevalente⁴⁶⁵.

Tale orientamento, tuttavia, non è ancora riuscito a fare breccia nella giurisprudenza, probabilmente a causa delle dispute sui suoi fondamenti, ossia sul concetto di soggettività giuridica, sui criteri per determinarla e sulla presunta necessità che ogni situazione giuridica sia imputata affinché la pubblicità immobiliare possa operare.

Nel secondo capitolo, grazie allo studio dell'eredità giacente, abbiamo visto che il funzionamento della pubblicità immobiliare non presuppone l'imputazione delle situazioni giuridiche⁴⁶⁶. La trascrizione costituisce, anzi, la migliore dimostrazione dell'infondatezza del dogma di necessaria titolarità delle situazioni medesime.

La pubblicità immobiliare, infatti, si fonda, non sull'imputazione delle situazioni e dei patrimoni, ma sull'identificazione dei patrimoni stessi, che può avvenire anche mediante predicati alternativi all'imputazione. Inoltre – alla luce di quanto affermato⁴⁶⁷ sulle relazioni logiche tra le situazioni giuridiche e il patrimonio, nonché sull'inerenza del rapporto giuridico

⁴⁶⁴ In merito alla prassi che prevede la trascrizione a favore del trustee, con annotazione in favore del trust, GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo*, cit., p. 3, esorta a «non impasticciare, quanto al vincolo, con la formulazione della nota e con il mitico quadro D, che non ha alcuna autonomia».

⁴⁶⁵ Per i riferimenti bibliografici, si veda il Primo capitolo.

⁴⁶⁶ In senso contrario si è espressa sia la Corte di Cassazione, sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit., sia il CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, op. cit., secondo il quale «il sistema della trascrizione [...] è organizzato su base soggettiva, e dunque anche se la natura del fenomeno mal si presta a far ravvisare un "proprietario", bisogna prendere posizione sulle modalità di effettuazione delle trascrizioni relative a immobili oggetto di apporto a fondi immobiliari, ed individuare il "soggetto" a favore del quale effettuare la formalità. Ed è proprio in questa ricerca che si corre il rischio di ipostatizzare il concetto di "soggetto" in base a presunti requisiti, in realtà non presenti nel dato normativo [...]. È invece dall'esame obiettivo della disciplina positiva che dovrebbe desumersi se e con quali modalità sia individuato un centro di imputazione. Ciò non al fine di interrogarsi sui fondamenti ontologici dei fondi e sulla natura della loro struttura ma, ben più limitatamente, per chiarire se e in quale misura possa parlarsi di un soggetto al fine dell'applicazione della disciplina in questione, e cioè quella della pubblicità immobiliare. Posto, cioè, che la disciplina del rapporto S.G.R.-fondi mal si ataglia ad essere ricompreso nello schema dominicale tradizionale, occorre capire in quale misura "forzare" il dato obiettivo per ricondurlo nel sistema della trascrizione, che su quei principi è costruito».

⁴⁶⁷ Nel presente Capitolo, § 5. Le relazioni tra S.G.R., partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico e sulla rilevanza del soggetto quale criterio (non necessario) di identificazione delle situazioni giuridiche.

alle prime e non al secondo – possiamo ulteriormente correggere il tiro: la trascrizione⁴⁶⁸ si fonda sull'identificabilità delle situazioni giuridiche⁴⁶⁹. Difatti, l'identificabilità del patrimonio e la sua consistenza sono soltanto un *posterius*, derivando dall'identificazione delle singole situazioni di cui esso si compone⁴⁷⁰.

La pubblicità dichiarativa e quella costitutiva, allora, possono operare anche quando la situazione giuridica è acefala. Così come è possibile trascrivere contro l'eredità giacente e così come l'acquisto del terzo, in quell'ipotesi, è immediato, così la pubblicità immobiliare può essere effettuata a favore e contro il fondo comune d'investimento.

L'annotazione, in piena coerenza rispetto alla prassi notarile, deve quindi avere a oggetto la menzione della S.G.R. incaricata della gestione. Questa pubblicità, richiesta mediante il quadro D della nota di trascrizione⁴⁷¹, ha un valore meramente integrativo delle informazioni contenute nel resto della nota medesima, giacché non produce alcun effetto autonomo, ma si limita a indicare l'unico soggetto rilevante per i terzi, ovverosia la S.G.R. di gestione. L'annotazione, dunque, non rende opponibile l'inclusione della situazione giuridica nel patrimonio separato del presunto «*proprietario formale*», ossia della società di promozione.

Il trasferimento della situazione giuridica tra i fondi o tra questi e i terzi, allora, è oggetto di una trascrizione, mentre la sostituzione del gestore – accada ai sensi dell'art. 37, comma 3, o in virtù dell'art. 36, commi 1 e 3 – è, come si disse, annotata.

In merito alle fusioni e alle scissioni dei fondi⁴⁷², si procede – secondo quanto indicato dal Consiglio Nazionale del Notariato⁴⁷³ – mediante voltura, adottando le modalità previste per il cambiamento di denominazione e per le operazioni straordinarie delle società.

La fusione dei fondi è concettualmente analoga a quelle delle società, giacché le tre teorie concernenti le operazioni straordinarie delle società medesime⁴⁷⁴ presuppongono un

⁴⁶⁸ Parleremo d'ora in avanti di trascrizione, come esempio più rilevante di pubblicità immobiliare.

⁴⁶⁹ Ciò – si badi – non sulla base della *hybris* del cd. diritto vivente, contro la quale si è giustamente scagliato GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, I, pp. 14 ss., ma alla luce delle stesse indicazioni del diritto positivo, il quale consente al curatore dell'eredità giacente di alienare i beni ereditari e non preclude la trascrizione di tali atti, né ne subordina l'efficacia alla comparsa dell'erede.

⁴⁷⁰ Con ciò non si intende negare la rilevanza del patrimonio. Vi osterebbe, ad esempio, l'art. 2901 c.c., che subordina l'azione revocatoria alla lesione della garanzia patrimoniale generica, ovverosia all'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare il credito vantato nei suoi confronti. Peraltro, proprio la trascrizione – effettuata, ad esempio, *ex art. 2645 ter c.c.* – può ledere la garanzia che assiste i creditori. Perciò, nel testo non escludiamo la rilevanza del patrimonio, ma il fatto che esso sia un qualcosa di diverso dalle situazioni giuridiche di cui si compone. Dire, infatti, che il patrimonio è divenuto insufficiente a garantire i creditori, equivale ad affermare che il valore complessivo delle situazioni giuridiche di cui si compone è inferiore a quello dei crediti.

⁴⁷¹ Ai sensi dell'art. 17 l. 27 febbraio 1985, n. 52, il quadro D della nota di trascrizione è una sezione nella quale devono essere riportati condizioni o patti di natura reale, nonché altri contenuti dell'atto che il redattore della nota «*dovesse ritenere opportuni, se non necessari, per un'informazione più completa sulla vicenda o sul rapporto giuridico che si vuole pubblicizzare*».

⁴⁷² Per le fusioni, v. Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015, V.5.1 e seguenti. Al punto 5.6, si prevede che la fusione e la scissione non possano avere effetto prima che siano decorsi 40 giorni, né dopo che sia decorso un anno, dalla data in cui il documento informativo è fornito ai partecipanti.

⁴⁷³ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

titolare, di cui si afferma la modificazione o, secondo la preferibile tesi del trasferimento dei diritti⁴⁷⁵, la sostituzione. Lo stesso ragionamento, poi, vale per le scissioni, alle quali consegue un trasferimento di diritti, a titolo universale (scissione in senso proprio) o particolare (scissione per scorporazione)⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Secondo una prima teoria, minoritaria, la fusione consisterebbe nella sola unificazione strutturale delle società partecipanti e non darebbe quindi luogo al trasferimento dei beni dall'una all'altra: FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza Comm.*, 1991, I, pp. 1065 ss.; PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010, pp. 199 ss.

Secondo la dottrina maggioritaria, invece, la fusione realizza una successione universale *inter vivos*: OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1991, pp. 505 ss.; D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, I, pp. 2501 ss.; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1403.

La giurisprudenza, invece, facendo leva sull'art. 2504 *bis* c.c. – il quale, a seguito della riforma del diritto societario, non parla più di estinzione delle società, ma di prosecuzione dei loro rapporti – afferma che la fusione non cagiona l'estinzione della società fusa, né la creazione di un nuovo soggetto, bensì la modificazione del soggetto-titolare, che conserva la propria identità nonostante il nuovo assetto organizzativo, cosicché il fenomeno non comporta l'interruzione del processo. In questo senso: Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Diritto e Giustizia online* 2006; in *Riv. notariato* 2006, 4, 1135, con note di Scalabrini e Trimarchi; in *DeG - Dir. e giust.* 2006, 11, 31; in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2; in *Giust. civ.* 2006, 6, I, 1171; in *Giur. it.* 2007, 2, 414; in *Giust. civ.* 2007, 11, I, 2499, con nota di D'Alessandro; in *Giur. comm.* 2007, 4, II, 787, con nota di Milanese.

⁴⁷⁵ Consideriamo tale tesi preferibile rispetto alle altre due, sostenute in dottrina e giurisprudenza, in virtù delle considerazioni di D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, cit., I, pp. 2501 ss., che conviene qui riportare: «[...] tra più costruzioni possibili merita adesione quella più semplice, più chiara, più aderente alla disciplina, capace di rappresentarne il maggior numero di aspetti col minor numero di adattamenti ed eccezioni. Ora, a me sembra che [...] la concezione modificativo-evolutiva si imbatta in difficoltà insuperabili quando si tenti di applicarla alla scissione. Col corollario che, dopo l'introduzione di quest'ultima figura nel nostro ordinamento, l'adesione alla concezione modificativo-evolutiva è possibile solo all'ulteriore costo di rinunciare a una costruzione unitaria di fusione e scissione, contro la universale propensione a vedere un'affinità assai stretta tra le due figure. Per dimostrare la tesi appena enunciata, conviene prendere le mosse dalla considerazione, ovvia, che i fenomeni di cui si tratta - fusione e scissione - assolvono a funzioni speculari di concentrazione e, rispettivamente, deconcentrazione di imprese. Da un punto di vista strutturale, com'è altrettanto ovvio, la differenza si manifesta intanto in ciò, che la fusione riduce il numero dei soggetti, mentre la scissione tende ad accrescerlo. Ma si manifesta soprattutto, dal nostro punto di vista, nel fatto che la fusione riunisce patrimoni in origine distinti, mentre la scissione divide per definizione il patrimonio della società che si scinde; di guisa che per effetto di essa quel patrimonio farà capo per parti a due o più soggetti diversi. Orbene, escludere che una vicenda siffatta comporti alcun passaggio circolatorio è tesi che [...] si rivela foriera di aporie tali da renderla del tutto inutilizzabile. Invero, il postulato di cui qui si discute (nessun bene circola; sono i soggetti titolari dei beni che si modificano), quando applicato alla scissione, esige evidentemente che si veda in ciascuna di una pluralità di società, titolari di quote o parti del patrimonio suddiviso dalla scissione, la continuatrice dell'unica identità della società che si è scissa. Dunque nella scissione totale ciascuna delle due o più società beneficiarie, non importa se preesistenti o costituite per l'occasione, dovrà considerarsi come continuatrice dell'individualità della società che si è scissa (la quale non dovrà aversi per estinta, ma, appunto, come sopravvive in ciascuna delle società beneficiarie). Nella scissione parziale, l'individualità della società che si è scissa continuerà non solo, come ovvio, in questa medesima, ma anche, simultaneamente, nella società beneficiaria o nelle società beneficiarie. Questo fenomeno di rifrazione [...] di un'unica individualità in molte non solo è ancora una volta (come e assai più di quello speculare del confluire di più individualità in una sola, onde si vorrebbe caratterizzata la fusione) controintuitivo; ma, come anticipato, comporta anche difficoltà a mio giudizio insuperabili, in primo luogo dal punto di vista della tenuta concettuale della costruzione, in secondo luogo e soprattutto da quello, fondamentale, della sua traduzione in regole. Per rendersene conto, basta por mente soltanto al fatto che la costruzione in discorso dimentica una delle funzioni fondamentali cui assolve l'identità del soggetto di diritto: quella di stabilire un nesso tra un insieme di rapporti obbligatori (tutti i debiti riferiti a quel determinato soggetto) e un insieme di beni (tutti i beni riferiti a quel medesimo soggetto), al fine di permettere l'applicazione della regola che vuole il secondo insieme costituire la garanzia generica del primo. Infatti, se si assume per esempio che in una scissione totale a profitto di due società beneficiarie non abbia luogo alcuna vicenda circolatoria e che entrambe le società beneficiarie debbano reputarsi continuazione dell'identità della società scissa, non vi è più modo di applicare ad esse la complessa disciplina degli art. 2506-bis ss. c.c., perché non vi è più modo di distinguere il patrimonio e i debiti dell'una da quelli dell'altra. E lo stesso vale, con gli opportuni adattamenti, per ogni altra ipotesi di scissione. Che non sia questo il funzionamento dell'istituto mi pare non richieda dimostrazione».

⁴⁷⁶ D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, cit., I, pp. 2501 ss.; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1405. In senso contrario, FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., pp. 1065 ss.

Ciò non significa, ovviamente, che siano applicabili *sic et simpliciter* gli artt. 2501 ss. c.c. – i quali, secondo quanto appena detto, presuppongono, non un predicato identificativo qualunque, ma un soggetto-titolare, avente forma societaria – ma che le conseguenze della ricostruzione dottrinale preferibile potranno valere, *mutatis mutandis*, anche per le analoghe operazioni cui siano assoggettati i fondi⁴⁷⁷.

La creazione di un comparto, pur potendo essere economicamente omologa alla scissione del fondo, non ha la stessa struttura giuridica, giacché non ne deriva la costituzione di due fondi, ossia di due patrimoni primari, ma di due o più patrimoni secondari. Questo significa che, alla separazione bilaterale derivante dall'acefalia del fondo⁴⁷⁸, si somma una separazione patrimoniale di secondo grado, in cui il comparto assume, per il fondo medesimo, la stessa funzione che il patrimonio *ex art. 2447 bis c.c.* riveste rispetto alla società per azioni.

Quanto abbiamo detto sin qui non dà luogo all'«*entificazione monofunzionale*» del fondo, prospettata dalla dottrina⁴⁷⁹.

L'art. 2659 c.c.⁴⁸⁰, infatti, stabilisce che nella nota di trascrizione devono essere indicate, tra l'altro, le «*parti*» dell'atto di cui si richiede la trascrizione. Che queste parti non debbano necessariamente essere dei soggetti, ma possano anche essere dei patrimoni acefali, è confermato, in primo luogo, dalla trascrivibilità degli atti compiuti dal curatore dell'eredità giacente e, inoltre, dal Notariato: «*non vi sono difficoltà a far rientrare nel concetto di parte anche il fondo, in quanto centro di imputazione di un'attività, sintesi di un patrimonio specificamente individuato, qualificato espressamente dal legislatore come "autonomo", centro di interesse per i partecipanti al fondo. Non può essere ritenuto decisivo il fatto che l'art. 2359 [ndr 2659], primo comma, n. 1, faccia esclusivo riferimento alle persone fisiche, alle persone giuridiche, alle società di persone ed alle associazioni non riconosciute, in quanto l'elenco non può essere ritenuto tassativo, come confermato dalla giurisprudenza che ritiene, ad esempio, effettuabile la trascrizione immobiliare in capo ad un comitato*»⁴⁸¹. Ma, se il concetto di parte è compatibile anche con un patrimonio della cui soggettività non ci si è accertati, allora la trascrizione, nello stesso pensiero del Notariato, prescinde dalla soggettività delle parti, le quali possono consistere in un soggetto o in un patrimonio acefalo.

⁴⁷⁷ Ne vedremo le implicazioni processuali nel Capitolo VI, Sezione II, § 11. La fusione e la scissione dei fondi. La fusione di fondi con S.I.C.A.V. e S.I.C.A.F.

⁴⁷⁸ Ossia da ogni altro patrimonio identificato dall'imputazione a un soggetto o dall'attribuzione di un predicato alternativo.

⁴⁷⁹ BARALIS, *op. cit.* Nello stesso senso si è espresso il CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

⁴⁸⁰ «*Chi domanda la trascrizione di un atto fra vivi deve presentare al conservatore dei registri immobiliari, insieme con la copia del titolo, una nota in doppio originale, nella quale devono essere indicati: 1) il cognome ed il nome, il luogo e la data di nascita e il numero di codice fiscale delle parti, nonché il regime patrimoniale delle stesse, se coniugate, secondo quanto risulta da loro dichiarazione resa nel titolo o da certificato dell'ufficiale di stato civile; la denominazione o la ragione sociale, la sede e il numero di codice fiscale delle persone giuridiche, delle società previste dai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto e delle associazioni non riconosciute, con l'indicazione, per queste ultime e per le società semplici, anche delle generalità delle persone che le rappresentano secondo l'atto costitutivo. Per i condominii devono essere indicati l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale [...]*».

⁴⁸¹ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *op. cit.*

La posizione del Notariato, allora, pur connotata da grande acume teorico e non casuale senso pratico, mostra di non essersi ancora affrancata completamente dai dogmi di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche e dall'impostazione esclusivamente soggettiva della pubblicità immobiliare. Quanto al primo dogma, la contraddizione che emerge è quella, pocanzi esaminata, tra il frazionamento della proprietà e l'imputazione di quest'ultima. In merito al secondo dogma, invece, l'aporia discende dall'aver immaginato un'entificazione monofunzionale agli effetti della trascrizione, pur essendo consapevoli che quest'ultima non richiede l'imputazione dei diritti.

È allora necessario sganciarsi da quei dogmi e andare oltre, dichiarando che si danno diritti privi di titolare, il cui trasferimento può trascriversi a favore del patrimonio acefalo. Il termine «*partis*», impiegato dall'art. 2659, pertanto, non indica soltanto i soggetti.

In questo modo, la trascrizione si adatta alle esigenze dell'economia contemporanea, rispettando il diritto positivo che non ragiona di soggetti, ma di «*partis*», ovverosia di predicati che identificano le situazioni giuridiche consentendone in concreto l'esistenza. Soltanto così la trascrizione, conservando la propria funzione tradizionale, assume anche quella che il mutato contesto sociale, economico e politico richiede, ovverosia di far da strumento all'attività imprenditoriale e, nel caso particolare dei fondi, di garantire l'efficienza e l'efficacia della gestione collettiva del risparmio, mediante la pubblicità della separazione patrimoniale bilaterale di cui all'art. 36, comma 4 T.U.F. in favore dei partecipanti al fondo (creditori dinamici) e dei terzi (creditori statici)⁴⁸².

Questa pubblicità, concernendo un trasferimento – e non una separazione interna al patrimonio primario – non è costitutiva della separazione come negli artt. 2447 *bis* e 2645 *ter* c.c., ma dichiarativa del trasferimento del diritto⁴⁸³. Difatti, stante il principio di tipicità della trascrizione⁴⁸⁴, la pubblicità della destinazione non è qui immaginabile, giacché non è ammessa espressamente da alcuna norma del Testo Unico. Pertanto, l'unico modo per realizzare la separazione patrimoniale consiste nella trascrizione del trasferimento al patrimonio acefalo, trasferimento che, ricadendo nell'ipotesi dell'art. 2643, n. 1 c.c., rispetta il

⁴⁸² Per questa ulteriore funzione della trascrizione: PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1957, p. 395; MARICONDA, *La trascrizione immobiliare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1995, pp. 74-75; PARISI, *Trascrizione nei confronti del trust: appunti per una rilettura dell'art. 2659 c.c.*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, p. 378; DI SAPIO, *Trust e modalità di esecuzione della pubblicità immobiliare, Parte Seconda*, in *Vita notarile*, 2015, p. 704.

⁴⁸³ Al contrario, Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, *cit.*, equiparando la separazione patrimoniale del fondo a quella dei patrimoni destinati *ex* 2447 *bis* c.c., così si esprime: «*in siffatte situazioni non si dubita che il patrimonio separato (o destinato) sia pur sempre da ricondurre alla titolarità del soggetto (persona fisica o giuridica che sia) dal quale esso promana*».

⁴⁸⁴ Il principio, secondo GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, p. 986, si desume dall'art. 2672 c.c. ed è sempre più discusso.

Per un'interessante resoconto dello stato del dibattito: PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, consultabile all'indirizzo internet: <http://www.gaeetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000622/Petrelli%20-%20Tassativita%20nella%20trascrizione%20immobiliare%20-%202009.pdf>.

predetto principio di tassatività e costituisce, se letto alla luce della sola responsabilità patrimoniale, un omologo funzionale dell'istituzione di un patrimonio secondario.

Pertanto, pur esistendo una somiglianza tra il patrimonio destinato della società per azioni e il fondo comune di investimento, in quest'ultimo fenomeno la trascrizione non rende opponibile una destinazione allo scopo e non costituisce la separazione del patrimonio (*rectius* dei creditori funzionali da quelli generali) *ex art.* 2740, comma 2 c.c., ma rende opponibile il trasferimento avvenuto in favore di un patrimonio acefalo.

Il fondo, allora, non è un patrimonio entificato o un compendio caratterizzato da una separazione patrimoniale bilaterale, ma semplicemente un patrimonio distinto, «*a tutti gli effetti*», da ogni altro patrimonio primario, come quello di Tizio differisce da quello di Caio, diversità che impedisce ai creditori del primo di aggredire i beni del secondo.

È poi la stessa idea del trasferimento dei diritti ad aver fatto ritenere che la pubblicità dichiarativa presupponga necessariamente dei soggetti e un passaggio tra di essi. Ciò che, invece, è reso opponibile dalla pubblicità dichiarativa non è un passaggio, ma la costituzione di un diritto diverso da quello che sussisteva in capo al cd. dante causa, oggettivamente identico a questo e da esso dipendente secondo le regole degli acquisti derivativi.

Questo non significa che, qualora vi sia un atto di destinazione *ex art.* 2447 *bis* c.c., la trascrizione debba effettuarsi a favore dello scopo o del patrimonio che vi è destinato. Quel diritto, infatti, resta imputato alla società per azioni. Pertanto, quando concorrono due predicati, uno oggettivo (scopo) e l'altro soggettivo (imputazione, ad esempio, alla S.P.A.), non si trascrive un atto che costituisce una nuova situazione giuridica in luogo di quella precedente, come se si trattasse di un «trasferimento» dal partecipante al fondo comune di investimento.

Pertanto, nonostante sia i partecipanti ai fondi, sia i finanziatori *ex art.* 2447 *bis*, lett. b) siano dei creditori dinamici e benché sia il fondo, sia il patrimonio destinato della società per azioni siano, rispettivamente a questi soggetti, dei patrimoni dinamici⁴⁸⁵, la distinzione tra acefalia e imputazione segna un discrimine fondamentale tra i modi di arricchimento del gestore. Solo nel caso dei patrimoni destinati delle S.P.A., infatti, il gestore si arricchisce dei proventi della gestione che vengono inclusi in un patrimonio separato di cui è titolare. Nel caso dei fondi, invece, il patrimonio, che è comunque produttivo, è tale soltanto per gli investitori, mentre al gestore i proventi derivano dalle sole commissioni, agganciate all'attività di gestione e non ai suoi risultati⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Rivestendo invece la tradizionale funzione di patrimoni statici di cui all'art. 2740 c.c. per ogni diverso creditore.

⁴⁸⁶ EDWARDS e STOCKWELL, *Trusts and equity*, cit., p. 464, ricordano, in materia di *trust*, una regola identica, ossia la *liability to account for gains*, espressa da Lord Herschell in *Bray v. Ford* (1896): «*it is an inflexible rule of a Court of Equity that a person in a fiduciary position [...] is not, unless otherwise expressly provided, entitled to make a profit*».

§ 9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi.

Quid iuris se la S.G.R. aliena, versando in conflitto d'interessi con i partecipanti, una proprietà inclusa nel fondo? I partecipanti hanno diritto a che il terzo restituisca il bene o ne risarcisca il valore?

L'esperibilità di un'azione revocatoria è senz'altro fuori luogo. I partecipanti sono dei creditori dinamici, cosicché il fondo non costituisce la loro garanzia patrimoniale generica *ex* artt. 2740 e 2901 c.c.

La possibilità di agire contro i terzi per recuperare il bene dipende dall'opponibilità, nei loro confronti, del diritto di credito degli investitori verso la S.G.R. Quest'opponibilità potrebbe desumersi dalla circostanza per cui l'inclusione nel fondo è sottoposta alla pubblicità immobiliare, ma il problema non è la trascrizione, bensì lo stesso diritto di credito, il quale non ha a oggetto la futura acquisizione del bene da parte dell'investitore, ma la *best execution* e la liquidazione della quota.

Pertanto, posta fuori gioco la pubblicità immobiliare, non resterebbe che immaginare una responsabilità dei terzi per lesione del credito dei partecipanti, nella forma del concorso nell'inadempimento commesso dalla S.G.R.

Sarebbe possibile immaginare la più pregnante tutela, per così dire «reale», dell'art. 1394 c.c.?

Secondo questa disposizione, «*il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo*».

Tutto si appunta sulla possibilità di estendere analogicamente la disposizione ai fondi comuni d'investimento, in cui non esiste un fenomeno rappresentativo giacché i partecipanti non sono titolari delle situazioni giuridiche gestite dalla S.G.R. e non possono dunque essere dei rappresentati. Ci si trova di fronte, infatti, alla scissione tra legittimazione a disporre, imputazione (*rectius* inclusione) del diritto e interesse gestito.

Quanto al *trust*, infatti, la dottrina ha escluso l'applicazione analogica dell'art. 1394: vi osterebbe proprio la mancanza di un fenomeno rappresentativo e, ancor prima, di una dualità soggettiva tra *trustee* e *trust fund* (il quale costituisce un patrimonio separato, imputato al *trustee*)⁴⁸⁷.

Quest'affermazione, in realtà, non è sufficiente per risolvere il dubbio.

La dualità soggettiva, infatti, potrebbe esistere e riguardare la relazione tra il gestore e il soggetto titolare dell'interesse gestito. Vi sarebbe allora da chiedersi quale sia la *ratio* dell'art. 1394 c.c.: la tutela dell'interessato o quella del rappresentato in senso tecnico?

Prima di esaminare il punto, conviene notare che, qualunque sia l'esigenza alla base della disposizione citata, la sua estensione analogica sembra impedita dal principio di

⁴⁸⁷ CORSINI, *Il trustee, cit.*, pp. 188 ss., cui si rinvia anche per la giurisprudenza in materia.

tassatività delle ipotesi di annullamento. I partecipanti al fondo non potrebbero quindi ottenere l'annullamento del contratto concluso dalla S.G.R. con i terzi.

È invece evidente che la S.G.R. possa ottenere l'annullamento degli atti compiuti dai propri amministratori, *ex art.* 1394 c.c.

L'art. 2391 c.c., infatti, regola il conflitto d'interessi che inficia le delibere consiliari, non gli atti a rilevanza esterna che non siano stati preceduti da tali delibere, cosicché la dottrina e la giurisprudenza ammettono che tale lacuna normativa sia colmata ricorrendo al rimedio generale previsto dal citato art. 1394⁴⁸⁸. La società di gestione, al pari di qualsiasi altra società per azioni, potrebbe dunque valersene. Quest'ipotesi, tuttavia, pone un problema: la S.G.R. dovrebbe dimostrare che l'amministratore ha agito perseguendo un interesse proprio, in conflitto con quello dei partecipanti. L'interesse tutelato dall'art. 1394, invece, è quello della società (rappresentata), non quello dei suoi creditori. Come immaginare, allora, che la società di gestione possa convenire i terzi per far annullare gli atti che i propri amministratori hanno compiuto a proprio favore, contro l'interesse degli investitori?

Occorre osservare che vi è un doppio rapporto gestorio: un primo rapporto, organico, corre tra amministratori e S.G.R.; un secondo rapporto, meramente gestorio (ossia non rappresentativo), corre tra la società e i partecipanti.

Poiché gli atti degli amministratori sono imputati alla S.G.R., e poiché questa può essere chiamata a risponderne con il proprio patrimonio sociale ove sia stato violato il *duty of loyalty*, allora è interesse della S.G.R. compiere atti che non diano luogo a responsabilità nei confronti dei creditori. È così possibile riportare l'interesse degli investitori a quello della S.G.R. e quindi rientrare nel tradizionale ambito societario di applicazione dell'art. 1394 c.c.

⁴⁸⁸ ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 135; SCALI, *Il contratto dell'amministratore in conflitto di interessi*, in *www.dircomm.it*; MAFFEIS, *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni*, in *I Contratti*, 5, 2006, pp. 442 ss.; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1450.

In senso contrario: FERRI, *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 35.

La giurisprudenza fa costantemente proprie le tesi della dottrina prevalente: Cass., sez. III, 10 aprile 2000, n. 4505, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 764; Cass., sez. I, 26 gennaio 2006, n. 1525, in *Obbligazioni e contratti* 2007, 2, p.136, con nota di Fede; Cass., sez. I, 13 febbraio 2013, n. 3501, in *Giust. civ. Mass.* 2013. Per le massime contenute in queste sentenze, sia sufficiente citare Cass., sez. III, 26 settembre 2005, n. 18792, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 9: «*l'orientamento dottrinale prevalente ed una giurisprudenza consolidata (ex plurimis da ultimo Cass. 10.4.2000, n. 4505) ritengono che gli artt. 1394 e 2391 c.c. si pongono in una relazione di reciproca esclusione, ciascuno avendo un proprio ambito di operatività. L'art. 1394 si applica agli atti compiuti dal rappresentante della società di capitali quando manchi una deliberazione del consiglio di amministrazione con la determinazione del contenuto del contratto; si applica, invece, l'art. 2391 nel caso in cui il conflitto di interessi emerga in sede deliberativa, anche quando l'attuazione del contratto sia affidata all'amministratore in conflitto di interessi con la società. Conseguentemente il contratto è suscettibile di venire annullato ai sensi dell'art. 1394 se sia concluso dall'amministratore unico (ipotesi nella quale manca il consiglio di amministrazione) o dall'amministratore munito di potere di rappresentanza (come nella specie il presidente del consiglio di amministrazione) che, delegato o no, agisca senza una preventiva deliberazione consiliare. In ogni altra ipotesi la conclusione del contratto è deliberata dal consiglio di amministrazione ed il conflitto di interessi si manifesta già nella fase deliberativa, sicché trova applicazione l'art. 2391 e l'annullamento del contratto è possibile solo se sia prima annullata la deliberazione che ne ha deciso la conclusione, previa dimostrazione della mala fede del terzo. Ne deriva una minore tutela della società rispetto all'ipotesi di contratto concluso dall'amministratore al di fuori di deliberazione consiliare; tale minore tutela si giustifica, ove sia posta in relazione con la maggiore garanzia che assicura il sistema della collegialità».*

L'estensione dottrinale e giurisprudenziale dell'art. 1394 alle società per azioni è particolarmente utile, giacché può illuminarne la *ratio*, consistente nella tutela del soggetto i cui interessi sono gestiti, piuttosto che del solo rappresentato in senso tecnico. La rappresentanza organica, infatti, non è vera rappresentanza: non è vi è nemmeno il presupposto elementare della dualità soggettiva.

A questo punto, delle due, l'una: o estendiamo l'art. 1394 – e, con esso, in quanto compatibile, il resto della disciplina della rappresentanza – al fenomeno dei fondi comuni così da tutelare i partecipanti da atti gestori infedeli, oppure dovremo spiegare il perché della disparità di trattamento tra quest'ipotesi e l'applicazione della citata disposizione alla rappresentanza organica.

Una tale disparità non può essere giustificata dal fatto che la *contemplatio domini* sia presente nella sola rappresentanza organica e non, invece, negli atti gestori compiuti dalla S.G.R. La *contemplatio* consiste nell'indicazione del soggetto «*in nome e per conto*» del quale l'atto è compiuto. Quanto all'agire «*in nome altrui*», sia nella rappresentanza organica, sia negli atti gestori compiuti dalla S.G.R., manca la dualità soggettiva. Quanto all'agire «*per conto altrui*», sia nella rappresentanza organica, sia negli atti compiuti dalla S.G.R. si svolge un'attività negoziale nell'interesse altrui. I titolari di questo interesse sono la collettività dei soci⁴⁸⁹ e, rispettivamente, l'insieme dei partecipanti al fondo (artt. 1 lett. k, 35 *decies* e 36, comma 3 T.U.F.).

Di conseguenza, l'agire in nome e per conto altrui manca in entrambe le ipotesi.

Eppure esistono due differenze: la società di capitali è un soggetto, mentre il fondo è un patrimonio acefalo: la dichiarazione di volontà dell'organo, infatti, è imputata alla società di capitali, mentre quella della S.G.R. non è imputata al fondo. Inoltre, l'«*agire in nome proprio*» si presenta soltanto nel caso di una comune società per azioni.

Queste due differenze sono sufficienti per giustificare l'estensione dell'art. 1394 c.c. ai soli atti compiuti dalla società per azioni e non a quelli compiuti dalla S.G.R. nella gestione del fondo?

L'imputazione dell'atto alla società, invece che al fondo, è irrilevante: anche nella rappresentanza volontaria, come pure in quella legale, l'atto è imputato al gestore e non al *dominus*. Ciò nonostante, si applica l'art. 1394 c.c.

⁴⁸⁹ L'interesse della società, con cui, *ex art.* 2391 c.c., l'amministratore non deve mai essere in conflitto, è, infatti, l'interesse della collettività dei soci. Se, infatti, può immaginarsi un soggetto non umano, non può dirsi che esistano interessi non umani. Il soggetto di creazione giuridica, infatti, non è titolare di interessi, ma di situazioni giuridiche che sono funzionali alla protezione dell'interesse della comunità umana sottostante. Ciò trova conferma nell'analisi linguistica della persona giuridica e nella teoria della doppia imputazione delle stesse situazioni giuridiche a essa attribuite: GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 553 ss.; D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1989, p. 141, nota 71; GAZZONI, *Manuale, cit.*, p. 156. La persona giuridica, insomma, come metafora che, con l'affiancarsi alla *persona naturalis*, diviene mito, secondo le parole di GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Milano, 2010, pp. 25 ss.

Quanto alla mancanza della *contemplatio domini*, essa dipende dall'inesistenza di un soggetto che possa dirsi *dominus*: non il fondo, che è un mero patrimonio; non i partecipanti, che non sono titolari delle situazioni giuridiche. Vi è quindi una dissociazione soggettiva tra l'interesse alla gestione e la situazione giuridica gestita e quindi un'ipotesi simile a quella del mandato senza rappresentanza⁴⁹⁰.

A conferma dell'applicabilità dell'art. 1394 c.c. fuori dell'ambito della rappresentanza, dobbiamo ricordare che la rilevanza degli interessi e quindi del loro eventuale conflitto non presuppone la rappresentanza, ma la cooperazione giuridica, ed esistono cooperazioni giuridiche non rappresentative, dette 'interposizioni gestorie'⁴⁹¹. Un tanto è confermato dalla giurisprudenza⁴⁹² secondo cui il contratto, concluso dal mandatario senza rappresentanza in conflitto di interessi col mandante, è annullabile *ex art.* 1394.

Pertanto, la mancanza di un meccanismo rappresentativo non esclude che possa sorgere un conflitto tra gli interessi della società di gestione e quelli degli investitori e che quindi costoro vi possano porre rimedio mediante l'azione di annullamento prevista dall'art. 1394 c.c.⁴⁹³.

Escludendo l'applicabilità dell'art. 78 c.p.c. al caso in cui la S.G.R. versi in conflitto d'interessi con i partecipanti, il Tribunale di Milano⁴⁹⁴ ha statuito che la S.G.R., la quale agisca contro i propri precedenti amministratori per ottenere il risarcimento arrecato da costoro al fondo, non rappresenta i partecipanti. Essi, infatti, non vanterebbero, prima della scadenza del termine per la liquidazione delle quote, alcun credito risarcitorio; pertanto, non possono essere rappresentati dalla società in un'azione che ancora non compete loro. Inoltre, «*la questione del conflitto di interessi è questione che si pone, sul piano sostanziale, nei rapporti tra rappresentante e rappresentato (artt. 1394, 1395 c.c.). Tuttavia, nel caso di specie, "... non si può certo postulare l'esistenza di un rapporto di mandato o di rappresentanza tra la medesima società di gestione ed il fondo: perché questo implicherebbe una duplicità soggettiva che non è invece ravvisabile". Né il conflitto è ravvisabile tra la S.G.R. e i partecipanti ai fondi perchè la S.G.R. non è rappresentante dei partecipanti stessi*».

⁴⁹⁰ Benché in esso la situazione giuridica sia imputata a un soggetto (mandatario).

⁴⁹¹ TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, p. 223.

⁴⁹² Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Guida al diritto* 2008, 42, 60, con nota di Piselli.

⁴⁹³ La tutela rispetto al conflitto d'interessi ha, infatti, valenza generale in tutti i casi in cui sussiste un conflitto tra un centro autonomo di interessi, anche privo di personalità giuridica, come il fallimento, e il suo rappresentante, costituito dal curatore fallimentare: Cass., sez. I, 20 novembre 1992, n. 12398, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 11 e in *Fallimento* 1992, 701; Cass., sez. I, 10 marzo 1995, n. 2800, in *Giust. civ. Mass.* 1995, 573 e in *Società* 1995, 1292, con nota di Ciatti.

Per giurisprudenza consolidata, il curatore non è un rappresentante né del fallito, né dei suoi creditori: Cass., sez. I, 14 settembre 1991, n. 9605, in *Giust. civ.* 1992, I, 999; Cass., sez. I, 14 gennaio 1993, n. 404, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 56 e in *Fallimento* 1993, 611; Cass., sez. I, 15 gennaio 2003, n. 508, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 102; *Dir. e giust.* 2003, 6, 99; *Fallimento* 2003, 1075, con nota di Zanichelli; Cass., sez. III, 9 giugno 2015, n. 11854, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

Il fallimento non è un soggetto, ma riunisce piuttosto gli interessi del ceto creditorio: Cass., sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. comm.* 2012, 2, II, 276, con nota di Fabiani.

È dunque verificata la tesi per cui il conflitto d'interessi legittima l'attivazione dei rimedi contro il conflitto d'interessi anche nelle interposizioni gestorie, ossia nelle cooperazioni giuridiche non rappresentative.

⁴⁹⁴ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

L'esclusione della rappresentanza rispetto ai partecipanti e al fondo è corretta. Tuttavia, abbiamo dimostrato che il conflitto d'interessi è immaginabile anche per le interposizioni gestorie, talché il richiamo al difetto di rappresentanza non dimostra che sia inconfigurabile un conflitto d'interessi.

L'azione di annullamento *ex art. 1394 c.c.*, ciò nonostante, non può essere esperita dai partecipanti.

Se essi potessero convenire in giudizio i terzi per l'annullamento degli atti di disposizione compiuti dalla S.G.R., allora essi si ingerirebbero nella gestione del fondo comune, ossia nel compimento di atti, sostanziali o processuali, incidenti sui diritti inclusi nel fondo medesimo.

Per comprendere che il diritto all'annullamento degli atti infedeli della S.G.R. è compreso nel fondo, e non nei patrimoni individuali dei partecipanti, basta evidenziare che l'azione di annullamento *ex art. 1394 c.c.* sarebbe esperita, da quest'ultima, non contro se stessa, ma contro i propri amministratori e gli aventi causa dal fondo. Pertanto, l'azione della S.G.R. non comporterebbe un "istituzionale" (ossia un immancabile) conflitto d'interessi, come se essa fosse chiamata ad agire contro se stessa per i danni procurati al fondo⁴⁹⁵. Questo significa che il diritto all'annullamento non è imputato ai partecipanti, ma è incluso nel fondo, di modo che esso è sottoposto alla legittimazione esclusiva della S.G.R., stante l'autonomia gestionale che alla società è riconosciuta dagli artt. 1, lett. k) e 36 T.U.F.

È così dimostrato che gli investitori non possono convenire in giudizio i terzi per ottenere l'annullamento degli atti di disposizione compiuti dalla S.G.R.

Pertanto, l'unica azione che gli investitori vantano al fine di costringere la S.G.R. ad agire *ex art. 1394* è quella risarcitoria, di natura contrattuale, in favore del fondo o dei propri patrimoni individuali, per i danni derivanti dal perfezionamento dell'atto infedele e dal suo mancato annullamento.

§ 10. I diritti, inclusi nel fondo, verso i terzi.

Quando il Tribunale di Milano⁴⁹⁶ afferma condivisibilmente che, senza un'azione della S.G.R. verso i terzi, l'interesse dei partecipanti non sarebbe tutelato, non sostiene che i partecipanti abbiano un diritto verso i terzi, né che quel diritto sia imputato alla S.G.R., ma soltanto che la società può agire (quale legittimata processuale meramente gestoria) e ottenere una sentenza di merito (ove siano rispettate tutte le condizioni della legittimazione ad agire, tra cui l'art. 81), contro gli anzidetti terzi.

⁴⁹⁵ Sull'"istituzionalità" di un conflitto d'interessi della S.G.R. che fosse costretta ad agire contro se stessa, conflitto la cui immancabilità deriverebbe dall'inclusione del diritto nel fondo, sottoposto unicamente alla sua legittimazione, v. Capitolo VI, Sezione I, § 2. *Le beneficiary dispute.*

⁴⁹⁶ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

Esiste sì un diritto dei partecipanti alla massimizzazione del valore del fondo, ma tale credito esiste soltanto nei confronti della società. Né esiste un diritto risarcitorio della S.G.R., giacché non può dirsi che essa abbia diritto alla reintegrazione di un patrimonio di cui non è titolare e che deve gestire nell'interesse altrui. Né esiste un diritto *del fondo*, che non è un soggetto.

Esiste soltanto un diritto risarcitorio *nel fondo*, che si costituisce perché sia soddisfatto il diritto dei partecipanti alla massimizzazione del fondo medesimo. Se quel diritto dei partecipanti non sussistesse e se ne mancasse il sostrato, ossia l'interesse creditorio, allora l'obbligazione risarcitoria non potrebbe neppure esistere: vi osterebbe l'art. 1174 c.c.⁴⁹⁷.

A questo credito fa da contraltare l'obbligo, in capo alla S.G.R., di gestire il fondo in modo diligente e leale (*best execution*). Un'inerzia di fronte al danneggiamento dei beni compresi nel fondo o all'inadempimento dei crediti che vi sono inclusi non corrisponderebbe a una gestione diligente, potendo addirittura fondare un'accusa d'infedeltà. Perciò, dalla sussistenza del credito e dall'interesse degli investitori alla massimizzazione del profitto, consegue la costituzione, all'interno del fondo e non in capo agli investitori, di un diritto risarcitorio nei confronti dei terzi che, danneggiando il fondo medesimo, abbiano ostacolato quella stessa massimizzazione.

Il Testo Unico della Finanza e, più in generale, le tendenze legislative cui danno luogo le esigenze dell'economia contemporanea, pertanto, costringono, non soltanto a immaginare dei diritti privi di titolare, ma anche a ripensare l'interesse creditorio dell'art. 1174 c.c.⁴⁹⁸.

Secondo questa disposizione, «*la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione [...] deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*».

L'imputazione dell'interesse al creditore è finora stata evidente: se le situazioni giuridiche, come credito e debito, sono necessariamente soggettive, e se l'assunzione di un obbligo deve essere giuridicamente giustificata, allora tale giustificazione non può che consistere in un interesse, da imputarsi necessariamente al creditore, ossia al soggetto che deve ricevere la prestazione dedotta nell'obbligazione⁴⁹⁹. Al più, in materia di contratto a

⁴⁹⁷ BIANCA, *Diritto civile*, IV, *cit.*, p. 43: «*che l'interesse creditorio sia elemento costitutivo dell'obbligazione deve [...] essere ribadito in quanto ciò risponde ad un principio che deve essere inteso come basilare dell'ordinamento giuridico, ossia il principio che i diritti sono posizioni attribuite al soggetto per la tutela di un suo interesse*». Nel corso di quest'opera, si è compreso ancor di più che il diritto è creato per la tutela dell'interesse di un soggetto, senza che ciò imponga che quello stesso diritto sia imputato a un qualche soggetto.

Pertanto, è la stessa esistenza del diritto incluso nel fondo, prima ancora che la sua gestione, a essere giustificata dall'interesse degli investitori. Allo stesso modo, è l'esistenza del diritto incluso nell'eredità giacente, prima ancora che la gestione condotta dal curatore, a trovare il proprio fondamento giustificativo nell'interesse dei creditori ereditari e dei successibili.

In entrambe le ipotesi – fondi comuni ed eredità giacente – l'interesse privato tutelato corrisponde a un interesse pubblico, costituzionalmente previsto, ossia la tutela del risparmio (art. 47 Cost.) e la persistenza delle situazioni giuridiche nonostante l'estinzione dei loro titolari (art. 42 ult. comma Cost.).

⁴⁹⁸ Su questa disposizione, tra i molti: BIANCA, *Diritto civile*, IV, *cit.*, pp. 41 ss.; GAZZONI, *Manuale*, *cit.* pp. 561-562.

⁴⁹⁹ Così si legge, infatti, in BIANCA, *Diritto civile*, IV, *cit.*, p. 41: «*l'interesse del creditore è l'interesse che la prestazione è diretta a soddisfare*». Ciò è vero soltanto il più delle volte, giacché, nell'ambito dei fondi

favore di terzi, si è affermato che l'interesse dello stipulante, non corrispondendo a quello del terzo-creditore, sarebbe irriducibile all'interesse di cui discorre l'art. 1174 c.c., dovendosi invece ricondurre alla valutazione di meritevolezza dell'art. 1322⁵⁰⁰.

Sta di fatto che, comunque si configuri il contratto a favore dei terzi, il fenomeno che stiamo esaminando non vi è riconducibile.

Il diritto nei confronti dei terzi che hanno danneggiato il fondo⁵⁰¹, infatti, sorge all'interno di un patrimonio che è privo di titolare e del quale non può quindi immaginarsi un interesse alla prestazione. L'unico interesse è quello dei partecipanti, che, vantando un diritto nei soli riguardi della società, non sono creditori dei terzi. Né l'interesse degli investitori può essere riportato alla valutazione di meritevolezza prevista dall'art. 1322 c.c., giacché quella valutazione è già stata definitivamente compiuta, con esito positivo, dal Testo Unico della Finanza.

L'interesse, che è imputato all'investitore e giustifica l'obbligo risarcitorio del terzo danneggiante, è, allora, quello dell'art. 1174 c.c. La rilettura di questa disposizione, per quanto concerne i fondi comuni, comporta l'imputazione dell'interesse al creditore dinamico⁵⁰² del gestore⁵⁰³.

Il diritto sorge allora, da atto lecito o illecito, a titolo contrattuale o extracontrattuale, nei confronti dei terzi ed è incluso nel fondo. Quel diritto è privo di titolare; il suo esercizio è oggetto di un ufficio privato (potere/obbligo) della S.G.R. e di un diritto di credito dei partecipanti. L'obbligo dei terzi, pertanto, trova la propria giustificazione nell'interesse degli investitori⁵⁰⁴.

comuni di investimento, l'interesse non è quello del fondo (il quale non è un soggetto), né quello della S.G.R. (che non è titolare del credito), ma quello degli investitori.

⁵⁰⁰ TAMPONI, *Contratto a favore di terzo: nozione, ruolo dei contraenti, interesse dello stipulante*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2003/10/13/contratto-a-favore-di-terzo-nozione-ruolo-dei-contraenti-interesse-dello-stipulante>.

GAZZONI, *Manuale*, cit. pp. 561-562, invece, sostiene che il creditore della prestazione sia lo stipulante e non il terzo.

⁵⁰¹ Ciò che stiamo dicendo, tuttavia, vale anche per i creditori da atto lecito.

⁵⁰² Con questa espressione si allude al soggetto che non ha diritto a una prestazione determinata, ma partecipa ai rischi di un'attività imprenditoriale, cosicché il patrimonio non ha una funzione statica di garanzia ex art. 2740 c.c., ma una funzione dinamica e produttiva. A tale proposito, si veda JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico"*, cit., pp. 1253 ss.

⁵⁰³ BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., pp. 45-46, ricorda che sono già noti dei casi in cui l'interesse del creditore alla prestazione concorre con un interesse del terzo. In queste ipotesi, si ha una concorrenza indiretta (es. art. 2900 c.c., volto alla conservazione della garanzia patrimoniale), o una concorrenza diretta, in cui il terzo ha interesse a ricevere direttamente la prestazione. Quest'ultimo ordine di ipotesi può dar luogo a una legittimazione congiuntiva (es. usufrutto di credito) o esclusiva (es. pegno su crediti).

Nel fenomeno che stiamo studiando, però, non vi è alcuna concorrenza di interessi all'adempimento. Il creditore, infatti, quanto all'obbligazione che lega i terzi al fondo, non esiste. L'unico interesse che giustifica l'obbligazione di coloro che vengano in contatto col fondo comune è quello dei partecipanti, che non sono creditori se non nei confronti della società di gestione.

⁵⁰⁴ Quest'interesse, riconducibile al principio fissato dall'art. 1174 c.c., influirà sulla causa del contratto come qualsiasi tradizionale interesse "creditorio". Su questa relazione tra interesse alla prestazione e funzione del contratto: BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 45.

Tale diritto, di conseguenza, può essere esercitato dalla sola S.G.R. I partecipanti non possono esercitarlo né in via diretta, giacché non ne sono titolari, né mediante una sostituzione processuale, che non è prevista. È precluso anche il ricorso alla surrogatoria dell'art. 2900 c.c.: i partecipanti sono dei creditori dinamici, rispetto ai quali il fondo non costituisce la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c.

§ 11. La banca depositaria.

Il ruolo di depositario è regolato dagli artt. 37 e 47 ss. T.U.F., nonché dal Regolamento Bankitalia del 14 aprile 2005 e dal Regolamento Bankitalia del 29 ottobre 2007, ed è affidato a una banca. Essa ha la funzione di tutelare i partecipanti al fondo comune, dovendo salvaguardare l'autonomia patrimoniale del fondo e impedire qualsiasi abuso da parte della società di gestione.

In forza di una convenzione con la S.G.R., prevista dall'art. 47, comma 1 T.U.F., alla banca è affidata la custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide del fondo, *«con il preciso scopo di sottrarli alla materiale detenzione da parte della S.G.R.»*⁵⁰⁵. Difatti, ex art. 48, comma 1, *«il depositario agisce in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti all'O.I.C.R. Esso adotta ogni misura idonea a prevenire potenziali conflitti di interesse tra l'esercizio delle funzioni di depositario e le altre attività svolte»*.

Stante la convenzione tra la S.G.R. e la banca depositaria, le responsabilità reciproche hanno natura contrattuale.

Discussa è, invece, la natura della responsabilità della depositaria nei confronti dei partecipanti al fondo, prevista dall'art. 49 T.U.F. Mentre alcuni la riconducono alla responsabilità aquiliana, secondo altri si tratterebbe di responsabilità contrattuale derivante dal regolamento del fondo⁵⁰⁶, il quale, ai sensi dell'art. 37, comma 1, *«indica il gestore e il depositario»*.

Sussiste, in forza della sottoscrizione di tale regolamento da parte del partecipante⁵⁰⁷, un contratto trilatero tra quest'ultimo, la S.G.R. e la banca depositaria? Qualora ciò dovesse escludersi, il contratto tra S.G.R. e banca potrebbe qualificarsi quale contratto a favore di terzo o, in alternativa, come contratto con effetti protettivi dei terzi?

Il contratto che si perfeziona in forza della sottoscrizione non è trilatero, giacché l'investitore non aderisce a un contratto aperto, intercorrente tra la S.G.R. e la banca depositaria, ma accetta un'offerta al pubblico della sola S.G.R. Il rapporto contrattuale tra la società di gestione e la banca, di cui all'art. 47, comma 1 T.U.F., è "chiuso".

⁵⁰⁵ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 147.

⁵⁰⁶ AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 148, dà conto di questa divergenza di opinioni.

⁵⁰⁷ Come chiarito da AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., p. 149, infatti, *«l'investitore perfeziona la sua partecipazione al fondo tramite l'adesione al regolamento»*.

È parimenti da escludere che questo contratto tra la banca e la S.G.R. sia da ricondurre alla figura del contratto con effetti protettivi dei terzi. Mentre quella tipologia contrattuale è caratterizzata dal fatto di avere effetti principali tra le parti ed effetti accessori e protettivi verso i terzi⁵⁰⁸, il contratto che qui esaminiamo, alla luce dei compiti attribuiti al depositario dall'art. 48 T.U.F., sembra produrre effetti esclusivamente a favore degli investitori. Si tratta quindi di un contratto a favore di terzi.

In ogni caso, che l'accordo sia da inquadrare nella fattispecie di cui agli artt. 1411 ss. c.c., o in quello del contratto con effetti protettivi dei terzi, la responsabilità della depositaria nei confronti dei partecipanti è contrattuale. Pertanto, la banca va annoverata tra i terzi che possono essere convenuti in giudizio dalla S.G.R. (per il risarcimento dei danni cagionati al fondo) e dai partecipanti (come confermato dall'art. 49, comma 1, per i pregiudizi arrecati alle loro quote).

La S.G.R. potrà quindi convenire in giudizio la depositaria a tutela dell'interesse del fondo comune o, per meglio dire, della collettività dei partecipanti⁵⁰⁹. La stessa società, invece, non potrà convenire in giudizio né la banca, né qualsiasi terzo, deducendo i diritti risarcitori dei singoli investitori la cui quota sia stata lesa, giacché tale diritto risarcitorio compete ai soli partecipanti e la Legge non autorizza una loro sostituzione processuale da parte della società di gestione.

§ 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.

In virtù di quanto detto, i partecipanti al fondo sono titolari di due situazioni giuridiche: 1) azione contro la S.G.R., a tutela del fondo; 2) azione contro la S.G.R., a tutela dei propri patrimoni personali. I partecipanti, invece, non possono agire contro i terzi per far valere i loro obblighi e le loro responsabilità nei confronti del fondo, né per ottenere l'annullamento, *ex art. 1394 c.c.*, degli atti di disposizione infedeli compiuti dalla S.G.R. di gestione.

⁵⁰⁸ BIANCA, *Diritto civile*, III, *cit.*, pp. 571-572, il quale, se ammette un'azione risarcitoria contrattuale da parte dei terzi protetti, nega che essi possano esperire i rimedi contrattuali; GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, pp. 958-959, che, a p. 954, nega l'esperibilità dei rimedi contrattuali da parte del terzo in cui favore il contratto sia stato concluso *ex art. 1411 c.c.* Pertanto, a prescindere dall'inquadramento dell'accordo nell'una o nell'altra figura, il terzo diviene titolare, non della posizione di parte contrattuale, ma unicamente di un diritto soggettivo.

Nella giurisprudenza: Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Il civilista* 2011, 4, 47, con nota di Savoia; Cass., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. it.* 2003, 883, con nota di Poncibò, in *Resp. civ. e prev.* 2003, 117, con nota di Gorgoni, in *Nuova giur. civ. commentata* 2003, I, 619, con nota di De Matteis; Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. Civ. Mass.* 2004, 7-8, in *Giust. Civ.* 2005, 1, I, 121, con nota di Giacobbe e in *Giust. Civ.* 2005, 10, 2403, con nota di Famularo.

⁵⁰⁹ Di ciò si trova conferma sia nell'art. 49, comma 1 T.U.F., secondo cui «il depositario è responsabile nei confronti del gestore e dei partecipanti all'O.I.C.R. di ogni pregiudizio da essi subito in conseguenza dell'inadempimento dei propri obblighi», sia nei principi generali, secondo i quali lo stipulante può agire contro il promittente ove costui si sia reso inadempiente nei confronti del terzo a favore del quale il contratto è stato stipulato. In questo senso: Cass., sez. I, 1 marzo 1993, n. 2493, *cit.*

A ciò si potrebbero muovere due critiche: a) si consente all'investitore di agire per il risarcimento di un danno cagionato a un patrimonio di cui non è titolare; b) l'indipendenza legislativamente assicurata alla S.G.R. sarebbe violata ove l'investitore potesse, mediante un'azione risarcitoria, ingerirsi nella gestione del fondo.

Contro la prima obiezione si può replicare che il diritto esercitato non è quello del fondo, ma quello dell'investitore alla massimizzazione del suo valore. Pertanto, il diritto al rimborso della differenza tra il valore globale reale e quello che si sarebbe dovuto avere ove la S.G.R. avesse correttamente investito i contributi dei partecipanti non è incluso nel fondo, ma è imputato ai partecipanti. Quello risarcitorio, infatti, è un obbligo secondario che sorge dalla violazione di quello primario, consistente nella *best execution*. Il rapporto obbligatorio secondario ha gli stessi estremi soggettivi di quello primario e corre, dunque, tra la S.G.R. debitrice e l'investitore creditore⁵¹⁰.

Pertanto, non ogni situazione giuridica relativa al fondo è inclusa in quest'ultimo. In esso sono comprese soltanto le situazioni, attive o passive, assolute o relative, che derivano dai versamenti dei partecipanti e dalla successiva gestione operata dalla S.G.R. Sono invece escluse dal fondo e hanno natura soggettiva quelle situazioni che non siano oggetto di versamento e gestione, ma dei due rapporti obbligatori che hanno a oggetto la gestione medesima e la liquidazione della quota.

L'adempimento dell'obbligo risarcitorio, gravante sulla S.G.R., cagiona l'inclusione di un diritto (es. la somma di denaro o il bene ceduto in virtù del risarcimento in forma specifica) nel fondo. Dall'istante in cui l'obbligo risarcitorio è adempiuto, allora, quella che era una situazione giuridica soggettiva, imputata all'investitore, si trasforma in una situazione acefala, inclusa nel fondo, che, in quanto tale, non potrà essere oggetto di azioni giudiziali da parte dell'investitore, ma soltanto ad opera della S.G.R.

Va poi sgombrato il campo da un dubbio che potrebbe sorgere a questo riguardo. Dimostrato che l'azione dell'investitore non viola l'art. 81 c.p.c. con riguardo al fondo, si potrebbe comunque pensare che essa comporti una violazione di quella stessa disposizione con riguardo ai diritti alla *best execution* spettanti ai partecipanti che non abbiano agito in giudizio.

In realtà, il partecipante che chiedi la condanna della S.G.R. alla reintegrazione del valore del fondo esercita un diritto proprio, la cui attuazione comporta, in via di mero fatto, il soddisfacimento dell'interesse creditorio dei partecipanti che non abbiano agito. Il

⁵¹⁰ Nel senso che l'azione risarcitoria possa avvantaggiare il fondo comune di investimento: TONELLI, *Le società di gestione del risparmio*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di Patroni Griffi, Sandulli e Santoro, Torino, 1999, pp. 86-87; MIOLA e BRIOLINI, *Commento sub art. 36*, in *Commentario al Testo Unico della Finanza*, diretto da Campobasso, Torino, 2002, I, pp. 325-326.

Nel senso della risarcibilità del solo danno arrecato al patrimonio individuale del partecipante: MEO, *Azione "comune" e azione "individuale" contro amministratori e sindaci di società di gestione di fondi comuni mobiliari*, in *Riv. dir. comm. gen. obbl.*, 1986, p. 188; BORGIOI, *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni d'investimento mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1983, p. 932.

fenomeno, allora, può essere qualificato, dal punto di vista processuale, come legittimazione concorrente ad agire.

Si verifica, così, un'eccezionale scissione tra il patrimonio in cui sussiste la situazione giuridica vantaggiosa (patrimonio del partecipante) e quello in cui si produrranno gli effetti vantaggiosi dell'attuazione di quello stesso diritto (fondo comune). Tale scissione dipende, a monte, dallo scollamento esistente tra il patrimonio nel quale si verifica il danno (fondo) e quello in cui esiste il diritto al risarcimento di quello stesso danno (patrimonio del partecipante).

Quanto al secondo profilo, l'indipendenza della società dagli investitori, prescritta dagli artt. 1 lett. k) e 36, comma 3 del Testo Unico, consiste nell'impossibilità di impartire istruzioni (ossia comandi *pro futuro*) e di compiere direttamente gli atti gestori, non invece nell'interdizione di azioni giudiziali risarcitorie a tutela del diritto alla *best execution* leso da atti gestori oramai compiuti. Occorre quindi distinguere tre momenti, ovverosia prima della *mala gestio*, tra quest'ultima e la liquidazione della quota, e dopo quest'ultima.

Premesso che la terza fase non dà luogo a particolari questioni – giacché il danno si verifica direttamente nel patrimonio del singolo investitore in cui si sia riversata una quota inferiore a quella che ci si sarebbe attesi da una corretta gestione – l'ingerenza, posta in essere nella prima fase, ossia prima del compimento degli atti gestori, consisterebbe in un comando *pro futuro*. Poiché tale ingerenza può essere compiuta con atti stragiudiziali, ma anche mediante atti processuali, il partecipante, in virtù degli artt. 1 lett. k) e 36, comma 3, non può esercitare alcuna azione – di tipo preventivo, cautelare o inibitorio – prima del perfezionamento dell'atto gestorio⁵¹¹. In questa fase, pertanto, i rimedi giurisdizionali sono interdetti al partecipante, il quale potrà valersi esclusivamente della tutela amministrativa, prestata dalla Banca d'Italia e dalla Consob, le quali fungeranno in un certo senso da filtro alle doglianze degli investitori, intervenendo nei confronti della S.G.R. dopo un vaglio professionale e nei soli casi in cui siano riscontrabili violazioni della Legge o dei criteri di gestione imposti dalla normativa regolamentare.

Venendo alla seconda fase, che va dal compimento dell'atto gestorio alla liquidazione della quota, il partecipante potrà agire contro la S.G.R. in via giurisdizionale per sentir condannare la società al risarcimento dei danni arrecati al valore del fondo.

⁵¹¹ Un'azione siffatta sarebbe affetta da impossibilità giuridica.

Nel caso in cui l'atto gestorio, invece, non sia immediatamente efficace, si porrà la questione di comprendere se l'azione del partecipante sia ammissibile. La *best execution*, stante l'intervenuto perfezionamento dell'atto (es. negoziale), sarà già stata violata, ma tale violazione, alla luce della provvisoria inefficacia dell'atto medesimo, non avrà ancora prodotto alcun danno al fondo. In quest'ipotesi, l'azione del partecipante verso la S.G.R. non integrerà un comando *pro futuro* e non metterà in dubbio l'indipendenza della società, ma sorgeranno dubbi intorno alla possibilità di una condanna in futuro, di una condanna a prestazione condizionata, o di un provvedimento cautelare. Poiché questi dubbi, ben noti alla dottrina e alla giurisprudenza, sono di ordine generale, non pare il caso di dilungarsi in questa sede, essendo più opportuno rinviare il Lettore alle opere dedicate a quegli istituti.

Il diritto dell'investitore, allora, non consiste in una titolarità sostanziale o meramente economica delle situazioni incluse nel fondo, né in un diritto reale sul fondo, ma in un diritto di credito, verso la società, avente a oggetto la *best execution* della gestione del fondo stesso. Si evitano in tal modo sia le aporie cui dà luogo l'idea di un diritto sul patrimonio⁵¹², sia l'obiezione⁵¹³ per cui il diritto di credito non rappresenterebbe appieno la situazione dei partecipanti, che non è quella di un creditore "statico" e tradizionale, riconducibile alla fattispecie dell'art. 2740 c.c., ma di un investitore, che soffre il rischio dell'attività imprenditoriale consistente nella gestione di un fondo comune e quindi di un "patrimonio produttivo".

È vero, infatti, che il patrimonio ha due funzioni, una statica e tradizionale, consistente nella garanzia del ceto creditorio, e una dinamica, ovvero sia l'essere strumento dell'attività imprenditoriale. È chiaro, così, che a queste due funzioni del patrimonio corrispondano due categorie di creditori, statici e dinamici, a seconda che il loro diritto abbia ad oggetto una prestazione predeterminata, piuttosto che la partecipazione ai rischi e ai benefici dell'attività gestoria⁵¹⁴. Tutto questo, però, esclude soltanto che il diritto del partecipante nei confronti della S.G.R. sia identico a quello vantato nei riguardi di questa da qualsiasi creditore statico. Non esclude, invece, che vi sia comunque un diritto di credito, "dinamico", avente a oggetto l'attività, ossia la gestione del fondo, condotta diligentemente e nell'interesse degli investitori.

È così possibile evitare le critiche mosse giustamente dalla giurisprudenza a coloro che hanno immaginato di poter ricondurre il fondo comune al patrimonio di cui ragiona l'art. 2394 c.c.: «*in proposito vi sarebbe da obiettare anzitutto che i partecipanti al fondo [...] non sono sempre e continuativamente creditori, ma lo divengono solo quando si realizzano le relative condizioni contrattuali, spesso costituite dalla liquidazione stessa del fondo. [...] Inoltre [...] i partecipanti sono creditori della S.G.R., non del fondo, sicché l'azione ex art. 2394 c.c. avrebbe ad inutile riferimento il patrimonio della S.G.R. e non il patrimonio segregato nel fondo. Occorrerebbe poi che si spiegasse quale significato assume il concetto di "insufficienza patrimoniale" rispetto a fondi in cui necessariamente i partecipanti, con l'acquisto della quota, assumono tutti allo stesso modo ed ab origine il rischio dell'investimento, talché si potrebbe discutere circa la possibilità di qualificare il fondo come patrimonio del debitore destinato ex art. 2740 c.c. a garanzia delle loro ragioni*»⁵¹⁵.

Abbiamo già dimostrato che, in realtà, i partecipanti sono creditori già prima della liquidazione della quota. Quanto al resto del brano citato, invece, è condivisibile l'affermazione secondo cui i partecipanti sono creditori della S.G.R. e non del fondo. Quest'ultimo, infatti, non è controparte dei partecipanti e inoltre le situazioni vantate da

⁵¹² Aporie evidenziate da: TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 280; BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in ID., *Scritti giuridici, Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998, p. 668; JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico"*, cit., pp. 1253 ss.

⁵¹³ FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. dir. soc.*, 2002, p. 131.

⁵¹⁴ JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico"*, cit., pp. 1253 ss.

⁵¹⁵ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.

questi non hanno *a oggetto* il fondo, ma delle prestazioni (*best execution* e liquidazione della quota) che *concernono* il fondo e che sono di tipo dinamico.

Il fondo, dunque, non è, per i partecipanti, un patrimonio nel senso statico di cui all'art. 2740 c.c. Opinare altrimenti equivarrebbe a sostenere che la mancata consegna della cosa che Tizio ha dapprima venduto a Caio e poi, però, ceduto a Sempronio lede la garanzia patrimoniale generica che assiste il credito di Caio. Al contrario, quella mancata consegna, come pure una gestione inaccurata del fondo, integra l'inadempimento dell'obbligazione e non l'insufficienza dei beni che ne garantivano l'adempimento *ex art.* 2740 c.c. Una scorretta gestione del fondo, quindi, non incide sulla garanzia patrimoniale generica: la S.G.R. risponde dell'adempimento delle obbligazioni gestorie con tutti i beni, presenti e futuri, del proprio patrimonio sociale (art. 2740). È allora quest'ultimo patrimonio che i partecipanti al fondo possono aggredire esecutivamente per conseguire quanto è dovuto a loro o al fondo (art. 2910 c.c.). Pertanto, non è nemmeno pensabile che il fondo possa costituire il patrimonio della cui incapienza discorre l'art. 2394 c.c.

È dunque evidente quanto la funzione statica sia propria del solo patrimonio sociale relativamente ai creditori della S.G.R., mentre il fondo comune *di investimento* è – nei confronti dei partecipanti, ma non nei riguardi dei terzi – un patrimonio che rileva non quale garanzia dell'adempimento delle obbligazioni, ma come strumento per l'attività di investimento. È per questo motivo che coloro che investono nel fondo, a differenza degli obbligazionisti, possono dirsi 'partecipanti': essi partecipano al rischio d'impresa.

Ciò che invece non si può condividere è l'assunto della citata sentenza del Tribunale di Milano secondo cui l'art. 2394 c.c. è totalmente inapplicabile al fenomeno dei fondi comuni.

In realtà, poiché il debitore è la S.G.R. e poiché l'inadempimento dell'obbligo di *best execution* dà luogo al diritto al risarcimento della diminuzione di valore, e considerando che di tale obbligo secondario la società risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri, allora il patrimonio che potrebbe essere insufficiente alla reintegrazione del fondo e che farebbe quindi da punto di riferimento dell'art. 2394 è il patrimonio sociale.

L'art. 2394 c.c., infatti, è applicabile in materia di fondi comuni, ove ne sussistano i presupposti (responsabilità degli amministratori per l'incapienza del patrimonio sociale), a tutela del credito dei partecipanti alla reintegrazione del valore del fondo comune scorrettamente gestito e al risarcimento del danno sofferto dai propri patrimoni individuali.

Con ciò non si viola l'art. 36, comma 4 T.U.F., secondo cui «*delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la S.G.R. risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo*». Difatti, l'obbligo risarcitorio verso gli investitori non è contratto «*per conto del fondo*», ma sorge dall'illecito contrattuale consistente nella *mala gestio*. I partecipanti sono quindi considerati alla stregua di creditori involontari qualora il loro diritto alla *best execution* sia violato

colpevolmente dalla S.G.R., cosicché non è opponibile alcuna limitazione di responsabilità. Ciò ricorda l'art. 2447 *quinquies*, comma 3 c.c.⁵¹⁶.

Né la possibilità, per i partecipanti, di convenire in giudizio gli amministratori della società di gestione, *ex art.* 2394 c.c., è incompatibile con l'indipendenza assicurata alla S.G.R. dagli artt. 1, lett. k) e 36 T.U.F. Anche agli amministratori di una ordinaria società per azioni, infatti, è riconosciuta l'assoluta indipendenza, rispetto ai creditori, nella gestione del patrimonio sociale; eppure i creditori medesimi possono agire contro gli amministratori. Pertanto, se tale autonomia non preclude l'azione *ex art.* 2394 c.c. nell'ambito delle ordinarie società per azioni, allora quella stessa autonomia non la può ostacolare nemmeno nel settore dei fondi comuni d'investimento.

Gli amministratori, allora, assumono verso la società, *ex art.* 2391 c.c., l'obbligo di corretta gestione del capitale sociale, la cui lesione può dar luogo alle azioni previste dagli artt. 2393 e 2394, rispettivamente da parte della società e dei partecipanti al fondo. Ma mentre la società, come pure i suoi soci *ex art.* 2395, possono agire sulla base del pregiudizio al capitale sociale, i partecipanti possono agire contro gli amministratori soltanto se il fondo (patrimonio dinamico) e il patrimonio sociale (patrimonio statico) sono stati pregiudicati da una gestione negligente o infedele.

Anche il rapporto tra gli amministratori e la S.G.R. in merito alla gestione del fondo è stato oggetto di attenta disamina da parte del Tribunale di Milano⁵¹⁷: *«si impone una lettura degli artt. 72 comma 5 T.U.B. e 56 comma 3 T.U.F., 84 comma 5 T.U.B. e 57 comma 3 T.U.F. nel senso che, laddove è menzionata la "azione sociale di responsabilità" – espressione che evidentemente richiama il disposto degli artt. 2392, 2393, 2407 comma 3 c.c. – essa debba essere intesa come riferentesi alla legittimazione non solo all'azione per il risarcimento del danno subito, per effetto della mala gestione dei suoi amministratori, dal patrimonio della S.G.R., ma anche all'azione per il risarcimento che quegli atti abbiano provocato al fondo, quale patrimonio separato gestito dalla S.G.R. medesima»*⁵¹⁸.

⁵¹⁶ *«Qualora la deliberazione prevista dall'articolo 2447 ter non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito».*

⁵¹⁷ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

⁵¹⁸ Ai sensi dell'art. 56, comma 3 T.U.F., dedicato all'amministrazione straordinaria, *«la direzione della procedura e tutti gli adempimenti a essa connessi spettano alla Banca d'Italia. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 70, commi 2, 3, 4 e 5, 71, 72, 73, 74, 75, 75-bis e 77-bis del Testo unico bancario, intendendosi le suddette disposizioni riferite agli investitori in luogo dei depositanti, alle S.I.M., alle imprese di investimento extracomunitarie, alle società di gestione del risparmio, alle S.I.C.A.V., alle S.I.C.A.F. e ai GEFIA non UE autorizzati in Italia in luogo delle banche, e l'espressione "strumenti finanziari" riferita agli strumenti finanziari e al denaro».*

Il T.U.B., riguardo alla stessa procedura, prevede, all'art. 72, comma 5, che *«l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro i membri dei disciolti organi amministrativi e di controllo ed il direttore generale, nonché dell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti o della revisione, spetta ai commissari straordinari, sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia. Gli organi succeduti all'amministrazione straordinaria proseguono le azioni di responsabilità e riferiscono alla Banca d'Italia in merito alle stesse».*

In tema di liquidazione coatta amministrativa, invece, dispone l'art. 57, il cui terzo comma prevede quanto segue: *«la direzione della procedura e tutti gli adempimenti a essa connessi spettano alla Banca d'Italia. Si applicano, in quanto compatibili, l'articolo 80, comma da 3 a 6, e gli articoli 81, 82, 83, 84, 85, 86, a eccezione dei commi 6 e 7, 87, commi 2 e 3, 88, 89, 90, 91, a eccezione dei commi 1-bis e 11-bis, 92, 92-bis, 93, 94 e 97 del*

L'assunto ingenera dei dubbi alla luce di una contraddizione che emerge anche in un passo precedente: «una volta riconosciuto che le azioni di cui dispongono i partecipanti al fondo non esauriscono la tutela di cui il fondo stesso necessita e che la S.G.R. assume ex lege una posizione di garanzia rispetto all'integrità patrimoniale del fondo, i suoi amministratori divengono possibili destinatari dell'azione risarcitoria da parte della S.G.R. ex contractu non meno del locatario che abbia danneggiato un immobile del fondo».

Ebbene, se l'ufficio gestorio attribuito ex lege impone alla S.G.R. di agire contro i propri amministratori, come si può affermare che l'obbligo risarcitorio incombente su quegli stessi amministratori sorge ex contractu? Occorre chiarire qual è la fonte dell'obbligo primario (corretta gestione) e di quello secondario (risarcimento): la legge o il contratto?

La contraddizione potrebbe essere soltanto apparente e risolversi nel modo seguente.

L'amministratore assume contrattualmente, nei confronti della società, un obbligo di fedele e diligente gestione sia del patrimonio sociale⁵¹⁹, sia dei fondi gestiti. Il contratto è d'altronde stipulato con una società di gestione del risparmio, non con una qualsiasi società per azioni. La responsabilità e il conseguente diritto risarcitorio della S.G.R. sorgono ex contractu, mentre l'obbligo della società di azionare la pretesa risarcitoria discende dall'art. 36, comma 3 e dunque dall'ufficio gestorio di cui è titolare ex lege.

Così apparentemente risolta l'aporia, ci si presenta, però, un'altra questione. Qual è il danno che la società subisce in conseguenza della diminuzione di valore del fondo? L'esistenza di tale danno per la società può essere revocata in dubbio una volta che si noti che il patrimonio svalutato non è imputato alla S.G.R. Anche qui, dunque, emerge la rilevanza della distinzione tra il patrimonio acefalo e quello separato, cui abbiamo dedicato buona parte del Capitolo II.

Non si potrebbe tentare un parallelismo con i partecipanti. Costoro hanno diritto alla massimizzazione del valore di un patrimonio che non appartiene loro, mentre quella stessa massimizzazione, per la società, non costituisce un interesse, bensì un obbligo contrattuale.

Testo unico bancario, intendendosi le suddette disposizioni riferite alle S.I.M., alle società di gestione del risparmio, alle S.I.C.A.V., alle S.I.C.A.F. in luogo delle banche, e l'espressione "strumenti finanziari" riferita agli strumenti finanziari e al denaro. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 92-bis del Testo unico bancario alle società di gestione del risparmio, le disposizioni ivi contenute relative ai clienti iscritti nella sezione separata si intendono riferite ai fondi o ai comparti gestiti dalla società».

In riferimento alla stessa liquidazione coatta amministrativa, l'art. 84, comma 5 T.U.B. sancisce che «l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e di quella dei creditori sociali contro i membri dei cessati organi amministrativi e di controllo ed il direttore generale, dell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, nonché dell'azione del creditore sociale contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, spetta ai commissari, sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia».

⁵¹⁹ Sulla natura contrattuale della responsabilità degli amministratori verso la società, si veda: Tribunale di Roma, Sez. spec. Impresa, 19 ottobre 2015, n. 20844, in *ilsocietario.it* 2016, 3 marzo; Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, 16 maggio 2016, n. 9894, in *Redazione Giuffrè* 2016; Tribunale di Roma, sez. V, 7 giugno 2016, n. 11487, in *Redazione Giuffrè* 2016.

Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. I, 22 marzo 2010, n. 6870, in *Diritto e Giustizia online* 2010, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 3, 417; Cass., sez. I, 10 aprile 2014, n. 8458, in *Diritto & Giustizia* 2014, 11 aprile, in *Guida al diritto* 2014, 23, 92, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 2014, 3, 578, in *Giust. Civ. Mass.* 2014; Cass., sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

Si dovrebbe allora desumerne che l'unico danno-evento che l'amministratore può cagionare alla società è quello derivante dall'inadempimento dell'obbligo di *best execution*, al quale consegue un danno-conseguenza consistente nell'esborso risarcitorio cui la S.G.R. è costretta a seguito della soccombenza nei confronti dei partecipanti. Il semplice inadempimento dell'obbligo di leale e diligente gestione, difatti, non diminuisce in alcun modo il patrimonio sociale.

A questo punto, però, sarebbe confermata una tesi che lo stesso Tribunale di Milano ha rigettato: la S.G.R. potrebbe agire nei confronti dei propri precedenti amministratori soltanto in via di rivalsa, ovvero sia solamente dopo aver corrisposto il *quantum* risarcitorio stabilito in un eventuale giudizio introdotto dagli investitori⁵²⁰.

Esiste quindi una contraddizione all'interno della motivazione adottata dai Giudici milanesi.

Da un lato si sostiene che gli amministratori sono responsabili verso la società come qualsiasi terzo e che quindi possono essere convenuti anche prima di una soccombenza della società nei confronti degli investitori. Allo stesso tempo, tuttavia, il Tribunale afferma che gli amministratori assumono *ex contractu*, verso la società, un obbligo di corretta gestione del fondo, cosicché il danno da inadempimento si verifica solo quando il patrimonio sociale è ormai stato impoverito dall'esecuzione del risarcimento in favore del fondo.

L'acefalia del fondo, rispetto alla quale la società assume un obbligo di *best execution* nell'interesse degli investitori, titolari di un diritto risarcitorio a favore di un patrimonio non proprio, costituisce un'architettura talmente anomala da non consentire di applicare *sic et simpliciter* le norme di cui agli artt. 2391 ss. c.c.

Dobbiamo anzitutto chiarire che i danni ipotizzabili in conseguenza della *mala gestio* degli amministratori sono due: quello al patrimonio sociale e quello al fondo.

Il pregiudizio al patrimonio sociale integra l'ambito operativo tradizionale degli artt. 2391 ss., cosicché non si pone nessuna particolare questione. Tuttavia, va ricordato che tali azioni sono esperibili soltanto in via di rivalsa, ovvero sia dopo che quel patrimonio si sia depauperato in conseguenza del risarcimento eseguito a favore del fondo⁵²¹.

Il danno arrecato al fondo, invece, comporta l'inadempimento degli obblighi gestori contrattualmente assunti dalla società nei confronti degli investitori, cosicché non provoca alcun pregiudizio alla società. Pertanto, a questo proposito, gli artt. 2391 ss. c.c. non sono pertinenti.

La diminuzione di valore del fondo, pertanto, incide su un patrimonio di cui la S.G.R. non è titolare, ma di cui deve curare la gestione nell'interesse altrui. Di conseguenza, benché l'amministratore assuma contrattualmente nei confronti della società l'obbligo di gestire correttamente il fondo, l'azione che la S.G.R. intenta contro l'amministratore medesimo ha

⁵²⁰ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

⁵²¹ O in favore degli investitori qualora essi abbiano domandato il risarcimento cagionato ai propri patrimoni personali.

natura extracontrattuale, giacché il diritto risarcitorio contro qualsiasi danneggiante diverso dalla stessa società di gestione è incluso nel fondo⁵²². Pertanto, la S.G.R. agisce contro i propri precedenti amministratori deducendo un diritto risarcitorio che non le appartiene e che quindi non è contrattuale.

Pertanto, gli artt. 72, comma 5, e 84, comma 5 T.U.B., 56, comma 3 e 57, comma 3, T.U.F., che dettano una disciplina speciale dell'azione sociale di responsabilità, non possono essere riferiti ai danni cagionati al fondo comune di investimento dagli amministratori della S.G.R.⁵²³.

Allorquando, invece, l'azione sia intentata in via di rivalsa, a seguito dell'esecuzione dell'obbligo risarcitorio in favore del fondo o dei singoli investitori, l'azione è quella dell'art. 2393 c.c., ha natura contrattuale e tende alla reintegrazione del patrimonio sociale, rispondendo all'interesse della sola S.G.R.⁵²⁴. Si vede, allora, quanto sia rilevante, dal punto di vista non solo teorico, ma anche applicativo, comprendere che il fondo non è un patrimonio separato della S.G.R.

La posizione degli investitori è quindi tale da consentir loro di agire contro il gestore, già prima di aver ricevuto un pregiudizio al "proprio patrimonio", a favore di un patrimonio acefalo, il quale è sottoposto a una gestione che deve essere condotta nel loro esclusivo interesse.

Questo meccanismo è ben conosciuto nel diritto inglese, dove il *breach of trust* può legittimare i *beneficiaries* ad agire contro il *trustee* infedele per ottenerne un risarcimento che incrementerà, non i loro patrimoni personali, ma il *trust fund*⁵²⁵.

⁵²² Vedremo che il diritto al risarcimento per i danni, cagionati dalla società di gestione al fondo, sussiste in capo ai partecipanti, mentre ogni altro diritto risarcitorio, verso qualsiasi altro danneggiante, è incluso nel fondo medesimo ed è quindi affidato all'ufficio gestorio della società. Per queste questioni, Capitolo VI, Sezione I, § 2. *Le beneficiary dispute*.

⁵²³ In questo senso, invece, si è espresso il Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit*.

⁵²⁴ Sul carattere contrattuale dell'azione *ex art.* 2392 c.c. e sulla natura extracontrattuale dell'azione *ex art.* 2394 dello stesso codice: Cass., sez. I, 20 settembre 2012, n. 15955, in *Diritto & Giustizia* 2012, 21 settembre, con nota di Liso; Cass., sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, *cit*. Nella giurisprudenza di merito: Tribunale di Milano, sez. VIII, 2 maggio 2007, n. 5181, in *Giustizia a Milano* 2007, 9, 61; Tribunale di Roma, Sez. spec. Impresa, 16 maggio 2016, n. 9894, *cit*.

Le sentenze citate concernono l'esercizio delle suddette azioni da parte del curatore fallimentare *ex art.* 146 L. Fall., cosicché possono applicarsi, *mutatis mutandis*, al caso oggetto della sentenza ripercorsa nel testo (Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit*.) in cui l'azione contro gli amministratori è stata esercitata dal commissario liquidatore *ex artt.* 57 T.U.F. e 84 T.U.B.

⁵²⁵ EDWARDS e STOCKWELL, *Trusts and equity*, *cit.*, pp. 455 ss.

CAPITOLO VI

I PROFILI PROCESSUALI DEI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

SEZIONE I

LE *BENEFICIARY DISPUTE*

SOMMARIO: § 1. Introduzione: *summa divisio* delle controversie concernenti i fondi comuni d'investimento. § 2. Le *beneficiary dispute*. § 3. La *class action* contro la S.G.R. di gestione. § 4. La *class action* contro la banca depositaria e la S.G.R. di promozione. § 5. Le conseguenze della sostituzione di S.G.R. e della separazione tra le funzioni di promozione e quelle di gestione. § 6. Le esecuzioni.

§ 1. Introduzione: *summa divisio* delle controversie concernenti i fondi comuni d'investimento.

Non sarebbe scientificamente corretto porsi l'interrogativo di quali siano, in assoluto, le situazioni processuali del fondo, dei partecipanti e della S.G.R. La situazione giuridica è l'estremo di una relazione, cosicché la sua natura dipende dal soggetto o dal patrimonio rispetto al quale è correlativa. Così, ricalcando la classificazione inglese delle controversie concernenti il *trust*, dovremo distinguere tra due tipi di processi, ovvero tra *third party dispute* e *beneficiary dispute*⁵²⁶.

⁵²⁶ La sistematica inglese è stata elaborata nel caso *Alsop Wilkinson v. Neary and others*, in [1995] 1 All. Engl. Law rep., 431. Oltre alle due tipologie di procedimenti ricordate nel testo, la Corte individuò anche le *friendly dispute*, in cui il *trustee* chiede al giudice un'interpretazione autentica dell'atto istitutivo del *trust*, domanda di colmarne le lacune o di correggerne gli errori quando il *settlor* non possa provvedervi, o ancora richiede istruzioni su come amministrarne il fondo. Si tratta, dunque, di procedimenti di giurisdizione volontaria, inerenti all'atto istitutivo del *trust*.

Le *third party dispute* consistono nei procedimenti che siano avviati dal *trustee* contro i terzi o da costoro contro il *trustee*, ad esempio per responsabilità da illecito contrattuale o extracontrattuale che il *trustee* abbia subito o commesso durante la gestione del *trust*.

Nelle *beneficiary dispute*, la controversia è introdotta dal beneficiario nei confronti del *trustee* e ha ad oggetto la violazione dei *fiduciary duty* incombenti su quest'ultimo. In tali controversie, è richiesta la

Con la prima espressione indichiamo le controversie sorte tra la società di gestione (omologa del *trustee*) e i terzi, mentre con la seconda ci riferiamo ai processi che i partecipanti al fondo (omologhi dei *beneficiary*) avviano contro la S.G.R. di gestione.

§ 2. Le *beneficiary dispute*.

È opportuno iniziare lo studio dei profili processuali partendo dalle controversie riguardanti il rapporto, sistematicamente centrale, intercorrente tra gli investitori e la S.G.R.

Le *beneficiary dispute* concernono l'*enforcement* degli obblighi gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti. Sono quindi prospettabili due oggetti processuali: diritto alla *best execution* – consistente nell'aumento del valore del fondo secondo i canoni del *duty of care* e del *duty of loyalty* – e diritto alla liquidazione della quota.

Difatti, esaminando i rapporti che legano la S.G.R. agli investitori⁵²⁷, abbiamo rilevato le peculiarità dei fondi (previsione normativa dell'interesse alla massimizzazione del valore globale del fondo; impossibilità di ripristinarne il valore mediante la *compensatio*) e ne abbiamo tratto la conclusione per cui gli investitori vantano un autonomo diritto di credito, avente a oggetto la *best execution*, il cui mancato assolvimento integra un inadempimento già prima della liquidazione della quota.

Pertanto, se la S.G.R. cagiona una diminuzione del valore del fondo violando il *duty of loyalty* o il *duty of care*, allora ogni singolo investitore, ancor prima della liquidazione della propria quota individuale, può convenire in giudizio la società al fine di sentirla condannare al risarcimento del danno in favore del fondo.

Le *beneficiary dispute*, soprattutto nel processo di cognizione, non pongono particolari problemi, giacché sussistono tra due o più soggetti (S.G.R. di gestione e partecipanti).

I partecipanti fanno valere propri diritti di credito. Sono quindi parti sostanziali, parti che stanno in giudizio col nome e, salvo che abbiano designato un rappresentante, parti che stanno in giudizio con l'attività.

Le situazioni giuridiche della società, correlative ai due crediti dei partecipanti, sono degli ordinari debiti. Pertanto, la S.G.R. sta in giudizio con l'attività e col nome. Essa, inoltre, è parte sostanziale, giacché i debiti che saranno incisi dal giudicato sostanziale le sono imputati.

Di conseguenza, tutti i corollari che discendono dalle tre accezioni del termine 'parte' sono quelli ben noti. Abbiamo quindi offerto ai pratici un criterio solido per risolvere i dubbi applicativi che dovessimo dimenticare di trattare nel corso dell'opera. Sarebbe quindi inutile

revoca del *trustee* e inoltre la sua condanna al risarcimento dei danni cagionati al *trust*, o ci si duole del carattere non paritetico della distribuzione dei proventi tra i beneficiari oppure dell'illegittimità di un'alienazione.

Per l'approfondimento di questa classificazione e per il carattere contenzioso di queste due ultime categorie di controversie, v. CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino, 2012, pp. 9 ss.

⁵²⁷ Capitolo V, § 4. Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti.

elencare tali conseguenze operative. Possiamo comunque offrire degli esempi. Poiché la società sta in giudizio col proprio nome, essa, ove soccombente, sarà tenuta alla corresponsione delle spese processuali. Inoltre, poiché è parte che sta in giudizio con l'attività e col nome, gli amministratori che la rappresentano in giudizio sono incapaci a testimoniare *ex art. 246 c.p.c.*⁵²⁸.

Riprendendo il parallelismo con il contratto a favore di terzi, ricordiamo che, secondo la giurisprudenza, lo stipulante può agire contro il promittente per sentirlo condannare all'esecuzione dell'obbligazione in favore del terzo⁵²⁹. Lo stipulante non deduce un diritto altrui, ma un diritto proprio alla soddisfazione del diritto del terzo. Pertanto, l'art. 81 c.p.c. è rispettato. Per la stessa ragione, parte sostanziale è solo lo stipulante, non anche il terzo. Difatti, la prestazione è unica ed è oggetto di due diritti di credito di cui solo quello dello stipulante è dedotto in causa.

Parimenti, l'azione, esercitata dal partecipante, per sentir condannare la S.G.R., responsabile di *mala gestio*, all'esecuzione della prestazione risarcitoria in favore del fondo, ha a oggetto il diritto di credito del partecipante medesimo. Il fondo, invece, non include un diritto risarcitorio nei confronti della S.G.R. di gestione. Il credito, diversamente dal contratto a favore di terzi, spetta unicamente al partecipante.

Si obietterà che, allora, all'interno del fondo non dovrebbero esistere nemmeno le situazioni giuridiche sottoposte alla gestione della S.G.R. Così, o all'interno del fondo non esistono situazioni giuridiche, oppure vi è ricompreso anche il credito risarcitorio verso la S.G.R.

In realtà, il credito risarcitorio contro la S.G.R. sussiste in capo ai partecipanti, mentre il diritto al risarcimento contro qualsiasi altro danneggiante è incluso nel fondo.

Difatti, se il diritto risarcitorio contro la S.G.R. non sussistesse in capo ai partecipanti, allora dovremmo ammettere che esso è incluso nel fondo e la S.G.R. lo può (e lo deve) esercitare in quanto gestore.

Tale ipotesi configura in capo alla S.G.R. un «istituzionale» conflitto d'interessi⁵³⁰: essa dovrebbe agire contro se stessa per farsi condannare alla reintegrazione del valore del fondo.

⁵²⁸ Per l'incapacità a testimoniare degli amministratori che rappresentano in giudizio le società: Cass., sez. lav., 19 aprile 1980, n. 2580, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 4; Cass., sez. II, 11 novembre 1996, n. 9826, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1497.

⁵²⁹ A tale proposito, abbiamo citato Cass., sez. I, 1 marzo 1993, n. 2493: Capitolo V, § 5. Le relazioni tra S.G.R., partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico e sulla rilevanza del soggetto quale criterio (non necessario) di identificazione delle situazioni giuridiche.

⁵³⁰ Abbiamo già utilizzato quest'argomentazione per escludere che i partecipanti possano agire, *ex art. 1394 c.c.*, contro la S.G.R. e contro gli aventi causa dal fondo, in vista dell'annullamento degli atti di disposizione compiuti dalla società, in conflitto d'interessi: nel Capitolo V, § 9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi.

Quest'argomentazione fa sì che il profilo della gestione dei diritti incida su quello della loro attribuzione a questo o a quel patrimonio. Quando la gestione della S.G.R. comporta necessariamente un conflitto per cui la società agirebbe contro se stessa, allora, per l'effettività dei diritti, essi devono essere imputati ai partecipanti. Quando tale conflitto può non sussistere, allora i diritti sono inclusi nel fondo e, stante l'autonomia gestionale della società, quest'ultima è l'unica legittimata a farli valere.

L'assurdità di tale conclusione non può essere eliminata ricordando la possibilità, che noi stessi abbiamo riconosciuto alla S.G.R., di agire contro i propri amministratori per il risarcimento dei danni cagionati al fondo. Agendo contro costoro, la società non conviene in giudizio se stessa e non versa in un istituzionale conflitto d'interessi. È vero che la S.G.R. può eseguire *sua sponte* il risarcimento in favore del fondo, ma ciò integra l'adempimento di un obbligo e non, invece, l'esercizio di un diritto, incluso nel fondo, che la società eserciterebbe contro se stessa.

Nemmeno si può immaginare che il diritto risarcitorio contro la S.G.R. sia incluso nel fondo e i partecipanti lo possano esercitare.

Questa ricostruzione violerebbe gli artt. 1, lett. k) e 36 T.U.F., consentendo ai partecipanti di esercitare una situazione che esisterebbe all'interno del fondo e che, dunque, dovrebbe essere affidata alla legittimazione esclusiva della S.G.R.

È parimenti insostenibile che l'anzidetto credito risarcitorio esista all'interno del fondo, ma non sia esercitabile da alcuno. La tesi, infatti, è una contraddizione in termini.

Se il diritto esiste, ma nessuno ha il potere di esercitarlo, allora non è possibile pretendere dalla S.G.R., nemmeno in via giudiziale, l'adempimento dell'obbligo di reintegrare il fondo. Questo significa che la S.G.R. non assume gli obblighi e, soprattutto, le responsabilità del mandatario.

Ciò comporta una violazione dell'art. 36, comma 3 T.U.F., salvo che si voglia sostenere che il diritto alla reintegrazione del fondo non esiste, sussistendo soltanto il diritto al valore della quota individuale, imputato ai singoli investitori. Questa conclusione, però, è contraddetta dagli approdi cui siamo giunti: esiste un interesse giuridicamente tutelato dei partecipanti alla *best execution*, prima ancora di quello alla liquidazione integrale della quota individuale; dalla violazione della *best execution*, sorge un obbligo secondario, in capo alla S.G.R., di reintegrare il valore del fondo medesimo⁵³¹.

Per tentare di comporre l'antinomia tra l'esistenza dell'obbligazione risarcitoria in capo alla S.G.R. e l'inesistenza di un diritto degli investitori, si potrebbe sostenere, infine, che la S.G.R. abbia (non un obbligo, ma) un dovere di risarcimento, di fronte al quale non esiste alcun diritto dei partecipanti. Ciò si scontra col fatto che la S.G.R. è titolare di un ufficio privato, non di un ufficio pubblico: essa, *ex artt. 1, lett. k), 35 decies e 36*, deve agire nell'interesse dei partecipanti, rispetto ai quali assume gli obblighi e le responsabilità del mandatario⁵³².

Il diritto risarcitorio a favore del fondo, sussistente nei confronti della S.G.R. che si sia resa responsabile di *mala gestio*, è dunque imputato ai partecipanti. Pertanto, l'azione, con cui

⁵³¹ Capitolo V, § 4. Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti. Si veda, all'interno del medesimo Capitolo V, anche il § 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.

⁵³² Capitolo V, § 3. La natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la S.G.R. di gestione.

il partecipante agisce contro la S.G.R. per ottenere il risarcimento a favore del fondo, rispetta l'art. 81 c.p.c.

Tutto ciò non significa che all'interno del fondo non esista il diritto al risarcimento dei danni cagionati dai terzi. Abbiamo detto che il diritto risarcitorio contro la S.G.R. non può esistere all'interno del fondo, perché ciò implicherebbe un istituzionale conflitto d'interessi in capo alla società. Tuttavia, nel caso in cui il danneggiante sia un terzo, la S.G.R. non agisce contro se stessa.

Pertanto, non sussistendo alcun conflitto, il credito risarcitorio nei confronti dei terzi esiste all'interno del fondo comune d'investimento.

§ 3. La *class action* contro la S.G.R. di gestione.

Poiché le *beneficiary dispute* possono avere ad oggetto la *best execution* o la liquidazione integrale della quota, allora anche la *class action* potrebbe avere i medesimi oggetti⁵³³.

Invece di consumare pagine e pagine nel ripercorrere il travagliato cammino di quest'istituto di origine anglosassone⁵³⁴ nell'ordinamento italiano⁵³⁵ o la questione – a nostro

⁵³³ La giurisprudenza non considera la *class action* come un nuovo diritto sostanziale, ma come una speciale forma di tutela giurisdizionale, alternativa al processo ordinario di cognizione: App. Firenze, 14 dicembre 2011, in *DeG online*, 2012, 19 gennaio; Cass., sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, in *Foro It.*, 2012, 9, I, 2304, con nota di De Santis.

Lo stesso art. 140 *bis*, comma 1 chiarisce che i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili «anche» attraverso l'azione di classe.

⁵³⁴ Per un raffronto tra l'esperienza italiana e i modelli della *class action* americana e della *group action* inglese: DE SANTIS, *La pronunzia sull'ammissibilità della "class action": una "certification" all'italiana?*, in *Class action*, a cura di Lener e Rescigno, in *Analisi giuridica dell'impresa*, 2008, pp. 143 ss.; RENZI, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 5, 2008, pp. 1213B ss.; FRIGNANI-VIRANO, *Le class action nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2009, 1, pp. 5 ss.; CONGEDO-MESSINA, *European "class" action: British and Italian points of view in evolving scenarios*, in *Europa e Dir. Priv.*, fasc. 1, 2009, pp. 163 ss.; MACARIO-STAZI, *L'azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, pp. 65.

⁵³⁵ La letteratura in materia è oramai vastissima. Per la dottrina riguardante la formulazione originaria dell'art. 140 *bis*: CONSOLO, *L'art. 140-bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco "opera aperta"*, in *Foro It.*, 2008, V, pp. 205 ss.; CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro It.*, 2009, V, pp. 383 ss.; CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corriere Giur.*, 2009, pp. 1297 ss.; SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*; DE SANTIS, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in Chiné-Miccolis (a cura di), *La nuova class action*, Roma, 2010, pp. 105 ss.; GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, pp. 595 ss.; MEZZASOMA-RIZZO, *L'art. 140 bis del codice del consumo: l'azione di classe*, Napoli, 2011; BOVE, *L'oggetto del processo "collettivo" all'azione inibitoria all'azione risarcitoria (articoli 140 e 140-bis del codice del consumo)*, in *www.judicium.it*; ROSSI CARLEO, *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti e riflessioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, in *www.judicium.it*; SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in *www.judicium.it*; MENCHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*, in *www.judicium.it*.

In merito al riformato art. 140 *bis*, introdotto con il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in L. 24 marzo 2012, n. 27: CESARO-BOCCHINI, *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti*, Padova, 2012; CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, p. 161; DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, p. 532; DONZELLI, *Art. 140 bis c. cons.*, in DE CRISTOFARO-ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, p. 1039; DE SANTIS, *Modifiche all'azione di classe a tutela del consumatore*, in *Libro dell'anno del diritto* 2013, Roma, 2013; DE

avviso sistematicamente centrale – della natura dell’atto di adesione, conviene concentrare l’attenzione sulla stessa esperibilità dell’azione di classe nell’ambito dei fondi comuni.

La *class action* è regolata dall’art. 140 *bis* del Codice del Consumo, che ne fissa, oltre all’oggetto⁵³⁶, l’ambito *ratione personarum*: «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l’azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l’accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni»⁵³⁷.

Il primo requisito per l’applicabilità della citata disposizione, dunque, è soggettivo: l’attore deve essere un consumatore o un utente, *ex artt.* 3 e 140 *bis* cod. cons.

Dobbiamo allora domandarci se il partecipante al fondo comune di investimento rientri in questa categoria.

La giurisprudenza⁵³⁸ esclude costantemente, e giustamente, che si possa adottare, agli effetti della *class action*, una nozione sostanzialistica di ‘consumatore’, cui potrebbe essere ricondotto ogni soggetto debole, anche non sussumibile nella definizione dell’art. 3, lett. a) cod. cons. La *sedes materiae*, che è il codice del consumo e non quello di procedura civile, dimostra, infatti, che la nozione di consumatore non è economica, ma giuridica, dovendo ricavarsi dal richiamato articolo, secondo cui è tale «la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

Innanzitutto deve escludersi che possa avviare una *class action* il partecipante che abbia forma societaria. Solo la «persona fisica» può essere consumatore.

In secondo luogo, la nozione sostanzialistica di consumatore è stata esclusa dalla giurisprudenza in relazione ai piccoli azionisti. Se è indiscutibile che costoro, essendo dei risparmiatori, acquisiscono partecipazioni societarie consci della impossibilità di incidere effettivamente sulla gestione dell’impresa, è altrettanto chiaro che, *ex art.* 2247 c.c., l’entità

SANTIS, *La prima sentenza di accoglimento di una azione di classe a tutela dei consumatori*, in www.treccani.it; IACUMIN, *Azione di classe e tutela degli azionisti*, in *Giur. it.*, 2015, I, pp. 89 ss.

⁵³⁶ Circa la tassatività delle ipotesi di illecito che possono dar luogo, *ex art.* 140 *bis*, a una *class action*: App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Giur. Comm.*, 2012, 2, II, 315, con nota di Lupoi; Trib. Firenze, 15 luglio 2011, in *Foro It.*, 2012, 6, I, 1910, con osservazioni di Palmieri e De Santis.

⁵³⁷ Ai sensi del secondo comma, «l’azione di classe ha per oggetto l’accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L’azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali».

⁵³⁸ Sulla nozione di consumatore utilizzata dall’art. 140 *bis*, che si rifà evidentemente a quella dell’art. 3 Cod. cons.: Trib. Torino, 4 giugno 2010, in *Foro It.*, 2010, 1, 2523; in *Banca Borsa*, 5, 2010, 619, con nota di Cerrato; in *Giur. Comm.*, 2012, 2, II, 315, con nota di Lupoi; in *Danno e Resp.*, 2011, 67, con nota di Frata; in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, I, 869, con nota di Libertini e Maugeri; in *Giur. It.*, 2010, 12, 2601, con nota di Ronco e Zuffi; in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 1487, con nota di Ruggeri; Trib. Milano, 20 dicembre 2010, in *Giur. di Merito*, 2011, 7-8, 1789, con nota di Gorgoni, e in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 5, 1096, con nota di Perago; App. Milano, 3 maggio 2011, in *Foro It.*, 2011, 12, I, 3423.

della partecipazione societaria è irrilevante ai fini dell'identificazione della causa "imprenditoriale" del negozio di sottoscrizione delle azioni⁵³⁹.

Occorre pertanto rifarsi alla definizione contenuta nell'art. 3 del Codice del Consumo⁵⁴⁰, come confermato dall'introduzione dell'art. 141 del medesimo codice, intervenuta con l'art. 1, comma 2, D. Lgs. 6 agosto 2015, n. 130. Secondo la novellata disposizione, ai fini dell'applicazione della Parte V, titolo II (artt. 139-141), dedicato all'«accesso alla giustizia», «si intende per: a) consumatore: la persona fisica, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a)⁵⁴¹; b) professionista: il soggetto, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera c)⁵⁴²; c) contratto di vendita: il contratto di cui all'articolo 45, comma 1, lettera e)⁵⁴³; d) contratto di servizi: il contratto di cui all'articolo 45, comma 1, lettera f)⁵⁴⁴ [...]».

In senso contrario non si potrebbe sostenere che lo scopo per il quale il piccolo risparmiatore sottoscrive l'azione sia diverso e vada individuato nell'interesse di far fruttare i propri risparmi. Questo scopo, seppur innegabile, non è giuridicamente rilevante. Esso non è presente in ogni negozio di questo tipo e non è oggettivamente posto a fondamento dello stesso dalle parti. Pertanto, lo scopo suddetto non integra la causa (in astratto o in concreto) del contratto⁵⁴⁵, ma un motivo unilaterale ed è quindi irrilevante⁵⁴⁶.

⁵³⁹ Sia concesso di rinviare a IACUMIN, *Class action*, cit., pp. 92-93.

Questo approccio ermeneutico "sostanzialistico" era già stato tentato in un'azione di classe dichiarata inammissibile da Trib. Torino, 4 giugno 2010, cit. Un correntista aveva sostenuto che il rito speciale previsto dall'art. 140 bis potesse essere percorso anche da soggetti deboli che non fossero consumatori, giacché l'endiadi «*utenti e consumatori*» escludeva il ricorso alla definizione contenuta nell'art. 3 cod. cons. Il Tribunale ha rigettato tali argomentazioni. La formulazione anomala dell'art. 140 bis è frutto di un mero difetto di coordinamento.

⁵⁴⁰ Circa la definizione di consumatore, introdotta originariamente nell'art. 1469 bis c.c.: ALPA e CHINÉ, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto Civ.*, XV, Torino, 1997, pp. 547 ss.; COREA, *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. Civ.*, fasc. 1, 1999, pp. 13 ss.; DI MARZIO, *Intorno alla nozione di "consumatore" nei contratti*, in *Giust. Civ.*, fasc. 9, 2001, pp. 2151 ss.; SANNA, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 1, 2002, pp. 56 ss.; GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 4, 2003, pp. 1149 ss.

Con riguardo alla dottrina formatasi dopo l'introduzione del Codice del Consumo: CHINÉ, *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di Alpa e Capilli, Padova, 2007; ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007, p. 263; CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore quale contraente per definizione debole*, in *I contratti del consumatore*, a cura di Caringella e De Marzo, Milano, 2007, pp. 53 ss.; TROMBETTI, *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 4, pp. 271 ss.; CHINÉ, *Commento all'art. 3*, in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2012, pp. 15 ss.

La nozione comunitaria di consumatore è stata oggetto di numerosi interventi della Corte di giustizia CE, tra i quali conviene ricordare CGCE, 22 gennaio 2001, cause riunite C-541/99, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 1, 2002, 56 e segg., con nota di Sanna, cit.

⁵⁴¹ «[...] Si intende per: a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta [...]».

⁵⁴² «[...] Si intende per: [...] c) professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario».

⁵⁴³ «"Contratto di vendita": qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi».

⁵⁴⁴ «"Contratto di servizi": qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagarne il prezzo».

⁵⁴⁵ Sulla distinzione di origine dottrinale tra causa in astratto e causa in concreto, si vedano, tra gli altri: FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Roma, 1968; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*,

Tale conseguenza potrebbe essere evitata solo ritenendo che, agli effetti dell'art. 3, lett. a), cod. cons., siano eccezionalmente rilevanti i motivi soggettivi per i quali il singolo compie l'operazione.

Contro questo tentativo deve evidenziarsi che il principio d'irrelevanza dei motivi non soffre di deroghe ai fini della qualifica di "consumatore"⁵⁴⁷. Inoltre, l'esclusione della *class action* sarebbe comunque confermata: il contratto definito dall'art. 2247 c.c. non corre tra la società e i soci, ma soltanto tra questi ultimi, caratterizzandosi sotto il profilo funzionale per essere volto alla realizzazione di uno scopo comune, rappresentato dall'esercizio in forma societaria di una attività imprenditoriale. Ciò impedisce di ritenere sussistente lo scambio, ossia quel rapporto di acquisto e consumo di beni e servizi cui l'art. 1 lett. a) cod. cons. subordina l'applicabilità del Codice stesso⁵⁴⁸.

Destinata al fallimento, inoltre, è qualsiasi questione di legittimità che si appunti sulla pretesa violazione dell'art. 3 Cost. in ragione dell'esclusione dei soggetti deboli, che non siano consumatori, dalla *class action*⁵⁴⁹.

Pertanto, esclusa la configurabilità di un consumatore "sostanziale" e stante la ragionevolezza della limitazione della *class action* al solo ambito applicativo proprio del codice del consumo, non resta che precludere agli azionisti il ricorso allo strumento dell'art. 140 *bis* cod. cons.⁵⁵⁰.

Queste ragioni valgono a escludere dall'azione di classe anche i partecipanti al fondo?

Costoro, in effetti, al pari dei soci, sono creditori dinamici. Il fondo non costituisce per essi la garanzia patrimoniale generica dell'art. 2740 c.c., ma è un patrimonio produttivo. Il rapporto che si instaura in forza dell'adesione al regolamento del fondo è di tipo *partecipativo*,

in Commentario Scialoja e Branca, Bologna- Roma, 1970, pp. 302 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, IV, *cit.*, pp. 452 ss.; IZZI, *La funzione del contratto come funzione economica individuale*, in *Giust. Civ.*, 9, 2007, pp. 1988 ss.; GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, p. 808; FAVA (a cura di), *Il contratto*, *cit.*, pp. 655 ss.

Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, in *Foro It.*, 1998, I, 2889; Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. Notar.*, 2007, 1, 180, con nota di Ungari Transatti; Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *DeG online*, 2010, con nota di Milizia; in *Banca Borsa*, 2010, 3, II, 257, con nota di Barillà; Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, 388.

⁵⁴⁶ Per una panoramica circa lo stato del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito ai motivi e alla sfumata linea di demarcazione tra questi ultimi e la causa, soprattutto ove intesa in concreto: SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, *cit.*, pp. 346 ss.; FAVA (a cura di), *Il contratto*, *cit.*, pp. 732 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, IV, *cit.*, pp. 461 ss.

⁵⁴⁷ Così ALPA E CHINÉ, voce *Consumatore*, *cit.*, p. 545; CHINÉ, *Commento all'art. 3*, *cit.*, p. 23.

Se anche ci si volesse rifare alla distinzione, di origine francese, tra gli atti della professione e quelli meramente relativi alla professione (su cui GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, *cit.*), ci si imbatterebbe nell'avverso orientamento di legittimità: Cass., sez. III, 13 giugno 2006, n. 13643, in *Giust. Civ.*, 2007, 5, I, 1175; Cass., Sez. un., 20 marzo 2008, n. 7444, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 3, 445.

⁵⁴⁸ In questo senso si veda CONFINDUSTRIA (circolare), *Class action. La nuova disciplina dopo i decreti correttivi introdotti dalla Legge Sviluppo*, 16 ottobre 2009, n. 19244, 12; NEGRI-ZOPPINI, *Azione individuale ed ampia adesione*, in *www.ilsole24ore.com*; BRUNO, *Art. 140-bis cod. cons.*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Capobianco e Perlingieri, Napoli, 2009, p. 773.

⁵⁴⁹ Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro It.*, 2003, I, 332, con note di Palmieri e Plaia, ha dichiarato la manifesta infondatezza di una questione di legittimità, con cui si lamentava l'esclusione dalla tutela consumeristica dei soggetti che, pur agendo per scopi professionali, versano in una condizione di debolezza contrattuale analoga a quella del consumatore.

⁵⁵⁰ Corte d'appello di Firenze, 15 luglio 2014, in *Giur. It.*, 2015, I, pp. 89 ss., con nota adesiva di IACUMIN, *Class action*, *cit.*

giacché essi *partecipano* al rischio dell'attività imprenditoriale di gestione collettiva del risparmio.

Tuttavia, la partecipazione di coloro che investano in un fondo non è riconducibile a quella dei soci. Questi, infatti, concludono un contratto di società, *ex art. 2247 c.c.*, con tutti gli altri soci, non con la società stessa. I partecipanti al fondo, invece, non sono in rapporto gli uni con gli altri, né col fondo, ma esclusivamente con la S.G.R.

Pertanto, la posizione dei partecipanti si colloca a metà strada tra quella dei soci (imprenditori collettivi), e quella degli obbligazionisti (consumatori creditori). Conviene quindi verificare, in primo luogo, se per i partecipanti si presentano le stesse questioni che impediscono ai soci di esercitare la *class action*.

La circostanza per cui chi investe nel fondo partecipa al rischio inerente alla gestione collettiva del risparmio non significa che costui partecipi a quella stessa attività imprenditoriale. Ai sensi dell'art. 1 lett. k), 32 *quater* e 36, comma 3 T.U.F., la S.G.R. è l'unico soggetto che possa gestire un fondo e deve procedervi in assoluta autonomia, non ricevendo alcuna direttiva dagli investitori. Pertanto, la sottoscrizione della quota del fondo non ha una causa sussumibile in quella dell'art. 2247 c.c.: i partecipanti, pur conferendo beni o denaro con lo scopo di trarne un guadagno, non esercitano «*in comune un'attività economica*». Pertanto, essi sembrano agire «*per scopi estranei all'attività imprenditoriale [...] eventualmente svolta*» (art. 3, lett a cod. cons.).

La posizione dei partecipanti ai fondi è allora analoga a quella degli obbligazionisti, i quali, pur prestando denaro a una società allo scopo di percepire gli interessi sul capitale, non partecipano all'attività economica di questa.

Per la stessa ragione, tuttavia, si potrebbe affermare che anche gli accomandanti di una S.A.S. non possono ingerirsi nell'attività imprenditoriale (art. 2320 c.c.), cosicché sarebbero consumatori, pur essendo soci. La posizione di socio e quella di consumatore, pertanto, non si escluderebbero a vicenda, il che desterebbe non pochi dubbi, giacché la giurisprudenza ricordata pocanzi considera incompatibili le due posizioni.

Forse, al fine di ricondurre la figura dell'accomandante a quella del socio ed escluderne quindi la sussunzione in quella del consumatore, potremmo affermare che anche l'accomandante, al pari dell'accomandatario, può percepire i dividendi, ossia una frazione degli utili derivanti dall'attività economica. Così, sebbene l'accomandante non svolga un'attività imprenditoriale, non si può dire che egli sottoscriva un contratto «*per scopi estranei all'attività imprenditoriale*».

In realtà, nemmeno questa considerazione risolve i nostri dubbi. L'art. 3, lett. a) cod. cons. stabilisce che è consumatore chiunque agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale «*eventualmente svolta*». Quest'ultimo elemento ci riporta a quanto stavamo dicendo, ossia che i partecipanti al fondo, al pari degli

accomandanti, non svolgono alcuna attività economica, giacché non possono ingerirsi nell'amministrazione.

Ciò che esclude ogni sovrapposizione tra la posizione del socio accomandante e quella del consumatore è la considerazione per cui quello di società è un contratto con comunione di scopo, mentre il codice del consumo, alla luce di quanto abbiamo rammentato, concerne i soli contratti di scambio.

I partecipanti ai fondi, al contrario dei soci accomandanti, sottoscrivono un contratto di scambio con la S.G.R. Questa assume gli obblighi di *best execution* e di liquidazione della quota, verso il pagamento di un corrispettivo da parte degli investitori⁵⁵¹.

Riassumiamo allora i risultati della nostra indagine. I partecipanti: a) concludono un contratto di scambio che li lega alla S.G.R. e non agli altri investitori; b) pur essendo dei creditori dinamici e pur partecipando al rischio della gestione collettiva dei loro risparmi, non esercitano quell'attività imprenditoriale; c) non hanno diritto ai dividendi (*i.e.* a una quota degli utili), ma a una quota del risultato della gestione di un patrimonio che non è un soggetto societario.

Di conseguenza, pur essendo dei creditori dinamici, i partecipanti al fondo comune hanno una posizione analoga a quella degli obbligazionisti. Il requisito soggettivo indicato dall'art. 140 *bis* cod. cons., secondo cui l'attore deve essere un consumatore, è soddisfatto.

Veniamo allora ai requisiti oggettivi, indicati dall'art. 140 *bis*, comma 2 cod. cons., ricordando che le *beneficiary dispute* possono avere a oggetto le seguenti situazioni giuridiche: 1) diritto risarcitorio contro la S.G.R. e a favore del fondo; 2) diritto risarcitorio contro la S.G.R. e a favore dei patrimoni individuali dei partecipanti.

L'art. 140 *bis*, comma 2, lett. a) sembra applicabile a entrambe le ipotesi, concernendo «i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile».

Mediante la sottoscrizione della quota del fondo o mediante il suo acquisto, il soggetto diviene partecipante e perfeziona un contratto con la S.G.R.

I diritti che i partecipanti ai fondi vantano nei confronti della S.G.R. sono allora contrattuali. Essi, inoltre, sono «omogenei» ai sensi del primo comma dello stesso art. 140 *bis*, poiché tutti i partecipanti vantano, nei confronti della società di gestione, gli stessi diritti primari (*best execution* e liquidazione della quota) e secondari (risarcimento dei danni cagionati al fondo o al patrimonio dell'investitore). Perciò vi è comunanza di *causa petendi* e omologia di *petitum*⁵⁵².

⁵⁵¹ Secondo il Consiglio di Stato, sez. III, 11 maggio 1999, n. 608, *cit.*, la sottoscrizione di quote dei fondi d'investimento immobiliare, subordinata all'apporto dei beni immobili, è parte di un negozio bilaterale a prestazioni corrispettive.

⁵⁵² La comunanza di *causa petendi* e l'omologia di *petitum* devono essere escluse quando l'investitore agisce per il risarcimento di un danno che sia stato cagionato unicamente al proprio patrimonio

Si pone, però, un problema.

Nel corso del Capitolo V abbiamo dimostrato che i partecipanti possono agire contro la S.G.R. per il risarcimento dei danni cagionati al fondo. Il diritto risarcitorio esiste nel patrimonio dei singoli investitori. Il suo soddisfacimento, tuttavia, consiste in un risarcimento che si attua a favore del fondo, non dei patrimoni individuali. Abbiamo quindi affermato che vi è una legittimazione attiva concorrente dei singoli partecipanti all'azione risarcitoria in favore del fondo. L'esecuzione del risarcimento da parte della S.G.R. soddisfa, con un'unica prestazione, i diritti risarcitori di tutti gli investitori⁵⁵³.

Premesso che la *class action* ha sicuramente un senso quando l'oggetto del procedimento consiste nel *risarcimento a favore dei patrimoni individuali*, non si è sicuri di poter dire lo stesso nel caso in cui l'azione di classe concerna il *risarcimento a favore del fondo*. Se il vittorioso esperimento di un'*azione individuale* è sufficiente a costringere la S.G.R. a un risarcimento che, andando a favore del fondo, soddisfa i crediti risarcitori di tutti i partecipanti, che senso avrebbe un'*azione di classe*?

La «mancanza di senso» di una *class action* siffatta sembra impedire la sua stessa esperibilità. L'art. 140 *bis*, comma 1, secondo periodo, stabilisce che «*ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*». Se un solo processo ordinario di cognizione è in sé sufficiente a consentire a ciascun componente della classe di agire per un risarcimento che va a vantaggio di tutti i titolari dei diritti omogenei, allora la deviazione dal processo ordinario e l'adozione del rito regolato dall'art. 140 *bis* appare contraria alla *ratio* della disposizione, che non è quella di predisporre uno strumento liberamente esercitabile, ma uno strumento di tutela della classe ove quest'ultima abbia, come unica alternativa, quella di svolgere una miriade di processi ordinari individuali, che potrebbero eventualmente essere riuniti per connessione impropria *ex* artt. 103 e 274 c.p.c. Pertanto, la scelta dell'azione di classe violerebbe l'art. 140 *bis*.

Tuttavia, la sufficienza dell'azione individuale non esclude la concorrenza degli omogenei diritti degli altri investitori e non preclude pertanto una miriade di azioni individuali, il cui rischio deve essere prevenuto. Sussiste, perciò, la *ratio* dell'art. 140 *bis* e la *class action* è ammissibile.

A conferma di ciò, si pensi anche che nulla vieta che vi sia una sorta di cumulo oggettivo all'interno della *class action*, con due o più categorie di diritti. I diritti risarcitori dei partecipanti possono essere di due tipi a seconda che il danno si sia prodotto soltanto nel fondo o si sia anche ripercosso all'interno di alcuni patrimoni personali. Questi due diritti

personale e non, anzitutto, al fondo. Un esempio potrebbe essere l'errato calcolo della liquidazione della quota di un partecipante. In questi casi, la *class action* non è esperibile.

⁵⁵³ Capitolo V, § 4. Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti. Si veda, all'interno del medesimo Capitolo V, anche il § 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.

sono tra loro collegati: il partecipante, che non abbia ottenuto il ristoro del danno cagionato al fondo e che abbia già percepito la liquidazione della propria quota, non potrà più agire per il risarcimento del danno al fondo medesimo, ma soltanto per quello arrecato al proprio patrimonio personale. Pertanto, è possibile che la *class action* abbia ad oggetto sia i danni cagionati al fondo, sia quelli causati ai patrimoni dei singoli partecipanti⁵⁵⁴. In quest'ipotesi, ci sono più categorie di «*diritti omogenei*» e quindi più classi⁵⁵⁵.

Quid iuris se, nelle more dell'azione di classe, colui che ha aderito all'azione risarcitoria a favore del fondo ottiene la liquidazione della quota?

La sua posizione sostanziale, in virtù della richiesta di liquidazione o, nel caso di fondi chiusi, dopo la scadenza del termine indicato dal regolamento, si trasferisce dalla classe cui aveva inizialmente aderito (risarcimento in favore del fondo) all'altra (risarcimento dei danni individuali). Il trasferimento da una classe all'altra all'interno della procedura, invece, non è automatico.

Se il passaggio sostanziale avviene prima della scadenza del termine per l'adesione, allora il partecipante potrà revocare l'adesione alla prima classe e aderire alla seconda. Qualora, invece, il passaggio intervenga dopo lo scadere del termine per le adesioni, occorre tenere a mente l'art. 140 *bis*, comma 14, a mente del quale «*la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva*».

Scaduto il termine per l'adesione, riteniamo che quest'ultima possa comunque essere unilateralmente revocata dal consumatore, senza che sia necessario il consenso del professionista convenuto. Difatti, il consumatore non è parte formale del procedimento, talché la rinuncia non sarebbe subordinata al consenso delle controparti, richiesto dall'art. 306 c.p.c. Tuttavia, se il consenso cui è soggetta la rinuncia agli atti fosse prescritto per evitare che ulteriori processi siano introdotti per lo stesso diritto sostanziale, allora il fatto che il consumatore sia soltanto parte sostanziale non escluderebbe l'applicazione del menzionato art. 306. Ciò nondimeno, la “revoca” dell'adesione deriva dall'estinzione del diritto alla *best execution* e quindi dalla cessazione della materia del contendere. Perciò non si tratta di vera e propria revoca, ma di un'istanza volta all'estromissione o, comunque, alla declaratoria di estinzione della posizione di parte sostanziale⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Ciò pone dei problemi di calcolo. La condanna al risarcimento del danno arrecato al patrimonio personale dei partecipanti avrà a oggetto la sola diminuzione di valore delle singole quote; la somma corrispondente all'insieme delle diminuzioni di valore delle quote medesime dovrà essere scomputata dalla condanna al risarcimento in favore del fondo. In questo modo, si evitano duplicazioni risarcitorie.

⁵⁵⁵ Poiché è impossibile che lo stesso soggetto attore appartenga a entrambe le classi (salvo il caso in cui egli abbia acquistato più quote, di cui alcune già liquidate e altre no), allora i soggetti che introducono un unico procedimento, concernente due azioni di classe, dovranno essere almeno due.

⁵⁵⁶ La declaratoria di estinzione non può riguardare il rapporto processuale, giacché il consumatore non sta in giudizio né con l'attività, né col nome.

Se il consumatore revoca l'adesione o se il giudice lo esclude dalla classe, il consumatore medesimo non potrà aderire all'altra classe, qualora il termine per l'adesione a quest'ultima sia ormai scaduto. Sarà comunque fatta salva l'azione individuale.

Questo inconveniente dimostra come, da un punto di vista tattico, non convenga aderire a (e nemmeno tentare) un'azione di classe avente a oggetto il danno al fondo. La soluzione ottimale sta nell'intentare un'azione individuale contro la S.G.R. per il ristoro del danno arrecato al fondo e, solo eventualmente, un'azione di classe da parte degli investitori che abbiano già subito il conseguente danno ai propri patrimoni individuali.

§ 4. La *class action* contro la banca depositaria e la S.G.R. di promozione.

Benché l'azione di classe, avviata dai partecipanti contro la depositaria o la società di promozione, non rientri tra le *beneficiary dispute* – le quali concernono esclusivamente i rapporti tra investitori e S.G.R. di promozione – conviene comunque dedicarvi dello spazio in questa sede, giacché si tratta pur sempre di azioni giudiziali a tutela degli investitori medesimi.

L'art. 140 *bis*, comma 2, lett. a) è applicabile nei confronti della banca depositaria. I partecipanti non sottoscrivono alcun contratto con la quest'ultima, ma essa ha sottoscritto un contratto con la S.G.R. a loro favore, *ex artt.* 1411 ss. c.c.⁵⁵⁷. Pertanto, i partecipanti vantano, nei confronti della banca, dei «*diritti contrattuali*».

Se si volesse mettere in dubbio questa ricostruzione negando che i diritti che il terzo acquista *ex art.* 1411 c.c. siano contrattuali⁵⁵⁸, oppure configurando il contratto tra S.G.R. e banca come un contratto con prestazione a favore di terzo⁵⁵⁹, i partecipanti potrebbero comunque esercitare una *class action* contro la banca basandosi sull'art. 140 *bis*, comma 2, lett. b).

Tale disposizione riguarda «*i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale*».

⁵⁵⁷ Capitolo V, § 11. La banca depositaria..

⁵⁵⁸ Il che non è possibile, giacché vi osta la giurisprudenza sviluppatasi sugli artt. 1411 ss. c.c. e secondo cui il diritto del terzo ha natura contrattuale, benché egli non sia parte del contratto, né in senso formale, né in senso sostanziale: Cass., sez. III, 9 aprile 2014, n. 8272, in *Giust. Civ. Mass.* 2014.

⁵⁵⁹ Ciò che non pare corretto, poiché implicherebbe che il partecipante non abbia un interesse giuridicamente tutelato a che la banca esegua i compiti di garanzia affidati dal Testo Unico della Finanza. Il diritto a tale prestazione sussisterebbe soltanto in capo alla S.G.R. In realtà il Testo Unico impone un depositario per tutelare i partecipanti dalla S.G.R., non la S.G.R. stessa.

D'altronde, ai sensi dell'art. 49, comma 1 T.U.F., «*il depositario è responsabile nei confronti del gestore e dei partecipanti all'O.I.C.R. di ogni pregiudizio da essi subito in conseguenza dell'inadempimento dei propri obblighi*». Al partecipante spetta un diritto, non un vantaggio economico soltanto indiretto, né egli è mero destinatario di una prestazione oggetto del diritto della sola S.G.R. stipulante.

Poiché i compiti che la banca assume *ex art.* 48 T.U.F. costituiscono un servizio⁵⁶⁰, allora, benché non sussista alcun accordo tra la depositaria e i partecipanti, questi potrebbero esperire tale rimedio.

Potrebbe immaginarsi anche l'applicabilità della lett. c) del medesimo art. 140 *bis* quando la S.G.R. di gestione, quella di promozione o la banca depositaria hanno posto in essere «*comportamenti anticoncorrenziali*» o «*pratiche commerciali scorrette*», come la falsità delle informazioni concernenti il valore del fondo⁵⁶¹.

Tuttavia, con riguardo al falso in prospetto di cui all'art. 94 T.U.F., la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità degli artt. 18 ss. cod. cons. in virtù del «considerando» n. 7 della Direttiva 29/2005/CE, relativa alle pratiche commerciali scorrette, recepita nell'ordinamento italiano⁵⁶². Secondo questo «considerando», la disciplina comunitaria «*non riguarda le pratiche commerciali realizzate principalmente per altri scopi, comprese ad esempio le comunicazioni commerciali rivolte agli investitori, come le relazioni annuali e le pubblicazioni promozionali delle aziende*».

Inoltre, sempre riguardo alle informazioni rese agli investitori, conviene rammentare che, secondo la giurisprudenza⁵⁶³, il prospetto dell'art. 94 T.U.F. non consiste in un documento promozionale, ma nell'adempimento di un obbligo di legge. Gli artt. 18 ss. cod. cons. sarebbero allora inconferenti.

In senso contrario, già avevamo rimarcato⁵⁶⁴ che «*[...] l'art. 18 c. cons. dà una definizione amplissima del concetto di pratica commerciale, quanto meno sotto il profilo oggettivo, statuendo che essa comprende ogni condotta "posta in essere [...] in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto [...]". Il prospetto informativo è con ogni evidenza finalizzato, se non esclusivamente, almeno in parte ad attività promozionali. Il fatto poi che ne sia prevista l'obbligatorietà dall'art. 94 T.U.F. non toglie che il prospetto stesso abbia anche la funzione di promuovere la sottoscrizione delle azioni. La rilevanza di tale funzione ulteriore non è esclusa dall'art. 18, giacché esso non ragiona di "attività finalizzate alla promozione" – ciò che renderebbe estranea alla definizione una condotta posta in essere per ragioni differenti, quale l'adempimento di un obbligo di legge – ma di condotta tenuta "in relazione alla promozione".*

⁵⁶⁰ SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori, cit.*, ritiene che i prodotti finanziari siano dei 'prodotti' ai sensi e per gli effetti dell'art. 140 *bis*, comma 2, lett. b) cod. cons. e che, mentre gli emittenti devono essere qualificati come produttori, i soggetti abilitati, quali le S.G.R., assumono la veste di fornitori del servizio.

⁵⁶¹ Riguardo alle pratiche commerciali scorrette: ALPA-ROSSI, *Commentario del Codice del Consumo*, Napoli, 2005; DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008; LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 73; CENDON, *Commentario al Codice del Consumo*, Milano, 2010, pp. 171 ss.; GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010; FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012.

Per alcune decisioni dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato: Garante concorrenza e mercato, 26 giugno 2013, n. 24422, in *Giust. Civ.*, 2013, 9, I, 1907; Garante concorrenza e mercato, 3 settembre 2013, n. 24509, in *Giust. Civ.*, 2013, 11-12, I, 2658.

Nella giurisprudenza amministrativa: T.A.R. Lazio, 17 settembre 2013, n. 8313, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 9, 2744; T.A.R. Lazio, 17 marzo 2014, n. 2945, in *Red. G. Amministrativo*, 2014, 3, 434.

⁵⁶² L'attuazione della direttiva è avvenuta in forza del D. Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, il quale ha introdotto nel Codice del Consumo gli artt. 18-27 *quater*.

⁵⁶³ Corte d'appello di Firenze, 14 novembre 2014, *cit.*

⁵⁶⁴ IACUMIN, *Class action, cit.*, pp. 94-95.

L'espressione non si riferisce quindi all'interno volere del professionista, ma a qualsiasi condotta che, per le proprie caratteristiche oggettive, possa influenzare le altrui decisioni commerciali»⁵⁶⁵.

Nulla esclude, infine, che la S.G.R. di promozione possa essere convenuta in una *class action* esperita ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 2 lett. a), sebbene limitatamente ai danni cagionati ai propri patrimoni personali. L'azione risarcitoria per i danni cagionati al fondo, infatti, è rimessa alla sola S.G.R. di gestione.

Quanto alla falsità delle informazioni con cui essa ha indotto l'investitore a sottoscrivere una quota del fondo, invece, preme ricordare che la responsabilità da falso in prospetto (art. 94 T.U.F.) ha natura aquiliana⁵⁶⁶, cosicché si dovrebbe ricorrere alla lett. b) dell'art. 140 *bis*, la quale prescinde dalla sussistenza di un rapporto contrattuale tra il danneggiante e il danneggiato o alla lett. c), qualora fossero superati gli ostacoli giurisprudenziali rappresentati dal «considerando» n. 7 della direttiva 29/2005/CE e dall'asserita inapplicabilità degli artt. 18 ss. cod. cons.

§ 5. Le conseguenze della sostituzione di S.G.R. e della separazione tra le funzioni di promozione e quelle di gestione.

Nel Capitolo V⁵⁶⁷, abbiamo affermato che sia la sostituzione del gestore *ex art. 37*, comma 3 T.U.F., sia l'attribuzione della gestione a una S.G.R. diversa da quella di promozione integrano una cessione dei contratti e quindi una successione a titolo particolare *inter vivos* nell'ufficio gestorio. Quest'ufficio consiste nelle seguenti situazioni giuridiche: legittimazione a disporre (rilevante per i terzi); obbligo di disporre diligentemente nell'interesse dei partecipanti (cd. *best execution*, cui corrisponde un credito dei partecipanti); obbligo di liquidazione della quota (cui corrisponde un ulteriore credito dei partecipanti)⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ La dottrina è peraltro conforme a quest'interpretazione oggettivistica dell'espressione «in relazione alla promozione»: BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori* a cura di De Cristofaro, Torino, 2007, p. 76; ANGELINI, *Commento all'art. 18*, in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro, II ed., Milano, 2008, p. 104.

⁵⁶⁶ Corte d'appello di Firenze, 14 novembre 2014, *cit.*, ha escluso, con un'argomentazione valida anche nell'ambito delle informazioni inerenti ai fondi comuni, la natura precontrattuale della responsabilità da falso in prospetto, poiché tale qualificazione implica la violazione del canone di buona fede nell'ambito di una trattativa, che nel caso di emissione e sottoscrizione di azioni manca del tutto. In senso conforme: Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 6, 892. Insomma, non è possibile ravvisare la violazione di alcun contratto, né la lesione di diritti derivanti da un ipotetico contatto sociale: Cass., 11 luglio 2012, n. 11642, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 7-8, 899. Si ha quindi unicamente la violazione del dovere di *neminem ledere* nei confronti della generalità dei potenziali sottoscrittori: Cass., Sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 4, 559.

Inoltre, se anche la responsabilità fosse stata precontrattuale, l'applicabilità dell'art. 140 *bis*, comma 2, lett. a) sarebbe stata comunque esclusa in considerazione del fatto che le fattispecie di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. sono ormai costantemente ricondotte alla responsabilità aquiliana: Cass., 7 maggio 2004, n. 8723, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 5; Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e Resp.*, 2005, 597, con nota di Pardolesi; Cass., 18 giugno 2005, n. 13164, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9; Cass., 29 luglio 2011, n. 16735, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 9, 1228.

⁵⁶⁷ § 7. La sostituzione della S.G.R. di gestione. Le deleghe di funzioni *ex art. 33 T.U.F.*

⁵⁶⁸ Vi è poi il subentro, oltre che in queste situazioni passive, anche nella situazione attiva consistente nel credito ai corrispettivi che il gestore vanta nei confronti dei partecipanti in virtù della gestione collettiva dei loro risparmi.

Poiché l'oggetto delle *beneficiary dispute* è il debito risarcitorio imputato alla S.G.R. di gestione e poiché tale situazione non rientra nell'oggetto dei contratti ceduti, ma è un'obbligazione secondaria che discende dalla loro violazione, allora la sostituzione, come anche l'attribuzione della gestione del fondo a una società diversa dalla S.G.R. di promozione, non integra una successione a titolo particolare e *inter vivos* nel diritto controverso e non dà luogo all'applicazione dell'art. 111 c.p.c.

L'operatività di tale norma, in questi processi, presupporrebbe che siano applicabili gli artt. 2558 ss. c.c., i quali prevedono il subentro non solo nei contratti, ma in tutte le situazioni giuridiche inerenti alla conduzione dell'azienda, inclusi i debiti risarcitori⁵⁶⁹. Il fondo comune, però, non è sussumibile nella nozione di azienda, di cui all'art. 2555 c.c. Manca, infatti, un complesso di beni materiali, coordinati all'esercizio di un'impresa.

Proprio per il mancato subentro nel debito risarcitorio, la sostituita potrà intervenire nel giudizio avviato dai partecipanti contro la sostituita. L'intervento sarà adesivo autonomo, giacché la subentrante agisce, a tutela di un diritto incluso nel fondo, contro la sola S.G.R. uscente.

In virtù della sostituzione del gestore, pertanto, viene meno il conflitto che sussisteva in capo alla precedente S.G.R., la quale diviene terza rispetto al fondo e, come tale, è destinataria di un'azione del (nuovo) gestore. La sostituzione, di conseguenza, consente di avere un gestore non più in conflitto d'interessi e quindi dotato della legittimazione processuale per la tutela dell'integrità del fondo.

Ciò non preclude ai partecipanti la prosecuzione del giudizio.

Essi hanno agito contro la sostituita, nel momento in cui questa era il gestore, facendo valere la violazione del rapporto contrattuale che li legava alla società stessa. La sostituzione non toglie la persistenza del debito risarcitorio, sussistente *ex contractu* in capo alla sostituita, nei confronti degli investitori. Questi possono quindi continuare a stare in giudizio, assieme alla S.G.R. subentrante, per la tutela del fondo.

Questo è l'unico caso in cui il gestore e gli investitori possono agire, in parallelo, a tutela del fondo comune. Tale anomalia si spiega in ragione del fatto che la precedente S.G.R., nei confronti dei partecipanti, risponde contrattualmente quale gestore, mentre, nei riguardi della nuova S.G.R. di gestione, risponde come qualsiasi terzo danneggiante.

§ 6. Le esecuzioni.

I rapporti tra la S.G.R. e i partecipanti sono particolarmente anomali sotto il profilo sostanziale, poiché, in merito alla *best execution*, obbligano a prospettare un diritto risarcitorio degli investitori alla reintegrazione di un patrimonio di cui essi non sono titolari. Ciò

⁵⁶⁹ Cass., sez. lav., 7 luglio 2009, n. 15916, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, 1055, ha affermato che il debito risarcitorio del datore di lavoro, verso il lavoratore dipendente, circola con l'azienda cui questi era adibito, cosicché si applica l'art. 111 c.p.c.

nonostante, le implicazioni processualistiche non sono poi così intricate: sia la società, sia i partecipanti rivestono la qualifica di parte in tutte le tre accezioni del termine.

Vedremo nella sezione seguente quanto la situazione si ribalti per le *third party dispute*, in cui i rapporti tra la S.G.R. e i terzi, non eccessivamente complicati dal punto di vista sostanziale, costringono a non pochi aggiustamenti in ambito processuale.

Un profilo processuale che, già nelle *beneficiary dispute*, si presenta in maniera singolare è, invece, quello dell'esecuzione forzata. Ciò non sorprenderà se si ricorda che l'esecuzione ha un collegamento strettissimo col diritto sostanziale che, come appena rammentato, è particolarmente anomalo nei rapporti tra società e investitori. D'altronde, non si esegue un titolo esecutivo: si esegue un diritto sostanziale, *sulla base di* un titolo esecutivo⁵⁷⁰.

L'anomalia fondamentale non si manifesta con riguardo all'attuazione del diritto alla liquidazione della quota. In questo caso, infatti, il patrimonio a favore del quale compiere l'esecuzione è senza dubbio quello dell'investitore precedente.

La stranezza si presenta nell'esecuzione del diritto alla reintegrazione del fondo comune. Anche qui il patrimonio aggredito sarà quello della S.G.R., ma il patrimonio in cui si riverseranno i proventi dell'espropriazione non sarà quello del partecipante precedente o interveniente nell'esecuzione, bensì il fondo.

Si impongono, quindi, alcuni aggiustamenti della normativa che regola l'esecuzione forzata e, in primo luogo, dell'art. 475, comma 2 c.p.c.: «*la spedizione del titolo in forma esecutiva può farsi soltanto alla parte a favore della quale fu pronunciato il provvedimento o stipulata l'obbligazione, o ai suoi successori, con indicazione in calce della persona alla quale è spedita*». La giurisprudenza afferma, a tale riguardo, che il rilascio del titolo in forma esecutiva a una persona diversa da quella a favore della quale il titolo è stato emesso non dà luogo a nullità o inefficacia del titolo stesso, ma integra un'irregolarità che potrà essere fatta valere con l'opposizione agli atti esecutivi⁵⁷¹. Alla stessa irregolarità dà luogo il fatto che il titolo sia dapprima rilasciato in forma esecutiva a favore di uno dei soggetti a beneficio dei quali è stato emesso, ma sia poi notificato al debitore da un altro di questi soggetti⁵⁷².

L'abituale identità tra il titolare del credito e il titolare del patrimonio che sarà arricchito dalla prestazione dedotta in obbligazione comporta che colui a favore del quale è stato pronunciato il provvedimento sia anche colui a favore del cui patrimonio dovrà compiersi l'esecuzione forzata. Quando invece la titolarità del credito non si accompagna a quella del patrimonio "avvantaggiato", il provvedimento è emesso a favore del creditore, ma l'esecuzione forzata non va a favore del suo patrimonio.

È proprio questo ciò che accade nell'esecuzione dei provvedimenti di condanna emessi nel corso delle *beneficiary dispute*. Il provvedimento di cognizione è stato emesso a

⁵⁷⁰ LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *cit.*, p. 32.

⁵⁷¹ Cass., sez. III, 3 settembre 1999, n. 9297, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1897 e in *Riv. cancellerie* 1999, 594; Cass., sez. VI, 18 novembre 2014, n. 24548, in *Giust. Civ. Mass.* 2014.

⁵⁷² Cass., sez. III, 3 settembre 1999, n. 9297, *cit.*; Cass., sez. VI, 18 novembre 2014, n. 24548, *cit.*

favore del partecipante che ha domandato la tutela del proprio diritto alla reintegrazione del fondo pregiudicato dalla *mala gestio* della S.G.R. e, proprio per questo, l'esecuzione arricchirà il fondo, non il patrimonio personale del partecipante.

La discrasia tra titolare del credito e titolare del patrimonio avvantaggiato dall'esecuzione non avviene soltanto nell'ambito dei fondi, ma anche nel contratto a favore di terzo. A questo proposito già abbiamo ricordato che, secondo la giurisprudenza, lo stipulante può agire contro il promittente per sentirlo condannare all'esecuzione dell'obbligazione in favore del terzo⁵⁷³. Sebbene questa giurisprudenza concerna il processo di cognizione, è evidente che, per la natura condannatoria del provvedimento richiesto e quindi per la sua attitudine a costituire titolo esecutivo, essa si riverbera nell'esecuzione forzata. Di conseguenza, ammettere un'azione di cognizione, a tutela di un diritto proprio, avente a oggetto la soddisfazione del diritto del terzo, implica l'ammissibilità di un'azione esecutiva con i medesimi caratteri.

Questa discrasia, *ex latere creditoris*, tra il patrimonio in cui si trova il credito attuato e il patrimonio che viene incrementato da quella stessa attuazione costringe a un adeguamento di diverse disposizioni.

La spedizione in forma esecutiva (art. 475 c.p.c.), il contenuto del precetto (art. 480 c.p.c.) e dell'atto di pignoramento (art. 492 c.p.c.), la trascrizione di quest'ultimo (art. 555 c.p.c.) come pure del sequestro conservativo che l'abbia eventualmente preceduto (art. 679 c.p.c.) dovranno essere allora interpretate nei modi seguenti.

Ogniquale volta i termini «*creditore*» o «*parti*» siano utilizzati per indicare il soggetto che compie e riceve gli atti del procedimento, come pure il soggetto che subisce gli effetti di quegli stessi atti (es. spese processuali), quei termini indicheranno il partecipante (procedente o interveniente) e la S.G.R. (es. artt. 475, 480, 555, 679 c.p.c.). È in questo modo che dovrà essere interpretata la gran parte delle norme che governano il pignoramento e la liquidazione del bene.

Qualora quei termini siano invece utilizzati per indicare l'incremento patrimoniale perseguito e quindi il patrimonio a favore del quale l'esecuzione dovrà compiersi, i termini stessi andranno riferiti al fondo.

Così, è impossibile che si applichi, a favore di più partecipanti che agiscono per l'esecuzione di una sentenza di condanna della S.G.R. al risarcimento di un danno cagionato al fondo, l'art. 492, comma 6 c.p.c. Secondo questa disposizione, «*qualora, a seguito di intervento di altri creditori, il compendio pignorato sia divenuto insufficiente, il creditore procedente può richiedere all'ufficiale giudiziario di procedere ai sensi dei precedenti commi ai fini dell'esercizio delle facoltà di cui all'articolo 499, quarto comma*»⁵⁷⁴. Difatti, l'intervento di altri creditori implica che al credito del

⁵⁷³ Abbiamo menzionato Cass., sez. I, 1 marzo 1993, n. 2493, nel Capitolo V, § 6. I trasferimenti dei diritti nel fondo e dal fondo. La proprietà.

⁵⁷⁴ Ex art. 499, comma 4 c.p.c., «*ai creditori chirografari, intervenuti tempestivamente, il creditore pignorante ha facoltà di indicare, con atto notificato o all'udienza in cui è disposta la vendita o l'assegnazione, l'esistenza di altri beni*

precedente si aggiungano quelli degli intervenienti, ma ciò, a differenza di quanto solitamente accade, non comporta un aumento del *quantum* per cui si procede: la somma dovuta a titolo di risarcimento a favore del fondo resta immutata.

Le correzioni interpretative di maggior peso si avranno in merito alla fase di distribuzione del ricavato (artt. 509 ss. c.p.c.) e di assegnazione del bene (artt. 505 ss. c.p.c.).

Ad esempio, a mente dell'art. 507 c.p.c. «*l'assegnazione si fa mediante ordinanza del giudice dell'esecuzione contenente l'indicazione dell'assegnatario, del creditore pignorante, di quelli intervenuti, del debitore, ed eventualmente del terzo proprietario, del bene assegnato e del prezzo di assegnazione*». Il «*creditore pignorante*» e quelli «*intervenuti*» corrispondono ai partecipanti. Tuttavia, l'«*assegnatario*» non sarà, al contrario di ciò che ordinariamente accade, un creditore, ma il fondo comune di investimento.

Volendo proporre altri esempi, l'art. 510 c.p.c. sancisce che «*se vi è un solo creditore pignorante senza intervento di altri creditori, il giudice dell'esecuzione, sentito il debitore, dispone a favore del creditore pignorante il pagamento di quanto gli spetta per capitale, interessi e spese*». Il capitale e gli interessi, consistendo nella prestazione a favore del fondo, sono imputati a quest'ultimo. Al contrario, le spese devono essere rimborsate alla parte che “sta in giudizio” col nome, ossia al partecipante.

Dati così alcuni esempi di come applicare il criterio interpretativo che abbiamo esposto, preme notare che queste note processualistiche consentono di comprendere come la relazione intercorrente tra S.G.R., partecipanti e fondo non debba essere accostata al contratto a favore di terzi. Difatti, benché sia questa l'analogia che abbiamo inizialmente proposto, tutte le considerazioni che nel frattempo abbiamo svolto ci consentono di affermare che nel fondo non esiste alcun diritto risarcitorio nei confronti della S.G.R.

L'architettura giuridica di questa relazione trilatera ricorda piuttosto il contratto con prestazione da eseguirsi a favore del terzo, in cui il terzo medesimo non vanta alcun diritto alla prestazione, la quale è oggetto unicamente di un credito spettante alla parte contrattuale⁵⁷⁵.

Per completezza d'indagine, immaginiamo un caso pratico.

Il partecipante, dopo aver ottenuto il titolo esecutivo contro la S.G.R. per la reintegrazione del valore del fondo, ottiene la liquidazione della propria quota.

del debitore utilmente pignorabili, e di invitarli ad estendere il pignoramento se sono forniti di titolo esecutivo o, altrimenti, ad anticipare le spese necessarie per l'estensione. Se i creditori intervenuti, senza giusto motivo, non estendono il pignoramento ai beni indicati ai sensi del primo periodo entro il termine di trenta giorni, il creditore pignorante ha diritto di essere loro preferito in sede di distribuzione».

⁵⁷⁵ BIANCA, *Diritto civile*, III, *cit.*, p. 571 ricorda che la dizione «*contratto con prestazione al terzo*» si deve a SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 19 e che la *figura iuris* in discorso può anche essere considerata, secondo MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 65, come un contratto a favore di terzo con efficacia interna.

GAZZONI, *Manuale*, *cit.*, p. 958, propone gli esempi dell'art. 1269 c.c., ossia della *delegatio solvendi* in cui al delegato sia stato vietato di obbligarsi nei confronti del creditore, e dell'accollo interno a seguito del quale l'accollante esegua la prestazione *ex art. 1180 c.c.*

Il partecipante non può agire esecutivamente una volta maturato, in virtù della propria richiesta (fondi aperti) o a seguito dello scadere del termine (fondi chiusi), il diritto alla liquidazione della quota. Questo secondo diritto, consistente nella liquidazione integrale della propria quota-parte del fondo, estingue il precedente diritto alla *best execution*. Di conseguenza, non vi è più un diritto da attuare e l'(ex) partecipante si espone all'opposizione prevista dall'art. 615 c.p.c.

Egli dovrà quindi agire nuovamente in sede di cognizione, deducendo il diverso diritto alla liquidazione integrale della quota. La violazione della *best execution* non rileverà più quale mancata esecuzione di un'autonoma obbligazione, ma come criterio di valutazione della responsabilità della S.G.R. nell'inadempimento all'obbligo finale di liquidazione della quota stessa⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ L'esecuzione potrebbe essere promossa da un altro partecipante, soltanto se il titolo esecutivo è stato emesso anche a favore di questi, *ex art.* 475 c.p.c.

SEZIONE II

LE *THIRD PARTY DISPUTE*

SOMMARIO: § 1. *Le third party dispute*. Le controversie con la depositaria, la S.G.R. di promozione e gli ex amministratori della società di gestione. § 2. Il fondo sta in giudizio col nome ed è parte sostanziale. § 3. La posizione processuale della S.G.R. di gestione. La competenza. § 4. La posizione processuale dei partecipanti. § 5. Il conflitto di interessi della società di gestione. § 6. L'identificazione dell'oggetto processuale e i limiti patrimoniali del giudicato. § 7. Le conseguenze del trasferimento dell'oggetto processuale da un fondo all'altro. § 8. La sostituzione della S.G.R. interrompe il processo. § 9. L'intervento della S.G.R. sostituita nel processo introdotto dalla sostituita. § 10. L'impossibilità giuridica dell'imputazione al fondo comune, alla S.G.R. o ai partecipanti dell'oggetto processuale di cui sia affermata l'inclusione nel fondo medesimo. § 11. La fusione e la scissione dei fondi. La fusione di fondi con S.I.C.A.V. e S.I.C.A.F. § 12. Le esecuzioni.

§ 1. *Le third party dispute*. Le controversie con la depositaria, la S.G.R. di promozione e gli ex amministratori della società di gestione.

Nel corso del Capitolo V⁵⁷⁷ abbiamo compreso che la legittimazione sostanziale a disporre del fondo compete esclusivamente alla S.G.R. di gestione. Nel Capitolo III⁵⁷⁸, abbiamo dimostrato che la legittimazione processuale meramente gestoria discende da quella sostanziale a disporre. Pertanto, anche questa seconda legittimazione appartiene alla sola S.G.R. di gestione.

Quando la società agisce contro i terzi per ottenere il risarcimento dei danni subiti dal fondo o comunque l'adempimento di un credito ivi incluso, essa non sostituisce processualmente i partecipanti, né li rappresenta.

È vero che l'azione a tutela del fondo è espressione dell'obbligo della S.G.R. di massimizzarne il valore, rispetto al quale sussiste un credito dei partecipanti, ma l'azione

⁵⁷⁷ § 2. Il rapporto intercorrente tra i partecipanti al fondo e le S.G.R., di promozione e di gestione.

⁵⁷⁸ § 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

medesima non deduce quest'ultimo credito, bensì un diritto ricompreso nel fondo, la cui sussistenza si spiega, *ex art.* 1174 c.c., in virtù dell'interesse dei partecipanti medesimi⁵⁷⁹.

Ciò vale anche qualora sia convenuta la S.G.R. di promozione, la banca depositaria o la S.G.R. sostituita.

Anche in queste ipotesi, la sussistenza di un diritto risarcitorio all'interno del fondo non ingenera alcun conflitto, giacché la società di gestione non agirà contro se stessa. Pertanto, benché i partecipanti al fondo abbiano un diritto contrattuale nei confronti della banca depositaria e verso la società di promozione, essi non potranno agire nei confronti di quelle società per il risarcimento dei danni arrecati al fondo, ma unicamente per i danni arrecati al valore della loro quota individuale⁵⁸⁰. Ai partecipanti, infatti, l'art. 36 T.U.F. interdice la gestione, sostanziale e processuale, del fondo comune.

Quanto detto circa la depositaria e la società di promozione vale anche per gli amministratori della S.G.R. di gestione.

Alla luce di quanto abbiamo compreso nel Capitolo VI⁵⁸¹, i partecipanti non hanno alcun rapporto contrattuale con gli amministratori della società.

Pertanto, l'unica azione che i partecipanti possono intentare contro gli amministratori è quella dell'art. 2394 c.c., la quale presuppone che la *mala gestio* abbia intaccato sia il fondo, sia il patrimonio sociale, rendendo quest'ultimo insufficiente alla reintegrazione del valore del fondo stesso o delle quote individuali.

La S.G.R., inoltre, vanta, contro i propri precedenti amministratori, l'azione prevista dall'art. 2393 c.c., soltanto ove sia lesa il patrimonio sociale, mentre, nel caso in cui sia stato pregiudicato il fondo, l'azione non è riconducibile a quelle degli artt. 2391 ss. c.c.: la S.G.R. agisce contro il proprio precedente amministratore come si trattasse di un qualunque terzo danneggiante, cosicché l'azione è aquiliana⁵⁸².

È extracontrattuale anche l'azione contro la depositaria, la S.G.R. di promozione o quella sostituita. Benché esse siano legate alla società di gestione da un rapporto contrattuale, la S.G.R. le conviene in giudizio per il risarcimento dei danni cagionati al fondo, deducendo il relativo diritto di credito, incluso nel fondo medesimo e non nel patrimonio della S.G.R. incaricata della gestione.

⁵⁷⁹ Capitolo V, § 10. I diritti, inclusi nel fondo, verso i terzi.

⁵⁸⁰ Capitolo VI, Sezione I, § 4. La *class action* contro la banca depositaria e la S.G.R. di promozione.

⁵⁸¹ Capitolo V, § 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.

⁵⁸² Capitolo V, § 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.

§ 2. Il fondo è parte sostanziale e subisce gli effetti degli atti processuali.

Nel Capitolo III⁵⁸³ siamo giunti ad alcune importanti conclusioni sistematiche sulla struttura del procedimento di cognizione.

Il detto per cui *processus est actus ad minus trium personarum* va confermato soltanto in relazione alla parte che sta in giudizio con l'attività, la quale è sia 'parte', sia 'soggetto'. In secondo luogo, la capacità di essere parte sostanziale e quella di stare in giudizio col nome non presuppongono la soggettività sostanziale.

Infine, le *personae* che identificano l'oggetto processuale attengono al patrimonio primario⁵⁸⁴, incentrato sulla comune attribuzione di un predicato, soggettivo o acefalo, a più situazioni, che ne sono identificate. Il patrimonio secondario richiede invece un predicato che identifica esclusivamente le situazioni che, all'interno di un patrimonio primario, sono sottoposte all'azione esecutiva di soltanto alcuni creditori. Pertanto, solamente quando il patrimonio è entificato o è acefalo, si ha un predicato che è capace di essere parte che sta in giudizio col nome, nonché parte sostanziale, e che, quale surrogato della *persona*, è in grado di identificare l'oggetto processuale.

Il predicato che identifica il patrimonio primario ha allora una rilevanza generale, identificando le situazioni giuridiche tra cui corre il conflitto di interessi che costituirà l'antitesi fondamentale del processo e del rapporto contrattuale. Il predicato che identifica il patrimonio secondario, invece, ha una rilevanza limitata all'eseribilità delle azioni esecutive, stante la sua rilevanza funzionale per la sola separazione dei creditori, cosicché esso inciderà sulla trascrizione e sull'esecuzione, non sui contratti, né sul processo di cognizione.

Applicando quegli approdi sistematici alle conclusioni interpretative cui siamo pervenuti nel Capitolo IV circa l'inquadramento del fondo comune, possiamo affermare, anzitutto, che il Testo Unico non imputa alcun atto del processo al fondo. Pertanto, quest'ultimo è privo di soggettività sia sostanziale, sia processuale, cosicché non è parte che sta in giudizio con l'attività.

In secondo luogo, il fondo comune non è un soggetto di diritto sostanziale, cosicché non è un *soggetto* che sta in giudizio col nome o che subisce gli effetti del giudicato. Ciò nondimeno, il fondo è parte sostanziale, giacché questa nozione s'incentra, non sul soggetto, ma sul patrimonio e, più precisamente, sulla sua struttura (insieme di situazioni giuridiche), la quale è immutabile a prescindere dalla presenza di un titolare⁵⁸⁵.

⁵⁸³ § 13. I rapporti (meramente eventuali) tra la capacità di essere parte e la soggettività sostanziale.

⁵⁸⁴ Sui due concetti di patrimonio primario e secondario, Capitolo II, § 13. Profilo funzionale e profilo strutturale del distinguo tra il patrimonio entificato e il patrimonio acefalo. Le due accezioni del 'patrimonio'.

⁵⁸⁵ È poi vero che la medesima struttura si rinviene nel patrimonio separato, ma esso non può essere parte che sta in giudizio con l'attività, né parte sostanziale. Difatti, il patrimonio separato, distinto da quello entificato e acefalo, presuppone di essere imputato a un soggetto. Poiché il soggetto è sussistente, allora le situazioni giuridiche incise dal giudicato sostanziale e dagli atti processuali sono identificate dal soggetto stesso, cosicché è costui (o, se si vuole, il suo patrimonio primario) a essere parte nei due sensi appena menzionati, non, invece, il patrimonio secondario.

Il fatto che l'oggetto processuale della *third party dispute* inerisca al fondo dimostra che questo è l'entità nel cui interesse la S.G.R. compie gli atti processuali. Esso ha quindi una veste analoga a quella della 'parte che sta in giudizio col nome', benché tale terminologia non gli si confaccia.

Gli effetti degli atti contrattuali e processuali incidono – costituendole, modificandole o estinguendole – sulle situazioni giuridiche di cui il fondo si compone, benché quest'ultimo, non essendo un soggetto, non sia la parte nel cui nome si conclude il contratto o si compiono gli atti del processo⁵⁸⁶.

Gli atti sostanziali e giudiziali, infatti, sono compiuti, *ex art. 36*, comma 4 T.U.F., unicamente «*per conto del fondo*», e la mancata imputazione degli effetti, che consegue all'assenza della spendita del nome, è, alla luce dell'eliminazione del dogma di necessaria titolarità, compatibile con l'inerenza di quegli stessi effetti a situazioni acefale.

L'incidenza degli effetti processuali su un patrimonio di cui non è speso il nome sembra contraddire gli artt. 75 ss. c.p.c., secondo cui la rappresentanza, ossia l'imputazione degli effetti dell'attività processuale al *dominus*, richiede la *contemplatio domini*, la quale fa presumere il potere rappresentativo e in difetto della quale, *ex art. 81*, si ha il rigetto in rito della domanda⁵⁸⁷.

In realtà, l'assenza di una rappresentanza, nel caso dei fondi comuni, dipende dalla mancanza di un soggetto rappresentato e l'imputazione degli effetti al fondo discende dalla legittimazione processuale meramente gestoria che, come vedremo nel prossimo paragrafo, è attribuita alla S.G.R. e che, come dicemmo⁵⁸⁸, non richiede un'espressa previsione normativa.

Poiché il discrimine tra la parte che sta in giudizio col nome e la parte che sta in giudizio con la sola attività sta nella titolarità o nell'altruità dell'interesse per cui si agisce⁵⁸⁹; giacché la S.G.R. agisce, *ex art. 36*, comma 4 T.U.F., nell'interesse degli investitori alla massimizzazione del valore del fondo; dato che il centro d'imputazione di quell'interesse è il fondo, patrimonio primario distinto da quello dei partecipanti; poiché la *contemplatio* non è richiesta ai fini dell'imputazione degli effetti degli atti processuali al fondo, essendo a tal fine sufficiente l'allegazione della qualità di S.G.R. di gestione; allora il fondo è parte degli effetti processuali, nonostante l'assenza di *contemplatio domini*.

Pertanto, esistono parti degli effetti processuali e parti sostanziali che non sono soggetti e non stanno in giudizio col nome⁵⁹⁰. Già in merito al *falsus procurator*, d'altronde,

⁵⁸⁶ Capitolo IV, § 8. Il fondo non è un soggetto, ma un patrimonio acefalo.

⁵⁸⁷ Capitolo III, § 6. La rappresentanza processuale e la *contemplatio domini*.

⁵⁸⁸ Capitolo III, § 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

⁵⁸⁹ Capitolo III, § 9. Il rappresentante processuale possiede sia la *legitimatio ad processum* rappresentativa, sia la *legitimatio ad causam*. Comparazione con il sostituto processuale.

⁵⁹⁰ Deve quindi essere respinta la tesi di CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, cit., p. 69, secondo cui «*il processo civile [...] è rimasto saldamente ancorato ad un impianto soggettivistico. In linea di principio, non è consentito compiere un'opera di oggettivizzazione della capacità di essere parte del processo, riconoscendo la stessa anche a masse prive [...] di una propria consistenza soggettiva, dovendo essere invece riaffermata la corrispondenza tra*

avevamo stabilito che, pur non stando in giudizio col nome, si può essere destinatari degli effetti degli atti processuali⁵⁹¹.

Ogni norma che s'incentri sulla cd. parte che sta in giudizio col nome, pertanto, andrà riferita, nell'ambito delle *third party dispute*, al fondo comune d'investimento.

§ 3. La posizione processuale della S.G.R. di gestione. La competenza.

Benché il Testo Unico della Finanza preveda unicamente la legittimazione sostanziale della S.G.R., la sussistenza, in capo alla medesima società, del potere di compiere gli atti del processo è certa, una volta che si applichino i criteri interpretativi già elaborati, in termini generali, nel Capitolo III⁵⁹². Difatti, dagli artt. 75 ss. del codice di rito, si trae il principio per cui, ove la dualità soggettiva manchi a causa dell'acefalia del diritto dedotto, colui, che ha legittimazione sostanziale, ha anche legittimazione processuale⁵⁹³. Di conseguenza, il Testo Unico – implicitamente, ma inequivocabilmente – stabilisce che la società di gestione sta in giudizio con gli atti⁵⁹⁴.

La non-titolarietà del diritto dedotto dalla S.G.R. è astrattamente compatibile sia con una rappresentanza, sia con una sostituzione. Tuttavia, stante l'assenza di una dualità soggettiva, entrambi i fenomeni vanno esclusi.

Per risolvere i nostri dubbi interpretativi, conviene ricordare che, ai sensi dell'art. 81 c.p.c., è possibile agire: a) deducendo diritti di cui ci si afferma titolari; b) deducendo diritti altrui in nome e per conto altrui; c) deducendo diritti altrui, in nome e per conto proprio, nei casi espressamente ammessi dalla Legge⁵⁹⁵. Il caso della S.G.R. è particolarmente anomalo giacché essa deduce diritti che non spettano ad alcuno (al contrario dei casi di sostituzione e di rappresentanza), nell'interesse di altri soggetti (come nel caso della rappresentanza), senza spendere il nome di costoro (come nella sostituzione)⁵⁹⁶. C'è quindi, una dissociazione tra

capacità giuridica e capacità di essere parte del processo, affinché gli effetti degli atti processuali e, soprattutto, quelli della sentenza, possano prodursi, non essendovi altrimenti un soggetto nella cui sfera giuridica essi possono venire imputati».

⁵⁹¹ Capitolo III, § 11. Nuovo inquadramento del *falsus procurator*.

⁵⁹² § 12. Le conseguenze della ridefinizione dei rapporti tra *legitimatio ad causam* e *legitimatio ad processum* per i patrimoni separati e gli indizi da ricercare nel diritto positivo ai fini del loro inquadramento processuale. Si veda, inoltre, all'interno di quello stesso Capitolo, il § 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

⁵⁹³ Capitolo III, § 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

⁵⁹⁴ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*: «è appena il caso di notare che, se non si riconoscesse alla S.G.R. il potere di disporre dei beni del fondo, nemmeno essa sarebbe in grado di svolgere la funzione di gestione che le è normativamente attribuita come connotato essenziale dello stesso istituto dei fondi di investimento. Di qui, secondo la richiamata giurisprudenza, la legittimazione, anche processuale, della S.G.R. ad esercitare i diritti ed adempiere agli obblighi ricollegati ai beni presenti nel fondo».

⁵⁹⁵ Capitolo III, § 8. Ridefinizione della *legitimatio ad causam*. V. anche, all'interno di quello stesso Capitolo, § 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

⁵⁹⁶ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*: «non si può parlare, rispetto all'esercizio processuale dei diritti ricollegati ai beni stessi, di sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., poiché, mancando il sostituto (il titolare dei beni, che non è né il fondo né sono i partecipanti al fondo), il preteso sostituto (la S.G.R.) nemmeno è tale. Né la S.G.R. sostituisce i partecipanti al fondo nell'azione contrattuale contro i componenti dei suoi organi amministrativi e di controllo, poiché essi partecipanti, come si vedrà, non hanno azione contrattuale verso costoro».

interesse e nome, i quali, secondo l'art. 81, sono invece in rapporto di corrispondenza biunivoca⁵⁹⁷.

La posizione della S.G.R., comunque, è più vicina a quella del rappresentante, piuttosto che a quella del sostituto, giacché essa agisce nell'interesse altrui.

La società vanta una legittimazione processuale primaria piena⁵⁹⁸, conseguente alla capacità processuale. Tale legittimazione consente la produzione degli effetti processuali degli atti.

Il giudicato sostanziale, inoltre, non si potrebbe produrre se non si riconoscesse alla S.G.R. anche una 'legittimazione processuale meramente gestoria', che non è rappresentativa e nemmeno secondaria⁵⁹⁹. Tale legittimazione, al pari di quella processuale rappresentativa, consente la produzione del giudicato sostanziale e l'imputazione al fondo degli effetti degli atti processuali⁶⁰⁰, la cui produzione consegue alla legittimazione processuale primaria piena.

La S.G.R., dunque, non deve chiamare in causa né gli investitori, né il fondo. Si comprende ancor di più, allora, quanto la posizione della società sia prossima, piuttosto che al sostituto processuale, al rappresentante.

Infine, la S.G.R., affermandosi titolare dell'ufficio gestorio, soddisfa la condizione dell'art. 81 c.p.c., di modo che, ove sussistano tutte le condizioni di decidibilità della causa nel merito, essa è legittimata *ad causam*⁶⁰¹.

Questa situazione legittimante è alquanto peculiare, giacché non dipende dall'affermata titolarità del diritto, né dal far valere il diritto altrui in nome altrui (rappresentanza) o in nome proprio (sostituzione), ma dall'allegazione di far valere un diritto acefalo sottoposto *ex lege* al proprio ufficio di gestore⁶⁰².

⁵⁹⁷ La S.G.R. non rappresenta nemmeno il fondo, poiché esso è privo di soggettività. Difatti, ove il fondo fosse un soggetto, il rapporto tra questo e la S.G.R. consisterebbe in una rappresentanza organica, come quella che intercorre tra la S.G.R., da un lato, e le S.I.C.A.V. o le S.I.C.A.F., dall'altro, *ex art. 38 T.U.F.* È proprio per questo che, nel caso in cui la S.G.R. deduca diritti della S.I.C.A.V. o della S.I.C.A.F., le tre accezioni del termine 'parte' vanno riferite a queste ultime società, e non alla prima.

Inoltre, la S.G.R. contrae nell'interesse dei partecipanti al fondo e in nome di nessuno, cosicché non assume su di sé i diritti e gli obblighi derivanti dal negozio. Conseguentemente, la S.G.R. è parte dell'atto contrattuale e non dei suoi effetti.

⁵⁹⁸ Capitolo III, nota 314.

⁵⁹⁹ Essa, infatti, non presuppone una legittimazione del *dominus*, che non esiste.

⁶⁰⁰ Capitolo III, § 9. Il rappresentante processuale possiede sia la *legittimatio ad processum* rappresentativa, sia la *legittimatio ad causam*. Comparazione con il sostituto processuale.

⁶⁰¹ Capitolo III, § 8. Ridefinizione della *legittimatio ad causam*.

⁶⁰² V. Capitolo III, § 12. Le conseguenze della ridefinizione dei rapporti tra *legittimatio ad causam* e *legittimatio ad processum* per i patrimoni separati e gli indizi da ricercare nel diritto positivo ai fini del loro inquadramento processuale. Si veda anche, all'interno di quel Capitolo, § 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

Il risultato cui siamo giunti nel corso del capitolo III (§ 9. Il rappresentante processuale possiede sia la *legittimatio ad processum* rappresentativa, sia la *legittimatio ad causam*. Comparazione con il sostituto processuale.), secondo cui sia il rappresentante, sia il sostituto hanno entrambi *legittimatio ad causam*, consente di riconoscere anche al legittimato processuale meramente gestorio tale legittimazione ad agire, senza che ci si debba intrattenere sull'oziosa questione della sussistenza dell'azione all'interno del fondo, piuttosto che in capo alla società.

Infine, conviene notare, per contiguità di argomento, che la competenza del giudice, *ex art. 19, comma 2 c.p.c.*, si determinerà in virtù della sede della S.G.R. di gestione, la quale ha, per quanto sin qui detto, una posizione equiparabile a quella del «*rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda*». L'art. 37 T.U.F., peraltro, esclude che il fondo possa avere una sede⁶⁰³.

§ 4. La posizione processuale dei partecipanti.

Stante l'indipendenza assicurata alla S.G.R. dall'art. 36 T.U.F., i partecipanti non possono ingerirsi nella gestione del fondo, né provvedendovi autonomamente, né impartendo direttive alla società di gestione, ma possono agire per ottenere dalla S.G.R. la reintegrazione del valore del fondo e quella della propria quota individuale⁶⁰⁴.

Gli investitori non possono intervenire nei giudizi tra la S.G.R. e i terzi, né convenire in giudizio questi ultimi. Una tale azione, infatti, implicherebbe la deduzione di diritti inclusi nel fondo, ovvero di situazioni giuridiche che, già in astratto, non possono competere ai partecipanti. Pertanto, la domanda sarebbe inammissibile, in quanto affetta da impossibilità giuridica⁶⁰⁵.

Qualora, tuttavia, il processo sia introdotto dalla S.G.R. affinché i suoi precedenti amministratori risarciscano il fondo comune, i partecipanti possono intervenire in giudizio, contro gli amministratori medesimi, *ex art. 2394 c.c.*⁶⁰⁶ per ottenere la reintegrazione del patrimonio sociale, ed *ex artt. 1218 c.c. e 36 T.U.F.*, contro la S.G.R., per ottenere il risarcimento a favore del fondo stesso⁶⁰⁷.

Questo significa, in primo luogo, che essi non si ingeriscono nella gestione del fondo, ma anche che i diritti che i partecipanti stessi fanno valere sono diversi da quello azionato dalla S.G.R.

L'anomalia di tale intervento è evidenziata dal dubbio concernente l'oggetto del provvedimento emesso dal giudice. Egli potrà accogliere tutte le azioni proposte e quindi

⁶⁰³ Capitolo IV, § 5. Le disposizioni contenute nell'art. 37 T.U.F.

⁶⁰⁴ Capitolo V, § 12. Apologetica in merito all'indipendenza della S.G.R. e al credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.

⁶⁰⁵ Per questo aspetto "soggettivo" della possibilità giuridica, v. Capitolo III, § 4. Segue: *legittimatio ad causam* e possibilità giuridica.

⁶⁰⁶ Ciò presuppone che l'azione prevista dall'art. 2394 c.c. sia autonoma e non costituisca, invece, un'azione surrogatoria con cui i creditori farebbero valere l'azione sociale di responsabilità. In questa seconda ipotesi, infatti, l'azione andrebbe ricondotta all'art. 2900 c.c., richiedendo quindi l'inerzia della società, inerzia esclusa dall'azione che questa ha intentato contro i propri precedenti amministratori. Riteniamo che l'azione non abbia natura surrogatoria, al contrario di quella disciplinata dall'art. 2393 *bis* c.c. In questo senso: Cass., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.* 1999, I, 75, con nota di Salafia; in *Società* 1999, 557, con nota di Funari; in *Foro it.* 1999, I, 1967; in *Resp. civ. e prev.* 1999, 1318, con nota di Balzarini.

Per la natura surrogatoria: Cass., sez. lav., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, 1803.

⁶⁰⁷ Sarà, tuttavia, più probabile che siano i partecipanti ad avviare il giudizio contro la S.G.R. *ex art. 1218 c.c.*, la quale chiamerà in causa i propri precedenti amministratori *ex art. 2043 c.c.* a tutela del fondo e, *ex art. 1218 c.c.*, a tutela del patrimonio sociale per quanto fosse costretta a sborsare in favore del fondo medesimo.

condannare sia la S.G.R., sia gli amministratori al risarcimento in favore del fondo, nonché gli amministratori medesimi alla reintegrazione del patrimonio sociale?

Le condanne non si escludono reciprocamente, ma vanno coordinate.

Sussistono due rapporti obbligatori: a) intercorrenti tra diversi creditori (partecipanti e fondo) e differenti debitori (S.G.R. e suoi ex amministratori); b) aventi a oggetto un'identica prestazione (la reintegrazione del valore del fondo); c) funzionale al soddisfacimento di un unico interesse (quello dei partecipanti).

L'eterogeneità degli estremi soggetti delle due obbligazioni esclude la solidarietà nel credito e nel debito. Tuttavia, ciò non esclude che la S.G.R. e gli amministratori possano essere contestualmente condannati al risarcimento in favore del fondo. Il fenomeno ricorda, dal punto di vista strutturale, i rapporti a catena, in quanto vi sono dei creditori (partecipanti), un debitore (S.G.R.) e un *debitor debitoris* (ex amministratore). Dal punto di vista funzionale, invece, la mente corre proprio alla solidarietà nel debito, giacché, come in quest'ultima e a differenza dei rapporti a catena, i due rapporti obbligatori hanno a oggetto un'unica prestazione (risarcitoria) in favore di un identico patrimonio (fondo comune). Ciò, quanto ai rapporti esterni.

I rapporti interni tra S.G.R. e amministratori, invece, sono regolati dall'art. 2393 c.c., per cui la società deve essere tenuta integralmente indenne dagli amministratori che l'abbiano eventualmente costretta a risarcire il fondo.

Questa complessa architettura comporta che l'esecuzione della prestazione in favore del fondo comune – avvenga essa per opera degli ex amministratori o a cura della S.G.R. – estingue l'interesse alla reintegrazione del fondo medesimo, di modo che il giudice può condannare entrambi i soggetti all'esecuzione della prestazione risarcitoria. La condanna potrà essere eseguita, su istanza dei partecipanti, dalla società di gestione, oppure, su domanda di quest'ultima, da parte degli amministratori. La S.G.R. non potrà opporre ai partecipanti, *ex art. 615 c.p.c.*, l'obbligo degli amministratori di procedere al risarcimento. Sarà la società stessa a doversi provvedere, salvo poi agire "in regresso", *ex art. 2393 c.c.*, contro gli amministratori, per essere rimborsata da costoro.

Sorge però un'obiezione. Se la S.G.R. aveva, durante il processo di cognizione, ottenuto la condanna degli amministratori a risarcire il fondo, com'è possibile che essa agisca esecutivamente contro costoro per ottenerne la reintegrazione del proprio patrimonio sociale? L'obiezione è corretta e impone alla S.G.R., durante il processo di cognizione e in virtù della domanda proposta nei suoi confronti dai partecipanti, di svolgere un'ulteriore domanda nei riguardi dei propri precedenti amministratori, al fine di sentirli condannare *pro futuro* al risarcimento, *ex art. 2393 c.c.*, di quanto essa fosse costretta a pagare al fondo su istanza dei partecipanti, ove gli amministratori non vi provvedessero per primi⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ Le domande proposte, dunque, sarebbero quattro.

L'azione dei partecipanti contro gli ex amministratori, volta alla reintegrazione del patrimonio sociale, è funzionale, in ultima istanza, alla reintegrazione del fondo. Pertanto, il provvedimento che il giudice dovrà emettere sarà il seguente: a) condannare sia la S.G.R., sia gli amministratori in favore del fondo; b) ove la S.G.R. l'abbia richiesto, condannare gli amministratori a risarcire la società di quanto questa sarà costretta a corrispondere al fondo; c) per la sola ipotesi in cui il patrimonio sociale sia divenuto, a causa di *mala gestio*, insufficiente a risarcire il fondo comune, condannare gli amministratori a reintegrare il patrimonio sociale, così da consentire ai partecipanti di aggredire la S.G.R.

Si potrebbe dubitare dell'utilità della condanna *ex art. 2394 c.c.* Se, dopo l'esecutività della sentenza, la S.G.R. agisce contro gli amministratori affinché essi corrispondano al fondo il residuo dovuto, allora l'azione di cui all'art. 2394, volta alla reintegrazione del patrimonio sociale e solo indirettamente finalizzata al risarcimento del fondo, si rivela inutile. Tuttavia, quest'eventualità non è scontata, potendo anche immaginarsi che, dopo l'esecutività, la S.G.R. non agisca esecutivamente contro gli amministratori, in favore del fondo. È in questa seconda ipotesi che la condanna ottenuta, *ex art. 2394*, contro gli ex amministratori si rivela fondamentale. Essa consentirà ai partecipanti di reintegrare il patrimonio della S.G.R., da aggredire poi esecutivamente in favore del fondo.

L'intervento dei partecipanti nel giudizio tra S.G.R. ed ex amministratori, con cui si chiedi la condanna della società al risarcimento in favore del fondo comune e quella degli ex amministratori alla reintegrazione del patrimonio sociale, non configura un intervento di quarto tipo, oltre ai tre previsti dall'art. 105 c.p.c. Difatti, l'intervento dei partecipanti è adesivo autonomo.

Tuttavia, l'ipotesi che stiamo esaminando ci costringe a tornare alla lettera della norma – secondo quanto abbiamo già fatto in merito all'art. 81 c.p.c.⁶⁰⁹ – e a osservare che tale tipo di intervento non sempre possa propriamente definirsi 'litisconsortile' o 'adesivo autonomo'.

Difatti, la disposizione non ragiona di un intervento, realizzato deducendo un diritto proprio, a favore di una parte, contro un'altra parte, ma della possibilità di «*intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto [...] di alcune*» parti, un proprio diritto. L'art. 105, insomma, non richiede che, con tale intervento, si adiuvi la posizione di una delle parti⁶¹⁰, ma

La S.G.R. conviene in giudizio gli amministratori, *ex art. 2043*, per ottenere il risarcimento del fondo.

I partecipanti intervengono in giudizio chiedendo, *ex art. 1218 c.c.*, la condanna della S.G.R. al risarcimento in favore del fondo o dei propri patrimoni personali.

Essi possono eventualmente agire anche contro gli amministratori, *ex art. 2394 c.c.*, ove il patrimonio sociale sia insufficiente a reintegrare il fondo comune o i patrimoni personali.

La S.G.R., in virtù di tale intervento dei partecipanti, rivolge contro i propri precedenti amministratori un'ulteriore domanda, *ex art. 2393 c.c.*, per essere tenuta indenne da quanto dovesse sborsare in favore del fondo o dei partecipanti medesimi.

⁶⁰⁹ Capitolo III, § 8. Ridefinizione della *legitimatio ad causam*.

⁶¹⁰ Questa è invece la posizione cui la terminologia tradizionale sembra incline: SEGNI, *Intervento in causa*, in *Nuovo dig. It.*, 1938, VII, pp. 93-120; COSTA, *L'intervento in causa di terzi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1943, I, pp. 15 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1943, I, *Commento sub artt. 105-107*; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1944, II, pp. 199-223; CARNELUTTI,

soltanto che si contesti una di quelle posizioni, di modo che l'interveniente assume un ruolo non conflittuale con la posizione di almeno una parte⁶¹¹, che non è adiuvata, ma resta totalmente indifferente all'intervento.

L'esame della posizione dei partecipanti nelle *third party dispute* è stata imposta dalla possibilità che essi agiscano *ex art.* 2394 c.c. contro gli amministratori della S.G.R. Nei confronti di tutti gli altri terzi, invece, i diritti sono inclusi, non nei patrimoni personali dei partecipanti, ma esclusivamente nel fondo e sono quindi azionabili su istanza della sola S.G.R.

Ciò non esclude, in termini assoluti, la possibilità che i partecipanti si costituiscano nel giudizio tra la società di gestione e i terzi.

Gli investitori potrebbero effettuare un intervento adesivo dipendente (art. 105, comma 2 c.p.c.), ove se ne riconoscesse l'esperibilità per il *creditor creditoris*⁶¹². Essi, in questo modo, non si ingerirebbero nella gestione, giacché i poteri di tale particolare interveniente sono limitati alle attività informative e argomentative della parte⁶¹³.

A nostro parere, il fatto che il partecipante al fondo sia un creditore dinamico, e non statico, consente di superare le obiezioni secondo cui il *creditor creditoris* subirebbe, per effetto della soccombenza del proprio debitore, un danno solamente indiretto, cosicché non vi sarebbe legittimazione all'intervento adesivo dipendente. Questo insegnamento, difatti, può essere accettato per i patrimoni statici, ma quando il credito è dinamico, allora il danno sofferto dal *creditor creditoris*, in conseguenza della soccombenza del proprio debitore, è diretto, giacché esso provoca una diminuzione del valore del fondo e quindi della quota individuale del singolo investitore⁶¹⁴.

Istituzioni del nuovo processo civile italiano, Roma 1943, pp. 103; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1947, I, pp. 379-385; SAITTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, pp. 88-91; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano 1947, I, pp. 298-309; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 387; CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 331.

⁶¹¹ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *cit.*, p. 331.

⁶¹² Questa possibilità è stata prospettata, seppure in termini dubitativi, per i beneficiari del *trust*, da DITTRICH, *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 4, pp. 1198.

Riguardo alla possibilità, per il *creditor creditoris*, di ingerirsi nell'attività processuale del proprio debitore, non soltanto con la surrogatoria, ma anche con l'intervento adesivo dipendente: CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, Padova, 1992, pp. 867 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al Codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1161; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, *cit.*, pp. 91-92.

⁶¹³ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, pp. 387-388, nota 43.

⁶¹⁴ La decisione di Cass., 2 agosto 1975, n. 2949, in *Foro it.*, 1976, I, 732, approvata da MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 388, nota 44, secondo cui il socio non potrebbe spiegare l'intervento adesivo dipendente nella causa tra la società e i terzi, può comunque essere accettata. Il danno sofferto dal socio è indiretto, giacché si produce, dapprima sul patrimonio sociale e, soltanto nell'eventualità di una distribuzione degli utili, su quello del socio medesimo. Il carattere indiretto di tale danno, d'altronde, è confermato dalla distinzione tra l'azione *ex art.* 2395 c.c., da un lato, e quelle disciplinate dagli artt. 2393 e 2393 *bis* dello stesso codice, dall'altro.

Tuttavia, il fondo comune ha una struttura diversa, giacché non vi è un'interposizione di un soggetto societario tra il patrimonio sociale e il socio, ma il credito, per così dire "diretto", del partecipante, verso la S.G.R., a una quota del fondo medesimo. Ciò fa sì che il danno, subito dal partecipante, sia la diretta conseguenza della soccombenza della società di gestione.

Di conseguenza, mentre i creditori statici vantano l'azione surrogatoria e non possono costituirsi in giudizio *ex art. 105, comma 2 c.p.c.*, quelli dinamici si trovano in una situazione processuale inversa, giacché non possono esercitare l'azione prevista dall'art. 2900 c.c., ma hanno la facoltà di spiegare un intervento adesivo dipendente.

Pertanto, i partecipanti sono privi della capacità di testimoniare⁶¹⁵.

In ogni caso, ove la gestione processuale non sia stata corretta e abbia provocato una diminuzione di valore del fondo, i partecipanti potranno introdurre, contro la società di gestione, una *beneficiary dispute*.

Giunti a questo punto e avendo chiarito tutte le posizioni processuali coinvolte nelle *third party dispute*, possiamo affermare di aver elaborato un criterio per risolvere anche quei dubbi operativi che non dovessimo trattare nel prosieguo dell'opera.

§ 5. Il conflitto d'interessi della società di gestione.

Qualora la S.G.R. versi in conflitto d'interessi con i partecipanti, possono applicarsi gli artt. 78-80 c.p.c., nonostante la mancanza di un fenomeno rappresentativo?

Nel corso del Capitolo V⁶¹⁶, abbiamo ricordato l'esistenza della interposizioni gestorie, consistenti in cooperazioni giuridiche non rappresentative, nelle quali, nonostante l'assenza della fattispecie regolata dagli artt. 1387 ss. c.c., può aversi un conflitto d'interessi tra gestore e *dominus*. Poiché il rimedio dell'art. 1394 c.c. presuppone l'obbligo, per il gestore, di perseguire gli interessi del *dominus* e non i propri, allora il rimedio stesso può applicarsi anche alle interposizioni gestorie⁶¹⁷, come quella demandata alla S.G.R. di gestione.

Nonostante tutto ciò, abbiamo compreso che i partecipanti al fondo non possono agire, *ex art. 1394 c.c.*, contro la S.G.R. e contro gli aventi causa dal fondo, per l'annullamento degli atti di disposizione compiuti dalla società, in conflitto d'interessi. Ciò, infatti, implica che i partecipanti esercitino il diritto all'annullamento, il quale è incluso nel fondo e quindi riservato alla legittimazione della sola S.G.R.

Tuttavia, acclarato che il conflitto d'interessi è giuridicamente rilevante anche al di fuori della rappresentanza, gli artt. 78 ss. c.p.c. possono applicarsi alle interposizioni gestorie e dunque all'attività processuale della S.G.R. di gestione⁶¹⁸.

⁶¹⁵ L'art. 246 c.p.c. stabilisce che «non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio». La dottrina prevalente fa condivisibilmente rientrare, in questa disposizione, anche il legittimato all'intervento adesivo dipendente. Per questa tesi, e per gli opportuni riferimenti bibliografici, DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, pp. 315 ss.

⁶¹⁶ § 9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi.

⁶¹⁷ Capitolo V, § 9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi.

⁶¹⁸ DITTRICH, *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, *cit.*, pp. 1203-1204, nota 31, scrive: «ovviamente l'art. 78 c.p.c. non fa menzione dell'amministratore del trust tra le ipotesi che legittimano la nomina del curatore speciale processuale. Mi sembra però che un modesto adeguamento interpretativo permetta di estendere la norma anche al caso di specie, analogicamente assimilabile [sia] alle ipotesi di legale rappresentante in conflitto d'interessi che di amministratore di una persona giuridica o di una associazione non riconosciuta».

I partecipanti non possono chiedere la nomina del curatore speciale nella *beneficiary dispute*, giacché la società, in tale controversia, agisce a tutela dei propri interessi, di modo che non vi è alcun conflitto che possa legittimare l'applicazione degli artt. 78 ss. Né i partecipanti potranno domandare quella nomina relativamente alla causa instaurata dalla S.G.R., ex art. 2393 c.c., contro i propri precedenti amministratori, giacché tale azione risponde a un interesse della S.G.R., non degli investitori.

Quanto alla generalità delle *third party dispute*, occorre ricordare che, a norma dell'art. 79 c.p.c., la nomina del curatore speciale può essere chiesta dal P.M., dalla persona che deve essere rappresentata, dal rappresentante o da qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse. Il partecipante, ove sia parte in causa ex art. 105, comma 2 c.p.c., può dunque formulare l'istanza per la suddetta nomina.

Non si può sostenere, in senso contrario, che, mediante tale istanza, i partecipanti sottraggono alla S.G.R. l'amministrazione processuale del fondo comune, così ingerendosi nella sua gestione, in violazione dell'indipendenza che il Testo Unico riconosce alla società.

Ragionando in questo modo, infatti, si dimenticherebbe che i partecipanti non si sostituiscono alla S.G.R., ma chiedono al giudice di nominare un curatore che ne prenda la posizione processuale. Inoltre, una tale obiezione precluderebbe ai partecipanti di rivolgersi – affinché la gestione della società sia ricondotta ai “sani principi” di lealtà e diligenza – non solo all'autorità giudiziaria, ma anche a quella amministrativa (Consob e Banca d'Italia).

Oltre al rimedio previsto dagli artt. 78 ss. del codice di rito, i partecipanti disporranno, nei confronti della S.G.R. processualmente infedele, dell'azione risarcitoria, a tutela del fondo comune e dei propri patrimoni personali.

Il conflitto d'interessi, in ogni caso, è rilevabile d'ufficio⁶¹⁹. Difatti, secondo la giurisprudenza prevalente – che qui si condivide – la mancata nomina di un curatore speciale, ove sussista un conflitto d'interessi, comporta la nullità del procedimento per violazione del contraddittorio e per vizio di costituzione del rapporto processuale⁶²⁰.

Il curatore speciale, pur assumendo un ufficio limitato al singolo processo per il quale è designato⁶²¹, esercita poteri sostanziali nel processo, ossia tutti quei poteri che, implicando

⁶¹⁹ Secondo Cass., sez. I, 10 marzo 1995, n. 2800, *cit.*, il conflitto d'interessi è rilevabile d'ufficio.

⁶²⁰ Cass., 9 luglio 1997, n. 6201, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1165; Cass., 16 novembre 2000, n. 14866, in *Giust. civ.* 2001, I, 695 e in *Il civilista* 2009, 4, 39; Cass., 14 settembre 2002, n. 13507, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1672, in *Il civilista* 2009, 4, 39, con nota di Scarpa, e in *Il civilista* 2010, 1, 71; Cass., sez. II, 30 maggio 2003, n. 8803, in *Dir. e giust.* 2003, 25, 108, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5 e in *Il civilista* 2009, 4, 39, con nota di Scarpa. Queste decisioni chiariscono che il vizio derivante dalla mancata nomina di un curatore speciale è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

In senso contrario si è espressa Cass., 25 settembre 2009, n. 20659, in *Giust. Civ. Mass.* 2009, 9, 1356, secondo cui la mancata nomina del curatore attiene all'esercizio dei poteri processuali e non al contraddittorio.

In realtà, se è vero che il conflitto d'interessi incide sulla legittimazione processuale rappresentativa o meramente gestoria, è anche evidente che esso comporta una violazione del contraddittorio e del diritto di difesa.

⁶²¹ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 269. Nello stesso senso, DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4, pp. 825 ss., il quale attribuisce al

la disposizione del diritto litigioso, non possono, senza l'autorizzazione della parte, essere esercitati dal difensore (art. 84 c.p.c.)⁶²².

Poiché la gestione dei fondi è un'attività riservata alle S.G.R. (art. 32 *quater* T.U.F.), e considerando che il curatore speciale, al pari del rappresentante, è chiamato a compiere atti di disposizione del diritto sostanziale⁶²³, la curatela deve essere attribuita a una S.G.R.

Gli artt. 78 ss. del codice di rito, difatti, non escludono che la curatela sia affidata a un ente. Finora questa possibilità non è mai stata immaginata perché, in ambito societario, il conflitto sussiste tra la società e il suo rappresentante organico, che è necessariamente una persona fisica⁶²⁴. Nelle S.G.R., invece – oltre a questo tradizionale conflitto, che legittimerebbe l'attribuzione della curatela a una persona fisica – vi è la possibilità che sia l'interesse della società a collidere con quello degli investitori. Poiché, in queste ipotesi, il curatore non è chiamato a sostituire una persona fisica, ma una persona giuridica, allora il codice di rito non osta alla soluzione imposta dal Testo Unico, ovvero sia a che la curatela sia affidata a una S.G.R.

In senso contrario non è rilevante il disposto dell'art. 57, comma 6 *bis* T.U.F.⁶²⁵, secondo cui i commissari responsabili della liquidazione del fondo incapiente, nominati dal Tribunale, possono essere anche persone, fisiche o giuridiche, diverse dalle S.G.R. Questa norma, infatti, è eccezionale, giacché regola una procedura concorsuale, cosicché non è estensibile alla materia che stiamo trattando. Anzi, la circostanza per cui «*possono essere nominati*

provvedimento di nomina del curatore la natura cautelare, con conseguente applicazione degli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., in quanto compatibili.

⁶²² DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., pp. 825 ss.

⁶²³ DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., pp. 825 ss.: «*tale conclusione trova poi indiretta conferma considerando il generale divieto che il nostro codice riserva alla figura del rappresentante meramente processuale (desunto dall'art. 77 c.p.c.): e sarebbe assai singolare che l'unica ipotesi di rappresentante meramente processuale fosse quello di nomina officiosa*».

⁶²⁴ Tale assunto non ha una validità assoluta nemmeno in ambito societario. Esso è contraddetto dall'art. 38 T.U.F., il quale prevede che le S.I.C.A.V. e le S.I.C.A.F. possano affidare la propria gestione a una S.G.R. In quest'ipotesi, la legittimazione sostanziale e processuale è affidata alla S.G.R., che, pur non essendo una persona fisica, funge da organo (esterno) delle predette società.

⁶²⁵ «*Qualora le attività del fondo o del comparto non consentano di soddisfare le obbligazioni dello stesso e non sussistano ragionevoli prospettive che tale situazione possa essere superata, uno o più creditori o la S.G.R. possono chiedere la liquidazione del fondo al tribunale del luogo in cui la S.G.R. ha la sede legale. Il tribunale, sentiti la Banca d'Italia e i rappresentanti legali della S.G.R., quando ritenga fondato il pericolo di pregiudizio, dispone la liquidazione del fondo con sentenza deliberata in camera di consiglio. In tale ipotesi, la Banca d'Italia nomina uno o più liquidatori che provvedono secondo quanto disposto dal comma 3-bis; possono essere nominati liquidatori anche S.G.R. o enti. Il provvedimento della Banca d'Italia è pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Si applica ai liquidatori, in quanto compatibile, l'articolo 84, ad eccezione dei commi 2 e 5, del T.U. bancario. Se la S.G.R. che gestisce il fondo è successivamente sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, i commissari liquidatori della S.G.R. assumono l'amministrazione del fondo sulla base di una situazione dei conti predisposta dai liquidatori del fondo stesso. Quando il fondo o il comparto sia privo di risorse liquide o queste siano stimate dai liquidatori insufficienti a soddisfare i crediti in prededuzione fino alla chiusura della liquidazione, i liquidatori pagano, con priorità rispetto a tutti gli altri crediti prededucibili, le spese necessarie per il funzionamento della liquidazione, le indennità e le spese per lo svolgimento dell'incarico dei liquidatori, le spese per l'accertamento del passivo, per la conservazione e il realizzo dell'attivo, per l'esecuzione di riparti e restituzioni e per la chiusura della liquidazione stessa, utilizzando dapprima le risorse liquide eventualmente disponibili della liquidazione, e poi le somme messe a disposizione dalla società di gestione del risparmio che gestisce il fondo o il comparto, somme che restano a carico della società stessa. Non si applica l'articolo 92-bis, commi 1, 2, 3, 4 e 5, del Testo unico bancario; il comma 6 del medesimo articolo si applica nel caso in cui non vi siano prospettive di utile realizzo dei beni del fondo o del comparto*».

liquidatori anche S.G.R. o enti» rafforza la convinzione che una società gestione di risparmio possa essere nominata quale curatore speciale processuale.

A chi contestasse la possibilità di nominare il curatore *ex officio*, si potrebbe replicare che alcuni indizi giurisprudenziali⁶²⁶, nonché l'osservazione per cui la mancata nomina incide sul contraddittorio e sul diritto di difesa⁶²⁷, fanno sì che il provvedimento possa essere emesso anche d'ufficio, se non altro nelle ipotesi in cui la parte rappresentata non sia in grado di proporre autonomamente l'istanza di nomina perché incapace processualmente (es. interdetto) o perché impossibilitata giuridicamente a stare in giudizio se non per il tramite dei propri organi (es. società per azioni)⁶²⁸.

⁶²⁶ Cass., sez. II, 16 novembre 2000, n. 14866, *cit.*: «*tale essendo la situazione processuale, doveva necessariamente provvedersi alla nomina d'un curatore speciale che rappresentasse gli interessi dell'interdetta nel giudizio, in applicazione del disposto dell'art. 78 sec. co. c.p.c., ed, all'uopo non essendosi provveduto, deve constatare e dichiarare la nullità dell'intero giudizio stanti il vizio insanabile della costituzione del rapporto processuale e la conseguenziale violazione del principio del contraddittorio*». Dalla necessità della nomina del curatore speciale si evince che a essa si potesse (e dovesse) procedere d'ufficio. Ciò è corretto poiché la parte rappresentata era un'interdetta, ossia una persona non in grado di difendersi autonomamente. Ciò giustifica l'intervento officioso del giudice, garante dell'effettività del contraddittorio e del diritto di difesa.

Una conferma di tale argomentazione sta nell'art. 320, ultimo comma c.c., secondo cui, nel caso di conflitto di interessi tra genitori e figli, il giudice deve nominare un curatore speciale.

In senso contrario non si può addurre l'art. 80 c.p.c., a norma del quale «*l'istanza per la nomina del curatore speciale si propone al giudice di pace o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa*». Questa disposizione, infatti, riguarda soltanto il caso in cui la domanda deve essere ancora proposta. A riprova di questa limitata operatività della norma, si veda: Cass., sez. III, 13 aprile 2015, n. 7362, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

⁶²⁷ DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, *cit.*, pp. 825 ss.: «*la nomina di un curatore speciale costituisce una eccezione alla generale regola secondo la quale "sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere" (art. 75 c.p.c.): regola questa che è uno dei corollari necessari dell'art. 24 Cost. e, più in generale, dell'art. 3 Cost. È chiaro infatti che rimuovere il rappresentante di una parte, sostituendolo con uno nominato d'ufficio, limita in maniera severa la capacità di stare in giudizio del soggetto rappresentato, venendo sostituito al rappresentante esistente (ed in ipotesi validamente nominato) un soggetto terzo nominato dal giudice su istanza della controparte processuale. Tale rilievo è ancor più significativo, qualora si ritengano di estendere, come ritengo sia inevitabile, anche al curatore nominato ex art. 78 secondo comma c.p.c., le conclusioni alle quali siamo giunti in ordine ai poteri sostanziali che gli vengono attribuiti con la nomina*».

⁶²⁸ Il parallelo tra incapaci processuali e soggetti di creazione giuridica che, in quanto tali, non possono che agire tramite le persone fisiche che ne rivestono il ruolo di organo, è confermato da Cass., sez. lav., 30 gennaio 1990, n. 618, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 1: «*l'art. 78 c.p.c. (nomina del curatore speciale alla parte che difetti di capacità o di rappresentanza processuale o che si trovi in conflitto di interessi col rappresentante) si inquadra nel più generale principio imperativo del diritto inviolabile di difesa in giudizio (art. 24 Cost.), diritto che sarebbe evidentemente vanificato per alcune categorie di soggetti (tra i quali interessano ai fini di causa - quelli di creazione giuridica quali gli enti privati o pubblici) che, dovendo operare concretamente per mezzo di soggetti fisici, potrebbero essere strumentalmente utilizzati da questi ultimi per il loro esclusivo interesse in danno dei primi*».

La rilevanza officiosa che consegue da questo parallelo è dimostrata anche da Cass., sez. I, 10 marzo 1980, n. 1586, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 3. e in *Riv. notariato* 1980, 882: qualora il curatore del fallimento agisca nei confronti dei figli minori del fallito, al fine di acquisire alla massa beni ad essi pervenuti, la capacità del fallito stesso di rappresentare in giudizio i figli va esclusa non per effetto dell'instaurarsi della procedura concorsuale, ma in conseguenza del conflitto di interessi fra genitori e figli, rilevabile anche d'ufficio ed in sede di legittimità, tenuto conto del vantaggio che deriverebbe al primo dall'accoglimento della domanda, con un incremento dell'attivo fallimentare. Se il conflitto d'interessi incide sulla capacità processuale, o per meglio dire sulla *legitimitas ad processum* rappresentativa, allora vi è un vizio che deve essere rilevato *ex officio* secondo l'art. 182 c.p.c.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 329, nota 49, chiarisce, comunque, che «*fino alla nomina del curatore speciale, il rappresentante in conflitto d'interessi non è un falsus procurator; tale diviene solo dopo la suddetta nomina*».

Pertanto, il giudice può nominare una S.G.R. *ad litem*, ex artt. 78 ss. c.p.c., ove ravvisi un conflitto d'interessi⁶²⁹. Il provvedimento, avendo natura cautelare, sarà governato, ex art. 669 *quaterdecies* c.p.c., dagli artt. 669 *bis* ss. del codice di rito, in quanto compatibili. Contro il decreto di nomina del curatore, ad esempio, potrà essere proposto reclamo (art. 669 *terdecies*)⁶³⁰.

La mancata nomina del curatore, come pure la sua nomina illegittima, sono particolarmente delicate, giacché si ripercuotono sulla capacità di stare in giudizio⁶³¹.

La nostra opinione, contraria alla giurisprudenza prevalente⁶³², è che tali ipotesi non diano luogo all'inesistenza della sentenza, bensì alla conversione dei motivi di nullità in vizi di gravame. Difatti, soltanto con la sentenza sarà possibile comprendere se il conflitto abbia realmente leso gli interessi dei partecipanti al fondo⁶³³.

Tuttavia, i partecipanti, potendo esperire unicamente un intervento adesivo dipendente, non possono impugnare il provvedimento emesso nella controversia tra la S.G.R. e i terzi⁶³⁴, né potrebbero, dopo il suo passaggio in giudicato, promuovere un'opposizione ordinaria di terzo⁶³⁵, ex art. 404, comma 1 c.p.c.

Ai partecipanti – presumendo che la S.G.R. faccia acquiescenza, ex art. 329 c.p.c., al capo della sentenza che conferma l'esclusione della nomina del curatore speciale⁶³⁶ – non resta che l'opposizione di terzo revocatoria, quando la sentenza sia «*l'effetto di dolo o collusione a loro danno*»⁶³⁷, non essendo sufficiente il mero conflitto d'interessi.

Benché le posizioni del rappresentato e del partecipante al fondo siano analoghe, in particolare di fronte al gestore che versi in conflitto d'interessi, il partecipante stesso non può tutelarsi con un'opposizione ordinaria, ma soltanto con quella revocatoria. Ciò è dovuto alla

⁶²⁹ L'istanza può anche essere presentata dalla stessa S.G.R., ex art. 79, comma 1 c.p.c., ma abbiamo voluto immaginare il caso più complesso, in cui la società non vi provvede.

⁶³⁰ DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., pp. 825 ss.

⁶³¹ Secondo DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., pp. 825 ss., quest'evenienza richiederà «*al giudice grande prudenza valutativa, atteso che si tratta qui, né più né meno, di espropriare un soggetto processuale del suo diritto costituzionalmente garantito di agire e di difendersi, con conseguenze tali da poter determinare un vizio gravissimo del processo, condotto dal procurator illegittimamente nominato*».

⁶³² V. nota 620.

⁶³³ Così DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., pp. 825 ss.

⁶³⁴ L'interveniente adesivo, per insegnamento consolidato, non può impugnare la sentenza. A questo proposito, tra i molti, v. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 387 ss.

⁶³⁵ Questa tesi è condivisibilmente avanzata, in termini generali, da DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., pp. 825 ss., per il caso in cui il conflitto è talmente grave da costringere a ritenere che il rappresentante fosse, in realtà, un *falsus procurator*. L'esperibilità del rimedio presuppone, tuttavia, non solo di essere terzi rispetto al procedimento – ciò che non vale per quei partecipanti al fondo che vi siano intervenuti – ma anche la titolarità di un diritto autonomo e incompatibile con quello che è oggetto del provvedimento che si intende attaccare: Cass., 10 marzo 1982, n. 1543, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 263; Cass., 22 settembre 1992, n. 10811, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1479.

Questo secondo requisito – che, come fatto notare da MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 576, nota 15, è granitico in giurisprudenza, ma soffre di forti contestazioni in dottrina – non sussiste in capo ai partecipanti al fondo, i quali sono titolari di un credito, ossia di un diritto dipendente da quello litigioso.

⁶³⁶ La necessità che la sentenza contenga un capo, dedicato a tale questione, è sottolineata da DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., pp. 825 ss.

⁶³⁷ Su tale requisito, si leggano, in particolare, CECHELLA, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995, pp. 55 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 576 ss.

scissione tra la titolarità del diritto litigioso e l'interesse la cui cura è affidata alla parte che sta in giudizio con l'attività (S.G.R.).

Si comprende, dunque, come la costruzione dei profili processuali dei fondi comuni non sia potuta avvenire sulla base di una tanto sbrigativa, quanto erronea assimilazione del partecipante al rappresentato in senso tecnico. È stato necessario, invece, in prospettiva analitica, esaminare quali accezioni del termine 'parte' si confacciano alla società e quali agli investitori.

§ 6. L'identificazione dell'oggetto processuale e i limiti patrimoniali del giudicato.

Tradizionalmente, secondo la teoria dell'identificazione delle azioni, costruita sul dogma di necessaria titolarità⁶³⁸, l'oggetto processuale è identificato dal *petitum*, dalla *causa petendi* e dal soggetto-titolare⁶³⁹, di modo che l'identificazione stessa consiste di tre fasi⁶⁴⁰. Al passaggio di ogni fase, di ogni setaccio, si ha un restringimento dell'insieme di partenza, sino a che la situazione giuridica concreta è una sola⁶⁴¹.

Non è un caso che l'identificazione dell'azione si sia ancorata alla *persona*. Poiché si riteneva che le situazioni giuridiche potessero essere individuate esclusivamente sulla base della *persona* cui erano necessariamente imputate, era inevitabile che gli oggetti processuali fossero identificati dal titolare⁶⁴².

Tuttavia, grazie alla contestazione di quel dogma, si può affermare che la *persona* non è imprescindibile per l'identificazione dell'azione, la quale, al contrario, richiede la parte sostanziale, ossia, secondo quanto abbiamo evidenziato, un predicato che non necessariamente è soggettivo (es. «Fondo comune Alfa», «eredità in morte di Tizio»)⁶⁴³.

Conseguentemente, tutti gli istituti che presuppongono l'identificazione dell'azione – litispendenza, *mutatio libelli*, domande nuove, divieto dei *nova* in appello, cumulo di domande,

⁶³⁸ Tra i molti contributi, dai quali si può desumere l'asserita imprescindibilità del soggetto-titolare, si possono qui ricordare: ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, pp. 59 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del cod. di proc. civ.*, diretto da Allorio, II, I, Torino, 1980, p. 1 e ss.; LUISO, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale della causa*, in *Scritti in onore di Fazzalari*, II, Milano, 1993, pp. 205. ss.; MENCHINI, *Il giudicato*, cit., pp. 70 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 87.

⁶³⁹ Sulla necessità, largamente condivisa, di ricorrere a questi tre elementi al fine di identificare l'azione: CERINO CANOVA, *La domanda*, cit., p. 33, nota 17; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, *Principi*, Milano, 2007, pp. 262 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 152 ss.

⁶⁴⁰ Salvo che si tratti di diritti autodeterminati, come quelli reali di godimento, nel qual caso, stante l'antico brocardo per cui *res amplius quam semel mea esse non potest*, la *causa petendi* è irrilevante.

⁶⁴¹ Già CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, p. 269, chiariva come la *causa petendi* avesse la funzione di specificare il *petitum*.

⁶⁴² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 153, scrive: «poiché l'azione si configura con riguardo al diritto sostanziale affermato, codesti soggetti si individuano in relazione, appunto, a quel diritto sostanziale affermato; sono cioè i soggetti che nella domanda sono affermati rispettivamente quali soggetto attivo e passivo del rapporto sostanziale».

⁶⁴³ Non è quindi sempre corretto quanto affermato dallo stesso MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 152, ossia che «un'azione – come, del resto, ogni altro diritto – si individua in base ad elementi soggettivi ed in base a elementi oggettivi, ossia con riferimento ai suoi soggetti e al suo oggetto».

continenza di cause, giurisdizione, competenza, litisconsorzio necessario, riconvenzionale, chiamata in causa del terzo, successione nel diritto controverso, extra e ultrapetizione, ricasazione ed astensione del giudice per interesse nella causa, incapacità a testimoniare, limiti di proponibilità dell'appello incidentale, estensione della cosa giudicata⁶⁴⁴ – non implicano la presenza di un soggetto, titolare del diritto sostanziale dedotto, ma unicamente una parte sostanziale, che può consistere in qualsiasi predicato idoneo a identificare un patrimonio primario⁶⁴⁵.

§ 7. Le conseguenze del trasferimento dell'oggetto processuale da un fondo all'altro.

Secondo quanto abbiamo fatto emergere nel Capitolo V⁶⁴⁶ e abbiamo ulteriormente precisato nel precedente paragrafo, le situazioni giuridiche sono identificate, non solo da oggetto e titolo, ma anche dal predicato soggettivo o acefalo. Di conseguenza, il mutamento del titolare del diritto, non provoca un trasferimento, ma il mutamento del diritto stesso. Solitamente si afferma, infatti, che il diritto rimane identico a se stesso nonostante il trasferimento da un soggetto a un altro, ma ciò è in palese contraddizione con la teoria dell'identificazione delle azioni. Solo a-tecnicamente si può parlare di «successione nel diritto controverso»: la successione esiste, ma tra predicati identificativi dei diritti e quindi tra i diritti medesimi.

Questo approdo sistematico consente di reinterprete estensivamente l'art. 111 c.p.c., il quale – pur contenendo la rubrica «*successione a titolo particolare nel diritto controverso*», la quale implicherebbe la successione tra soggetti-titolari – può essere applicato anche quando la successione tra diritti deriva dalla sostituzione di predicati acefali. Pertanto, la disposizione, pur essendo stata edificata, come il resto del codice di procedura, sul dogma di necessaria titolarità⁶⁴⁷, può prescindere⁶⁴⁸.

Di conseguenza, quando l'oggetto processuale, in costanza di causa, è trasferito da un fondo comune all'altro, si applicherà l'art. 111 c.p.c. A tale conseguenza non si perverrà,

⁶⁴⁴ Per l'esemplificazione dei profili di rilevanza dell'identificazione delle azioni, CERINO CANOVA, *La domanda*, cit., p. 15; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, p. 388; LUISO, *Principio di eventualità*, cit., p. 226.

⁶⁴⁵ È quindi escluso che, con la destinazione *ex artt.* 2645 *ter* o 2447 *bis* c.c., il diritto incluso nel patrimonio (unilateralmente o bilateralmente) separato sia trasferito e comporti, dunque, l'attivazione dell'art. 111 c.p.c. Ciò, invece, accade nel caso in cui il diritto sia trasferito da un patrimonio primario all'altro, come nel caso del conferimento del diritto in un fondo di investimento.

⁶⁴⁶ § 5. Le relazioni tra S.G.R., partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico e sulla rilevanza del soggetto quale criterio (non necessario) di identificazione delle situazioni giuridiche.

⁶⁴⁷ Ne dà atto CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., pp. 189-190, secondo cui «*la nozione di legittimazione ordinaria e straordinaria ad agire muove dal presupposto che le posizioni sostanziali esistenti e tutelabili siano essenzialmente soggettivizzate, cioè identificate in funzione dell'interesse di un soggetto determinato*».

⁶⁴⁸ Secondo lo stesso CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., pp. 189-190, il fatto che la legittimazione ad agire sia costruita sulla soggettivizzazione degli oggetti processuali «*non significa che nell'ambito dell'ordinamento non vi sia spazio per la protezione di situazioni giuridiche aventi carattere differente e fondamentalmente spersonalizzato [...]*».

invece, quando il diritto incluso nel fondo sia segregato all'interno di un comparto, giacché quest'ultimo è un patrimonio secondario, che incide soltanto sulla responsabilità patrimoniale e non sull'identificazione dei diritti.

Il trasferimento tra due fondi, pertanto, farà sì, *ex art. 111, comma 1 c.p.c.*, che il processo prosegua tra le «*parti originarie*». In virtù del terzo comma del citato articolo, il fondo, successore a titolo particolare, potrà intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti acconsentono, il fondo “alienante” potrà esserne estromesso. La sentenza, qualora non vi sia quest'avvicendamento di parti, farà in ogni caso stato contro il fondo acquirente, cosicché la S.G.R. che lo gestisce potrà impugnarla.

Quando, però, i due fondi sono gestiti dalla medesima S.G.R., a mutare sono solo la parte che sta in giudizio col nome e quella sostanziale, restando identica la parte che sta in giudizio con l'attività. Essa, quindi, potrà costituirsi in giudizio per conto del nuovo fondo e chiedere l'estromissione del precedente. Questo, a rigor di logica. Tuttavia, non si vede quale utilità possa avere un tale avvicendamento, giacché la S.G.R. potrà più semplicemente valersi dei commi 1 e 4 dell'art. 111: il procedimento proseguirà con il fondo originario, mentre quello subentrante sarà parte sostanziale e potrà impugnare la sentenza. Infatti, l'art. 111, fondato sul dogma di necessaria titolarità, presuppone ciò che, nel nostro caso, non accade, ossia che col trasferimento da un titolare all'altro, muti anche il legittimato sostanziale e processuale. Pertanto, l'intervento e l'estromissione, solitamente funzionali all'avvicendamento della parte che sta in giudizio con l'attività, non avranno qui alcuna utilità.

§ 8. La sostituzione della S.G.R. interrompe il processo.

La sostituzione della S.G.R. e l'affidamento della gestione da parte della S.G.R. di promozione a una diversa società consistono nella cessione dei contratti intercorrenti con i partecipanti al fondo e producono il subentro nell'ufficio gestorio, restando immutate le situazioni incluse nel fondo stesso⁶⁴⁹.

Pertanto, i due fenomeni – che indichiamo sotto l'unitaria denominazione «*sostituzione del gestore*» – non cagionano alcuna successione nella titolarità dell'oggetto processuale. Gli artt. 110 e 111 c.p.c. sono dunque inapplicabili.

La sostituzione si traduce nel trasferimento della legittimazione processuale meramente gestoria alla nuova S.G.R. e, ove sussistano tutte le altre condizioni di decidibilità della causa nel merito, nell'acquisto della *legitimatio ad causam*.

Si dovrà quindi fare applicazione degli artt. 299 ss. c.p.c., giacché la sostituzione dà luogo alla cessazione dell'ufficio gestorio in capo alla S.G.R.

⁶⁴⁹ Capitolo V, § 7. La sostituzione della S.G.R. di gestione. Le deleghe di funzioni *ex art. 33 T.U.F.*

Ci si obietterà che la legittimazione processuale della S.G.R., secondo quanto noi stessi abbiamo chiarito⁶⁵⁰, è meramente gestoria, ovvero sia non rappresentativa, di modo che la fattispecie non sarebbe sussumibile nel caso, previsto dagli artt. 299 ss., in cui il rappresentante perda il potere di rappresentanza.

Tuttavia, abbiamo sottolineato che, se il titolare del diritto non esiste e non si può quindi porre un problema di contraddittorio nei suoi confronti, il giudicato sostanziale si può formare anche senza la *contemplatio domini* e in assenza di espressa previsione di Legge, purché l'attore abbia legittimazione *ad processum* primaria piena, alleghi la propria posizione di gestore sostanziale e ne sia l'effettivo titolare⁶⁵¹. Di conseguenza, se la Legge prevede un determinato istituto (ad es. il fondo comune d'investimento), così prescrivendone implicitamente il funzionamento – il quale è impensabile senza la tutela giurisdizionale dei diritti – allora, ove tale tutela sia possibile soltanto su istanza del gestore, l'allegazione di tale ruolo è sufficiente per soddisfare l'art. 81 e per conferire il diritto al provvedimento sul merito.

Alla luce di tutto ciò, si presenta la seguente alternativa: o la sostituzione del gestore non produce alcuna conseguenza processuale, o tale conseguenza, incidendo sulla legittimazione processuale meramente gestoria – che, al pari di quella rappresentativa, consente l'imputazione degli effetti processuali al *dominus* e la produzione del giudicato sostanziale – si verifica secondo le norme che regolano la cessazione della legittimazione rappresentativa medesima.

La prima opzione comporta che il gestore sostanziale sia la S.G.R. subentrante, mentre la gestione processuale resta in capo alla S.G.R. uscente. Ciò è insostenibile, poiché implica la moltiplicazione dei gestori e quindi la compromissione dell'unità del comando sul fondo⁶⁵².

Non rimane dunque che la seconda opzione, la quale, peraltro, non pone alcun problema teorico o pratico. La cessazione del potere di imputare gli effetti processuali al *dominus* e di provocare il giudicato sostanziale dà luogo, a prescindere dalla sussistenza di una rappresentanza o di una legittimazione meramente gestoria, all'avvicendamento della parte che sta in giudizio con l'attività e quindi alla necessità che ne sia garantita l'effettività della difesa, cui è funzionale il meccanismo dell'interruzione⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Capitolo VI, Sezione II, § 3. La posizione processuale della S.G.R. di gestione. La competenza.

⁶⁵¹ Capitolo III, § 14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare.

Capitolo VI, Sezione II, § 3. La posizione processuale della S.G.R. di gestione. La competenza.

⁶⁵² Per questo principio fondamentale dei fondi comuni d'investimento, v. Capitolo V, § 7. La sostituzione della S.G.R. di gestione. Le deleghe di funzioni *ex art. 33 T.U.F.*

⁶⁵³ V., tra gli altri: MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *cit.*, p. 347; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2010, p. 113.

§ 9. L'intervento della S.G.R. sostituta nel processo introdotto dalla sostituita.

Tutto ciò non può che ripercuotersi sulla natura dell'intervento in causa della sostituita e sulla posizione processuale della sostituita. L'intervento, infatti, non rientra tra quelli previsti dall'art. 105 c.p.c., né è sussumibile nella fattispecie dell'art. 111 dello stesso codice.

L'intervento della subentrante, infatti, consiste nella costituzione per la prosecuzione del procedimento, prevista dall'art. 302 c.p.c. Ove la S.G.R. subentrante non provveda alla costituzione, sarà possibile la riassunzione, ad opera delle controparti, ex art. 303. Qualora non si abbia né la prosecuzione, né la riassunzione, il procedimento sarà sottoposto al combinato disposto degli artt. 304 e 298 c.p.c., per poi estinguersi ai sensi dell'art. 305 dello stesso codice.

Appare quindi errata la costruzione teorica adottata dai Giudici milanesi⁶⁵⁴, secondo cui la sostituzione, deliberata dall'assemblea dei partecipanti, non interrompe il processo ex artt. 299-300 c.p.c. Secondo quel provvedimento, la delibera prevista dall'art. 37 T.U.F. revocherebbe l'ufficio gestorio alla promotrice per conferirlo al nuovo gestore, non producendo quindi l'estinzione dell'attrice o la cessazione della sua capacità processuale e non potendosi neppure immaginare l'estinzione del potere rappresentativo. Abbiamo, invece, dimostrato l'erroneità dell'assunto, posto alla base di quel *decisum*, per cui «*la perdita di legittimazione formale a gestire i beni inclusi nei Fondi non può essere accostata a fenomeni quali [...] la cessazione di tale rappresentanza [...]*»⁶⁵⁵.

Non può neppure essere condivisa l'idea, sostenuta dallo stesso Tribunale di Milano⁶⁵⁶, secondo cui, benché la sostituzione non dia luogo a un fenomeno traslativo, l'intervento sarebbe disciplinato, in via analogica, dall'art. 111 c.p.c. Né può essere accettata quella del Tribunale di Varese, a parere del quale la sostituzione realizza il trasferimento dei diritti da una S.G.R. all'altra⁶⁵⁷.

Il fondo non è un patrimonio separato della S.G.R., né può ipotizzarsi l'applicazione analogica dell'art. 111, giacché l'*analogia legis* presuppone una lacuna normativa che, stante l'operatività dell'art. 302 c.p.c., non sussiste.

⁶⁵⁴ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*,

⁶⁵⁵ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

⁶⁵⁶ Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, *cit.*

⁶⁵⁷ Tribunale di Varese, 21 novembre 2011, *cit.*, per cui «*la natura di patrimonio separato del fondo di investimento comporta, anzi tutto, che l'atto di variazione della società di gestione sia costituito da un vero e proprio atto traslativo*».

§ 10. L'impossibilità giuridica dell'imputazione al fondo comune, alla S.G.R. o ai partecipanti dell'oggetto processuale di cui sia affermata l'inclusione nel fondo medesimo.

Secondo il Tribunale di Milano⁶⁵⁸, l'azione esercitata dalla S.G.R. in nome e per conto del fondo si scontra con la circostanza per cui quest'ultimo è privo di soggettività giuridica. Tuttavia, ciò non darebbe luogo alla nullità della citazione, ma al difetto dei poteri rappresentativi e all'irregolarità della procura, che andrebbe regolarizzata *ex art. 182 c.p.c.* I giudici milanesi, infatti, hanno escluso un vizio di extrapetizione: «*la domanda di parte attrice deve essere qualificata [...] come azione direttamente pertinente alla S.G.R. [...], ogni diversa lettura dell'atto di citazione risolvendosi in un formalismo che non tiene conto del complessivo tenore di tale atto, volto comunque a reintegrare il patrimonio separato riferibile al fondo tramite una iniziativa della S.G.R.*»⁶⁵⁹.

Dal punto di vista dell'economia processuale, l'esclusione della nullità va condivisa. Essa evita la proposizione di una nuova domanda avente a oggetto diritti che, sebbene erroneamente *imputati* al fondo, vi sono inequivocabilmente inclusi, a prescindere dall'acefalia del fondo medesimo o dalla sua imputazione alla società. *Falsa demonstratio non nocet*.

Ciò nonostante, prestando attenzione ai profili strutturali, la decisione solleva alcune perplessità.

L'affermazione per cui l'imputazione del diritto dedotto alla S.G.R. piuttosto che al fondo sarebbe irrilevante è contraddetta dal principio secondo cui l'oggetto del processo è integrato dal diritto soggettivo dedotto, identificato in base a *personae, causa petendi e petitum*⁶⁶⁰. Ciò sembra implicare che l'attribuzione, in atti, di un diritto a un soggetto piuttosto che a un altro identifichi necessariamente l'oggetto e non possa mai essere mutata dal giudice.

Tale obiezione, però, presuppone un elemento che, per quanto abituale, non può darsi per scontato, ossia l'imputabilità astratta di un diritto a un soggetto e, di conseguenza, la rilevanza della *persona* ai fini dell'identificazione dell'azione.

In realtà, è giuridicamente impossibile che i diritti inclusi nel fondo abbiano un titolare.

Pertanto, quando si afferma l'inclusione della situazione giuridica in un fondo comune d'investimento, le ulteriori affermazioni, con cui la S.G.R. o la sua controparte attribuiscono quel diritto alla società, al fondo o addirittura ai partecipanti, implicano una ricostruzione della fattispecie di cui è evidente la giuridica impossibilità. Tuttavia, tale vizio della domanda non incide sull'identificazione dell'oggetto processuale, di modo che la sua correzione, da parte del giudice, non implica un'extrapetizione. Di conseguenza, il giudice potrà – e quindi

⁶⁵⁸ Tribunale di Milano, 3 ottobre 2013, n. 12211, *cit.*

⁶⁵⁹ Ordinanza del Tribunale di Milano del 21 giugno 2012, emessa nel corso del giudizio di primo grado, conclusosi con la citata sentenza del Tribunale di Milano, 3 ottobre 2013, n. 12211.

⁶⁶⁰ Capitolo VI, Sezione II, § 6. L'identificazione dell'oggetto processuale e i limiti patrimoniali del giudicato.

dovrà, *ex art.* 113 c.p.c. – reinterpretare la domanda, attribuendo il diritto al fondo ed escludendo ogni imputazione.

Proprio per l'impossibilità giuridica di un'imputazione, però, non ha senso ragionare d'irregolarità della procura e di sua regolarizzazione *ex art.* 182 c.p.c. Non c'è un *dominus* che possa rilasciare una procura. Inoltre, l'imputazione degli effetti processuali al fondo, nonché la produzione del giudicato sostanziale, dipendono dalla legittimazione processuale meramente gestoria, la quale presuppone unicamente l'ufficio gestorio e la sua allegazione, non invece il potere rappresentativo e la *contemplatio domini*.

§ 11. La fusione e la scissione dei fondi. La fusione di fondi con S.I.C.A.V. e S.I.C.A.F.

Alla luce di quanto sostenuto nel Capitolo V⁶⁶¹, la fusione e la scissione dei fondi comuni, per le quali il Testo Unico della Finanza non detta una disciplina *ad hoc*⁶⁶², sono concettualmente riconducibili alle analoghe operazioni straordinarie in materia societaria. Le disposizioni di cui agli artt. 2501 ss. c.c. non sono, per ciò solo, applicabili all'ambito che stiamo studiando, ma quell'analogia consente comunque di comprendere che la fusione e la scissione di fondi danno luogo al trasferimento dei diritti da un fondo all'altro.

Tali trasferimenti consistono, nella scissione in senso proprio, come pure nella fusione in senso proprio, in una successione a titolo universale, cui si accompagna l'estinzione del fondo originario. Il trasferimento realizza allora, in queste tre ipotesi, una successione a titolo universale, sebbene *inter vivos*.

Ciò non comporta l'automatica operatività degli artt. 299 ss.⁶⁶³ e 110 c.p.c., giacché l'applicazione delle costruzioni dottrinali richiede la previa verifica della ricorrenza della *ratio* delle norme⁶⁶⁴.

Quanto all'art. 110 c.p.c., la sua applicazione sembra ancorata a necessità esclusivamente logiche. Se la successione a titolo universale consiste nel subingresso nella

⁶⁶¹ § 8. La trascrizione. La fusione dei fondi. I comparti.

⁶⁶² Le uniche norme che regolano la fusione e scissione di O.I.C.R. sono quelle degli artt. 40 *bis* e 40 *ter* T.U.F., le quali peraltro confermano la giustezza del parallelismo che abbiamo tracciato con le operazioni societarie straordinarie, prevedendo – seppure limitatamente alle S.I.C.A.V. e alle S.I.C.A.F. – l'applicazione delle disposizioni del «libro V, titolo V, capo X, sezioni II e III del codice civile, in quanto compatibili».

Una più puntuale conferma della correttezza del nostro parallelo si ricava dal Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015 (V.5.9 – Punto 1), secondo il quale «alle fusioni e scissioni tra S.I.C.A.V., tra S.I.C.A.F., tra S.I.C.A.V. e S.I.C.A.F., tra S.I.C.A.V. o S.I.C.A.F. e fondi comuni si applicano le disposizioni previste nella Sezione II [ndr. Fusione e scissione nazionale tra fondi comuni] e, in quanto compatibili con queste ultime, gli articoli 2501 e seguenti del codice civile, relativi alla fusione e alla scissione di società».

⁶⁶³ L'interruzione del processo, a seguito della fusione tra società, è stata esclusa da Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, *cit.*, la quale ha ritenuto che il fenomeno non dia luogo al trasferimento dell'oggetto processuale e all'estinzione della parte, ma alla modificazione della società.

⁶⁶⁴ D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, *cit.*, I, pp. 2501 ss.

totalità delle situazioni giuridiche, di cui fa parte anche la situazione processuale⁶⁶⁵, allora il fondo deve subentrare anche nella posizione di parte che sta in giudizio col nome e in quella di parte sostanziale.

Diversa, invece, è la *ratio* degli artt. 299 ss. c.p.c., che dispongono l'interruzione a tutela del diritto di difesa dei successori⁶⁶⁶. Il venir meno della parte produce una successione e quindi la comparsa di un nuovo soggetto, il quale potrebbe non essere a conoscenza del processo. L'interruzione, allora, consente di garantire l'effettività della sua difesa.

Tuttavia, il rischio di *vulnus* alle possibilità difensive del subentrante presuppone che questo sia un soggetto, giacché, in caso contrario, la nuova parte non potrebbe comunque difendersi, essendo completamente abbandonata alla legittimazione meramente gestoria di un soggetto diverso (es. curatore dell'eredità giacente; S.G.R. di gestione).

La fusione in senso proprio e la scissione dei fondi, gestiti da un'unica S.G.R., non danno quindi luogo all'interruzione del processo.

Ciò, d'altronde, è conforme alla dottrina e alla giurisprudenza, le quali hanno escluso che la fusione tra società dia luogo all'interruzione, benché, a nostro avviso, essa produca comunque la successione a titolo universale nel diritto controverso. L'art. 2504 *bis* c.c., infatti, stabilisce che la fusione comporta la prosecuzione nei rapporti processuali, senza che si interrompa il processo e si onerino le parti di provvedere alla prosecuzione o alla riassunzione di cui agli artt. 302 e 303 del codice di rito⁶⁶⁷.

Qualora, invece, le suddette operazioni straordinarie intervengano tra fondi gestiti da diverse S.G.R., la tutela del diritto di difesa dei fondi, il cui esercizio è demandato a differenti società, imporrà l'interruzione del processo e dunque l'applicazione degli artt. 299 ss. c.p.c.

Infine, quanto alla fusione per incorporazione, essa non comporta il venir meno della parte incorporante, ma soltanto di quella incorporata. Di conseguenza, se nel processo è parte un fondo incorporato, si fa applicazione dell'art. 110 c.p.c. e, soltanto se la S.G.R. di gestione muta, degli artt. 299 ss. c.p.c. Qualora, invece, a essere parte sia il fondo incorporante, non si applicano né l'art. 110, né le norme sull'interruzione.

La scissione per scorporazione non comporta il venir meno del fondo originario, ma cagiona una successione a titolo particolare *inter vivos*, cosicché varranno le osservazioni che abbiamo svolto riguardo alle conseguenze processuali del trasferimento di diritti tra fondi⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, pp. 6 ss.; DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, p. 53; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *cit.*, p. 402.

⁶⁶⁶ V. nota 653.

⁶⁶⁷ La svolta giurisprudenziale si è avuta con Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, *cit.* e con Cass., 23 giugno 2006, n. 14526, entrambe in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, pp. 177 ss.

La dottrina processualista ha aderito all'impostazione di legittimità: DALFINO, *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, pp. 91 ss.; RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, *ibidem*, pp. 179 ss.; CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed «estinzione societaria» (a proposito di gradazioni sull'«immortalità»)*, *ibidem*, pp. 189 ss.; COLESANTI, *Ancora in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, *ibidem*, pp. 375 ss.

⁶⁶⁸ Capitolo VI, Sezione II, § 7. Le conseguenze del trasferimento dell'oggetto processuale da un fondo all'altro.

Qualora la fusione dei fondi avvenga nell'ambito di una fusione tra diverse S.G.R.⁶⁶⁹, si verificano sia la successione a titolo particolare nel diritto controverso, sia la sostituzione del gestore – cui consegue l'interruzione del processo e l'onere di proseguirlo – o, se si accede alla giurisprudenza di legittimità, l'automatica prosecuzione del processo da parte della nuova S.G.R.

Altrettanto interessante è l'ipotesi della fusione tra S.I.C.A.V. o S.I.C.A.F., da un lato, e fondi comuni, dall'altro, cui si applicano, in virtù di un espresso rinvio contenuto nella normativa regolamentare, gli artt. 2501 ss. c.c.⁶⁷⁰ e per cui è ammesso che il regolamento del fondo consenta la sottoposizione dell'operazione all'approvazione dei partecipanti⁶⁷¹, con ciò ammettendosi un'ingerenza pari a quella concessa, *ex art. 37, comma 3 T.U.F.*, in vista della sostituzione del gestore.

In questa ipotesi, un soggetto si fonde a un patrimonio acefalo. Non si può immaginare una fusione più eterogenea di questa, né una più semplice.

Non è possibile dilungarsi in questa sede sulle modalità di applicazione degli artt. 2501 ss. c.c., ma possiamo comunque affermare che valgono le stesse notazioni esposte in merito alla fusione dei fondi, giacché il fondo si estingue ed entra a far parte del patrimonio imputato alla S.I.C.A.V. o alla S.I.C.A.F. Si avranno dunque la successione a titolo universale nel diritto controverso e l'interruzione del processo, la quale, tuttavia, non opererà nel caso in cui la S.I.C.A.V. (o la S.I.C.A.F.) abbia affidato, *ex art. 38 T.U.F.*, la propria gestione alla stessa S.G.R. che gestisce il fondo comune coinvolto nella fusione.

§ 12. Le esecuzioni.

Nella Sezione I di questo Capitolo⁶⁷², si è mostrato quanto l'acefalia del fondo costringa a correggere interpretativamente le norme che regolano l'esecuzione civile. Quelle osservazioni valgono anche in merito alle *third party dispute*, giacché anche in esse il fondo, pur non essendo un soggetto e non potendo essere considerato un creditore o un debitore, ha, tra le proprie componenti, un credito che la S.G.R. deve far valere nei confronti dei terzi, come pure un debito di cui essa deve curare l'adempimento.

⁶⁶⁹ L'ipotesi è prevista dal Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015 (V.5.8 – Punto 9), secondo cui, «qualora la fusione tra fondi si iscriva nell'ambito di un progetto di fusione tra diverse S.G.R., la domanda di autorizzazione per la fusione tra i fondi è inviata contestualmente a quella di autorizzazione alla fusione delle S.G.R. Al fine di evitare soluzioni di continuità nella gestione dei fondi coinvolti, la fusione di questi ultimi non può avere effetto prima dell'efficacia della fusione tra le S.G.R.».

⁶⁷⁰ Il Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015 (V.5.9 – Punto 1), stabilisce che «alle fusioni e scissioni [...] tra S.I.C.A.V. o S.I.C.A.F. e fondi comuni si applicano le disposizioni previste nella Sezione II [ndr. Fusione e scissione nazionale tra fondi comuni] e, in quanto compatibili con queste ultime, gli articoli 2501 e seguenti del codice civile, relativi alla fusione e alla scissione di società».

⁶⁷¹ Art. 15, comma 15, del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 44: «nel caso in cui il regolamento del fondo preveda l'approvazione delle operazioni di fusione o di scissione da parte dei partecipanti al fondo, il quorum per l'approvazione della fusione non può essere superiore al 75 per cento dei voti effettivamente espressi dai partecipanti presenti o rappresentati all'assemblea dei partecipanti»

⁶⁷² § 6. Le esecuzioni.

Pertanto, qualora a essere oggetto dell'esecuzione sia un credito presente all'interno del fondo, la S.G.R. non può assumere la veste di creditore procedente o interveniente. Essa, al contrario, sta in giudizio soltanto con gli atti, al pari di un rappresentante processuale. Dovranno essere quindi riferite alla S.G.R. le norme che concernono la parte che sta in giudizio con l'attività.

Ogni disposizione che, invece, concerna la parte a favore della quale l'esecuzione viene condotta, dovrà essere riferita al fondo comune d'investimento. Quella disposizione, difatti, imputando gli effetti dell'esecuzione, si incentra sul patrimonio, cosicché è del tutto irrilevante che quest'ultimo sia imputato o no. Di conseguenza, la disposizioni che concernono la parte che sta in giudizio col nome e quella che viene avvantaggiata dall'esecuzione dovranno essere riferite al fondo comune⁶⁷³.

Valgono osservazioni analoghe nel caso in cui i terzi aggrediscono esecutivamente il fondo.

Può essere utile, allora, sottolineare le diversità tra le esecuzioni concernenti le *beneficiary dispute* e quelle che riguardano le *third party dispute*.

Nell'esecuzione, condotta dai partecipanti, contro la S.G.R., a tutela del fondo, gli investitori stanno in giudizio con l'attività e col nome. Al contrario, nel caso dei procedimenti esecutivi intercorrenti tra la società e i terzi, la S.G.R. sta in giudizio con l'attività, mentre il fondo è sia parte che sta in giudizio col nome, sia patrimonio contro il quale o a favore del quale si verifica lo spostamento di ricchezza per il quale si procede.

La ragione di tale discrasia deriva dalla diversa collocazione del diritto sostanziale di cui si chiede l'esecuzione. Nel primo caso, quel diritto appartiene ai partecipanti e, in modo estremamente anomalo, ha a oggetto l'arricchimento di un patrimonio che non è imputato a costoro; nel secondo caso, il credito (come anche il debito) è incluso nel fondo e rimesso alla gestione della S.G.R.

⁶⁷³ Per quelle disposizioni, si veda Capitolo VI, Sezione I, § 6. Le esecuzioni.

CAPITOLO VII

CONCLUSIONI

SOMMARIO: § 1. Panoramica delle soluzioni applicative. § 2. Conseguenze sistematiche di quest'opera. § 2. Il *trust* e il patrimonio acefalo. § 3. Congedo.

§ 1. Panoramica delle soluzioni applicative.

Per comprendere il significato del nostro studio, conviene ripercorrere sommariamente le soluzioni operative cui siamo pervenuti.

La S.G.R. di gestione, al contrario della società di promozione, è dotata della legittimazione sostanziale e processuale a disporre dei diritti inclusi nel fondo, da esercitarsi nell'esclusivo interesse dei partecipanti. Essa è parte dell'atto contrattuale concluso con i terzi e non del rapporto; inoltre, nelle *third party dispute*, sta in giudizio con la sola attività.

La società risponde della propria attività, nei confronti degli investitori, a titolo contrattuale ed è quindi obbligata a condurre diligentemente e lealmente, non soltanto le operazioni negoziali di investimento e disinvestimento, ma anche la gestione dell'attività processuale, dovendo agire contro qualsiasi terzo che abbia danneggiato il fondo, fosse anche un proprio amministratore.

La sostituzione della S.G.R., inoltre, interrompe il processo *ex artt.* 299 ss. c.p.c., cosicché l'intervento della sostituta integra una comparsa per la prosecuzione del giudizio.

Il patrimonio sociale della S.G.R. è, per i partecipanti, la garanzia patrimoniale generica, *ex art.* 2740, comma 1, dei loro crediti, consistenti nella *best execution* e nel rimborso della quota.

I partecipanti medesimi, in relazione al fondo, sono invece dei creditori dinamici, avendo diritto alla percezione di una quota del risultato dell'amministrazione del fondo e partecipando al rischio insito nella gestione collettiva del risparmio.

Proprio alla luce di tale posizione, essi non possono agire contro i terzi e la S.G.R. per ottenere, *ex art.* 1394 c.c., l'annullamento degli atti di disposizione che questa abbia posto in essere, potendo unicamente agire contro la società, anche mediante una *class action*, per il risarcimento del danno cagionato al fondo o alle proprie quote individuali.

Parimenti, qualora, nell'ambito delle *third party dispute*, la società di gestione non abbia debitamente curato gli interessi dei partecipanti, procurando così un'ingiusta diminuzione di

valore del fondo, gli investitori medesimi possono introdurre una *beneficiary dispute*, con la quale il processo civile ritorna alla propria tradizionale soggettivizzazione e dunque alla corrispondenza della titolarità dell'oggetto processuale con quella dell'interesse tutelato.

Nonostante l'indipendenza garantita alla società di gestione, gli investitori possono compiere un intervento adesivo dipendente nelle *third party dispute* e, ove la S.G.R. versi in un conflitto d'interessi, essi possono chiedere la nomina di un curatore speciale processuale.

Proprio alla luce di quell'indipendenza gestionale, invece, i partecipanti al fondo non possono agire, contro i terzi, a tutela dei diritti inclusi nel fondo, essendo tale potere riservato alla S.G.R.

Venendo, infine, al fondo, esso è un patrimonio primario, cosicché rileva, non soltanto ai fini della separazione patrimoniale, ma a tutti gli effetti e quindi anche in vista dell'identificazione dell'oggetto negoziale e di quello processuale, nonché per la successione a titolo particolare e universale.

Il fondo comune d'investimento, inoltre, essendo privo di soggettività, non vanta i diritti della personalità.

La fusione e la scissione comportano l'estinzione dei fondi e dunque la successione universale. Tale successione, al pari del trasferimento dei diritti da un fondo all'altro, impone di essere trascritta. La separazione bilaterale è quindi garantita, non essendo a tal fine sufficiente una semplice annotazione. Nel processo, queste vicende daranno luogo all'applicazione degli artt. 110 e 111 c.p.c., ma non necessariamente all'interruzione del procedimento.

Il trasferimento del fondo da una S.G.R. all'altra, invece, non dà luogo ad alcun fenomeno traslativo e non deve dunque essere trascritta, ma unicamente annotata. Quel trasferimento, al pari della sostituzione del gestore e del distacco delle funzioni gestorie dalla S.G.R. di promozione, comporta la cessazione della legittimazione processuale meramente gestoria in capo alla società che sta in giudizio con gli atti, cosicché il processo si interrompe e la nuova S.G.R. può costituirsi per la prosecuzione del giudizio.

Il fondo comune d'investimento è parte del rapporto contrattuale, nonché parte sostanziale del processo; esso, inoltre, subisce gli effetti degli atti processuali, sebbene non stia in giudizio col nome, ed è 'parte' ai fini della trascrizione.

Quanto alle esecuzioni, infine, il fondo integra il patrimonio che ne è avvantaggiato o depauperato, benché, non essendo un soggetto, non sia né un creditore, né un debitore.

§ 2. Conseguenze sistematiche di quest'opera.

Riassunti rapidamente i principali profili operativi del nostro lavoro, emerge che, nei settori dell'economia più avanzati e complessi, si assiste a una sorta di automazione del diritto. Le situazioni giuridiche interagiscono reciprocamente senza la necessità di un soggetto che ne sia titolare, come se si trovassero all'interno di un *computer*, rimanendo pur

sempre strumentali al soddisfacimento degli interessi degli uomini⁶⁷⁴, sebbene in modo personalizzato, mediante una “situazione di collegamento” tra gestore e beneficiario, consistente nel rapporto obbligatorio che li lega.

L'estraneità del partecipante, rispetto al fondo, non significa che egli non vanti dei diritti *in relazione al* fondo medesimo. È in questo senso che si può dire, pur prestando molta cautela, che il partecipante è il «titolare sostanziale» dei beni ricompresi nel fondo comune d'investimento. L'investitore, infatti, pur non essendone propriamente titolare, ha diritto a che quei beni siano gestiti lealmente e diligentemente. L'estraneità del partecipante rispetto al fondo, allora, non osta a che costui possa verificare la corretta gestione da parte della società e reagire giudizialmente alle eventuali mancanze, con azioni (esclusivamente) risarcitorie e quindi personali, che arricchiscono un patrimonio di cui egli non è titolare. Dal punto di vista economico, il concetto di patrimonio si fa quindi più fluido, potendo ricomprendere, per il tramite del diritto alla gestione diligente e leale, anche situazioni giuridiche ricomprese in patrimoni non imputati al beneficiario.

Mentre la responsabilità patrimoniale (art. 2740, comma 1) resta ferma *ex art.* 36, comma 4 T.U.F., sono il godimento e la disponibilità dei diritti inclusi nel fondo a offuscarsi. La legittimazione a disporre compete alla società, non in quanto proprietaria, ma in quanto incaricata della gestione; il godimento spetta poi ai partecipanti, ma esso è, per così dire, “indiretto”, giacché, stante la natura produttiva del patrimonio, non consiste nel potere di utilizzare materialmente la cosa, ma esclusivamente in quello di ricavarne i frutti.

Anche la proprietà, allora, tradizionale baluardo del soggetto rispetto alla società e allo Stato, muta la propria funzione e, pur restando ancorata al soddisfacimento delle persone fisiche, non richiede di essere imputata, ma di essere gestita per rendere redditizio l'investimento.

Questo fenomeno di spersonalizzazione e automazione è particolarmente evidente nel processo civile, giacché è proprio questo l'ambito in cui è più chiaro il conflitto d'interessi e quindi, almeno tradizionalmente, la soggettività delle parti cui quegli interessi, reciprocamente contraddittori, sono imputati.

Si danno casi, riconosciuti dalla dottrina, di processi a contenuto oggettivo, ossia di procedimenti civili – quali l'interdizione, l'inabilitazione, la dichiarazione di fallimento – il cui oggetto non consiste in un diritto, uno *status* o altra situazione giuridica sostanziale

⁶⁷⁴ L'accostamento all'informatica si era presentato alla nostra mente sin dall'inizio di questo studio. Grazie a JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, cit, nota 8, abbiamo potuto scoprire che l'automazione era già stata prospettata da SIMMEL, *Filosofia del denaro*, Torino, 1984, pp. 474-475, il quale, avendone scritto trent'anni fa, aveva paragonato tale fenomeno, non all'informatica, ma all'industria: «ogni tecnica economica di alto livello si basa sulla automazione dei processi economici: essi vengono scissi dall'immediatezza degli interessi personali, funzionano come fini a sé stessi, il loro corso meccanico viene sempre meno attraversato dalle irregolarità e dalle imprevedibilità dell'elemento personale». Ciò non toglie che questo automatismo sia pur sempre sociale, e quindi pur sempre strumentale al perseguimento di interessi «di natura umano-soggettiva: il dispositivo di un macchinario, l'impianto di una fabbrica, per quanto commisurati alle leggi dell'oggetto, vengono tuttavia alla fine dominati anche dai fini personali e dalla soggettiva capacità di pensare dell'uomo».

controversa tra le parti, ma esclusivamente nel dovere del giudice di provvedere⁶⁷⁵. In queste ipotesi, l'attore esercita una «*mera azione*»⁶⁷⁶.

L'oggetto dei cd. procedimenti oggettivi, in realtà, può consistere, non soltanto in una situazione meramente processuale, ma anche in situazioni giuridiche sostanziali, eccezionalmente acefale.

Nonostante la tralatizia impostazione soggettivistica del processo, il titolare della situazione giuridica non è necessario per l'esistenza degli interessi e quindi del conflitto. Ciò che importa è che il conflitto si svolga, il che implica un soggetto che stia in giudizio con l'attività.

È per questo che occorre rivedere il senso stesso del processo di cognizione, comprendendo a quali cambiamenti esso stia andando incontro.

Qualora riguardi dei diritti inclusi in un patrimonio acefalo, infatti, il procedimento civile non tutela dei diritti soggettivi, ma funge da strumento di tutela indiretta degli interessi di soggetti che non possono essere parte delle *third party dispute*, se non mediante un intervento adesivo dipendente.

La funzione giurisdizionale, allora, tradizionalmente concepita, nel sistema privatistico, come tutela dei diritti soggettivi, si estende alla dichiarazione di volontà di Legge concrete, ma non soggettivizzate.

Se, al contrario, il principio di Bulgaro, secondo cui *processus est actus ad minus trium personarum*, avesse davvero una valenza assoluta, rilevando per tutte le tre accezioni del termine 'parte' e imponendone la soggettività, allora il processo civile non sarebbe in grado di operare a tutela di situazioni giuridiche prive di titolare. I patrimoni privi di titolare, come l'eredità giacente e i fondi comuni d'investimento, non potrebbero operare, ciò che lederebbe i principi costituzionali in materia di successioni e di tutela del risparmio (artt. 42 e 47 Cost.).

Stante la necessità di questa metamorfosi, le parti che subiscono gli effetti processuali e l'autorità del giudicato sostanziale possono essere dei meri predicati acefali, *nomina nuda*, secondo un fenomeno che rasenta – e, anzi, raggiunge – l'identificazione tra l'oggetto processuale e la parte sostanziale e che ben si spiega se si ricorda che i rapporti giuridici intercorrono tra situazioni giuridiche, non tra soggetti o fra patrimoni.

L'identificazione dell'oggetto con la parte è una delle novità processualistiche più originali di questo lavoro.

La distinzione tra il patrimonio primario e quello secondario è stata posta in luce con riguardo al processo di cognizione, incidendo sulla posizione processuale del gestore, che può essere mero legittimato processuale, oppure stare in giudizio anche con il nome e subire il giudicato sostanziale.

⁶⁷⁵ ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., p. 525.

⁶⁷⁶ ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., p. 525.

Al contrario, non è emersa la rilevanza processuale della distinzione tra patrimonio entificato e acefalo.

Tale distinguo è importante, nel processo, in riferimento all'art. 89, comma 2 c.p.c., secondo il quale «*il giudice [...] può [...] assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l'oggetto della causa*». Non è immaginabile, infatti, che un tale provvedimento sia emesso a favore del fondo, il quale non vanta i diritti della personalità.

Fuori dell'ipotesi dell'art. 89, comma 2 del codice di rito, sembra che non esistano dei *diritti processuali della personalità*, cosicché, salva quella fattispecie, la rilevanza procedimentale della distinzione tra il patrimonio entificato e quello acefalo va negata, ferma restando l'importanza del distinguo tra queste due figure e il patrimonio secondario.

Risulta quindi evidente quanto le conseguenze applicative cui siamo giunti siano originali rispetto a quelle sinora prospettate in dottrina e in giurisprudenza, soprattutto se considerate nel proprio insieme, come *corpus*, come sistema che sia in grado di descrivere compiutamente e coerentemente il fenomeno dei fondi comuni e di esprimerne il senso profondo.

Auspichiamo, inoltre, di essere riusciti a mantenere il fondo comune nel limbo posto a metà strada tra il governo tecnico della S.G.R. di gestione e l'interesse dei partecipanti, senza consegnarlo all'arbitrio della prima o alle ingerenze dei secondi⁶⁷⁷.

La nostra speranza è di aver esposto una tesi teoricamente coerente e completa, sganciata da qualsiasi dogma, elaborando, allo stesso tempo, un sistema di soluzioni operativamente efficienti ed efficaci. La funzionalità socio-economica degli istituti, infatti, non deve mai passare in secondo piano di fronte alla rigosità teorica delle costruzioni dottrinali. Far andare di pari passo i due aspetti, poi, è una fortuna che capita di rado.

§ 3. Il *trust* e il patrimonio acefalo.

Altra questione – alla quale dedicheremo qui alcuni brevi cenni, al fine di dimostrare le ulteriori potenzialità sistematiche del nostro lavoro – è se il patrimonio acefalo sia utilizzabile, fuori dall'ambito dei fondi comuni, come strumento per la traduzione del *trust*, per lo meno nei casi in cui la Legge applicabile prevede la separazione bilaterale del *trust fund* rispetto al patrimonio del *trustee*.

Il *trust*, *guardian angel of the common law*, ricorda l'architettura dei fondi comuni. Il *trustee* amministra il *trust fund* nell'interesse dei *beneficiaries*. Lo scopo della gestione imposta al *trustee* fa sì che egli sia gravato del *duty of loyalty* e del *duty of care*, al pari della S.G.R. I beneficiari possono agire per ottenere la reintegrazione del *trust fund* quando il suo valore è stato leso da atti infedeli o negligenti del *trustee*. Essi possono inoltre chiedere al *trustee* la liquidazione di

⁶⁷⁷ Ci eravamo posti come obiettivo questo equilibrio, nel Capitolo V, § 1. La centralità sistematica del rapporto tra la S.G.R. e i partecipanti al fondo.

ciò cui hanno diritto in forza dell'atto istitutivo. Sussistono quindi i due crediti dei partecipanti verso la S.G.R. Anche in materia di *trust* quei due crediti sono dinamici, giacché il *fund* non è, per i beneficiari, il patrimonio che garantisce l'esecuzione dell'obbligazione da parte del debitore, ossia il patrimonio su cui essi possono rivalersi nel caso di inadempimento del *trustee*, ma il patrimonio rispetto al quale hanno diritto a che sia effettuata una gestione diligente e fedele.

Il *trust* è stato tradotto nell'ordinamento italiano cercando le strutture giuridiche italiane più simili a quelle originarie. Pertanto, il *trust*, anche da noi e come nel Regno Unito e negli Stati Uniti, viene imputato al *trustee*. Ciò tuttavia non tiene in considerazione tre questioni: 1) la proprietà del *fund* è funzionalizzata e quindi non corrisponde al diritto di godere e disporre in modo pieno e assoluto dei beni, cosicché si viola il principio di tipicità dei diritti reali; 2) la separazione bilaterale, quando ci sono degli immobili, richiede la trascrizione, ma essa non è prevista dalla Legge, di modo che si viola la tipicità della pubblicità immobiliare; 3) non si può trascrivere a favore del *trustee* e annotare a favore dei beneficiari, perché l'annotazione non può rendere opponibile la destinazione e non può quindi costituire la separazione.

Pertanto, delle due, l'una: o si traduce il *trust* mantenendone la struttura originaria e, affinché se ne producano gli effetti, si violano le norme italiane, oppure si rispettano le norme medesime, cosicché la separazione, propria del *trust*, non è in grado di funzionare.

Poiché entrambe le conclusioni sono assurde, si pone la seguente alternativa: non tradurre il *trust*, oppure tradurlo mirando a conservarne gli effetti invece che la struttura.

La traduzione del *trust* è imposta dalla Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata dall'Italia. Quindi la mancata traduzione è un'opzione solo ove si dimostri che il Legislatore italiano sarebbe dovuto intervenire, a seguito della ratifica, con delle modifiche all'ordinamento italiano e che, mancando tali modifiche, la traduzione non possa essere fatta da dottrina e giurisprudenza.

Prima di arrivare a quest'opzione, che implica una violazione degli obblighi internazionali gravanti sullo Stato italiano, occorre falsificare l'altra, secondo cui non ha senso pretendere di tradurre gli istituti mantenendone la struttura d'origine. Poiché la soluzione del singolo problema pratico non viene mai dalla singola regola, ma dal sistema, allora pretendere di mantenere l'identità di struttura nel passaggio tra due ordinamenti diversi implica ammettere la diversità di effetti e quindi lo stravolgimento del profilo funzionale dell'istituto.

Il *trust*, invece, non è la sua struttura, ma l'insieme dei suoi effetti. Opinare il contrario significa perdere il senso del *trust* in una traduzione letterale.

Pertanto, il primo errore, che costituisce una questione di metodo comparatistico, è quello di aver preteso di mantenere la struttura anglosassone del *trust*, incentrata sull'imputazione del *fund* al *trustee*, e di riversarla nell'ordinamento italiano, in cui, stante la

diversità del sistema con cui è destinata a interagire, produce effetti che nulla hanno a che fare con quelli originari.

Le teorie che sinora si sono sviluppate al riguardo, favorevoli o contrarie al *trust*, si sono avvitate su quest'errore. Occorre quindi verificare se vi siano strutture alternative, di diritto italiano, che consentano l'impianto del *trust*, inteso non come struttura, ossia come insieme di forme, ma come sistema di effetti.

Come dimostrato da questo lavoro, l'alternativa esiste ed è il patrimonio acefalo⁶⁷⁸.

Difatti, il primo errore, comparatistico, si è saldato al secondo, di diritto interno, consistente nel dogma di necessaria titolarità dei diritti. Al contrario, il *trust fund*, nell'ordinamento italiano, può avere una struttura diversa da quella originaria, ossia quella del patrimonio acefalo.

Esso, secondo i nostri risultati, è un omologo funzionale del patrimonio bilateralmente separato e del soggetto giuridico, costituendo la struttura dei fondi comuni, i quali rispettano: 1) la tipicità dei diritti reali; 2) la tipicità della trascrizione; 3) la tipicità degli enti; 4) la tipicità delle cause di separazione patrimoniale, di cui all'art. 2740, comma 2 c.c..

Tale traduzione, pertanto, consentirebbe di evitare le violazioni di Legge contestate da parte della dottrina.

Il *trust*, in ogni caso, non può essere un soggetto, giacché gli atti non sono imputati, né nell'ordinamento originario, né in quello italiano, al *fund*, ma al *trustee*⁶⁷⁹. Vista l'esclusione della soggettività del *trust fund*, considerata l'impossibilità che il mantenimento della sua struttura originaria (patrimonio bilateralmente separato del *trustee*) dia luogo agli stessi effetti nell'ordinamento straniero e in quello italiano e ritenuto che si dia una terza struttura, ossia il patrimonio acefalo – rispettoso dei principi italiani e idoneo a produrre gli effetti anglosassoni –, allora il *trust fund* può essere tradotto come patrimonio privo di titolare. Esso è istituito e dotato da un *settlor*, non imputato al *trustee*, affidato alla sua gestione, nell'interesse esclusivo dei *beneficiaries*.

Già alcune sentenze ammettono la trascrizione a favore del *trust fund*⁶⁸⁰. Questi orientamenti dimostrano – secondo una tendenza che abbiamo già rilevato – di concepire la pubblicità immobiliare come strumento, non solo di soluzione dei conflitti circolatori, ma anche di conseguimento degli scopi negoziali, nel rispetto delle esigenze di tutela dei terzi⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ GAZZONI, *Manuale, cit.*, p. 655, invece, afferma che, se un soggetto vuole controllare più patrimoni, deve creare un nuovo soggetto o istituire un patrimonio separato. *Tertium non datur*.

⁶⁷⁹ Per la soggettività del *trust*: DE DONATO, DE DONATO e D'ERRICO, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, pp. 128-130; BERLONI, *Risvolti processuali della qualificazione del trust interno come soggetto di diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, pp. 1343 ss.

In senso contrario, v. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 593.

⁶⁸⁰ Ne dà conto GALLARATI, *La trascrizione degli acquisti immobiliari, cit.*, pp. 9-10.

⁶⁸¹ Per questa visione, si veda la nota 482.

La nostra ipotesi potrebbe quindi offrire un supporto dogmatico a questa giurisprudenza, così da circondarla di quel consenso che finora è sembrato irraggiungibile a causa delle anomalie che la materia presenta.

Questa traduzione funzionale è confermata dalla versione francese della Convenzione dell'Aja, art. 2, lett. b), secondo cui «*les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee*». La versione francese è differente rispetto a quella inglese, ancorata alla visione anglosassone, in cui i beni sono inclusi nel *trustee's own estate* (concetto di *common law*, limitato funzionalmente dall'*equity*)⁶⁸².

Già nella Convenzione, allora, la traduzione giuridica nella *civil law* è incentrata sugli effetti e non sulla struttura originaria di *common law*. Difatti, l'art. 11 indica alcuni profili essenziali della traduzione (separazione dal patrimonio del *trustee* e possibilità per costui di agire in giudizio) che ineriscono agli effetti, non alla struttura.

Inoltre, il citato art. 2, lett. b), si incentra sulla distinzione del *trust fund* dal patrimonio del *trustee*, senza limitare questa distinzione alla responsabilità patrimoniale, ed è evidente che, se le restrizioni non sono poste, esse non esistono. Ne consegue che la formulazione della citata disposizione è analoga a quella dell'art. 36, comma 4 T.U.F., secondo cui il fondo comune è un patrimonio distinto, «*a tutti gli effetti*», da qualsiasi altro patrimonio esistente e, in particolare, dal patrimonio del gestore. Ciò significa che l'art. 2 della Convenzione dell'Aja può essere considerato afferente alla distinzione tra i patrimoni primari.

Si può quindi affermare che l'ordinamento italiano – ma l'indagine potrebbe essere estesa agli altri sistemi continentali – dispone di uno strumento competitivo col *trust*, sinora non individuato a causa del dogma di necessaria titolarità, e consistente nel patrimonio acefalo, potenziale *guardian angel of the civil law*.

§ 4. Congedo.

Queste note conclusive sul *trust*, che saranno lo spunto per una prossima pubblicazione, ci sono servite per offrire un esempio delle potenzialità sistematiche del nostro lavoro, in vista dell'elaborazione di una futura teoria generale dei patrimoni separati, che si estenda oltre i fondi comuni d'investimento.

Quale che sia il risultato di quella teoria, emerge, in modo chiaro, che, così come parlare del patrimonio significa ragionare intorno all'esistenza e alle posizioni dei soggetti, discorrere dei fondi comuni significa indagare il metodo giuridico e l'incidenza dell'economia contemporanea sulla visione del rapporto tra oggetti e soggetti e, ancor di più, sulla rilevanza di questi ultimi.

⁶⁸² Secondo GAILLARD e TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, in *American Journal of Comparative Law*, 1987, p. 332, la formulazione francese si deve all'intenzione di spiegare ai sistemi di *civil law* gli effetti del *trust*, che – aggiungiamo – già Gierke confessava di non riuscire a comprendere.

Se non è sempre vero, alla luce dei nuovi fenomeni economici e degli automatismi che essi innescano, che il rapporto giuridico è *hominis ad hominem proportio*⁶⁸³, resta comunque fermo l'antico insegnamento di Ermogeniano, per cui *omne ius hominum causa constitutum est*.

⁶⁸³ DANTE, *Monarchia*, V, 1.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

ALCARO, *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, pp. 105 ss.

ALLORIO:

- *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935;
- Nota a Cass. 4 gennaio 1952, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, c. 101;
- *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, pp. 961 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, pp. 195 ss.;
- *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, pp. 122 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, *cit.*, pp. 209 ss.;
- *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, I, pp. 3 ss.

ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007, 263.

ALPA e CHINÉ, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto Civ.*, XV, Torino, 1997, pp. 547 ss.

ALPA e ROSSI, *Commentario del Codice del Consumo*, Napoli, 2005.

AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008.

ANDRIOLI:

- *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1943, I, *Commento sub artt. 105-107*;
- *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.

ANGELICI:

- *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 135;

- *Discorsi di diritto societario*, in ANGELICI, CARAVALE, MOSCATI, PETRONIO, SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008.

ANGELINI, *Commento all'art. 18*, in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro, II ed., Milano, 2008, p. 104.

ANNUNZIATA e CONSO, *Il fondo comune d'investimento. Patrimonio separato e soggettività, consultabile in <http://www.acfirmgroup.com/il-fondo-comune-dinvestimento-patrimonio-separato-e-soggettivita/>*.

ASCARELLI:

- *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, pp. 462-477;

- *L'Investment trust*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1954, I, pp. 178 e ss.

ATTARDI:

- *L'interesse ad agire*, Padova, 1955;

- voce *Legittimazione ad agire*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, pp. 524 ss.

BARALIS, *Fondi immobiliari e SGR: problemi di pubblicità immobiliare*, in *Riv. not.*, 2012, I, p. 1249, in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

BARBANTI SILVA, *Alcune riflessioni in merito alla natura dei fondi comuni d'investimento*, consultabile nel sito internet <http://www.dirittobancario.it/rivista/gestione-collettiva-del-risparmio/alcune-riflessioni-in-merito-alla-natura-dei-fondi-comuni-investimento>.

BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano, 1950.

BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991.

BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007, p. 76.

BASILE e FALZEA, voce *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIII, 1983, pp.234 ss.

BEKKER, *Beiträge zum Aktienrecht*, II, *Die innteren Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften nach dem Handelsgesetzbuch und dem Gesetz vom 11. Juni 1870*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht (ZGH)* 17 (NF 2), 1873, p. 389.

BETTI:

- *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936;
- *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, pp. 763 ss.;
- *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002.

BIANCA C.M.:

- *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990;
- *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999;
- *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000;
- *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005.

BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.

BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in ID., *Scritti giuridici, Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998.

BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, pp. 652 ss.

BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006.

BORGIOLO, *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni d'investimento mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1983, p. 932.

BOVE, *L'oggetto del processo "collettivo" all'azione inibitoria all'azione risarcitoria (articoli 140 e 140-bis del codice del consumo)*, in *www.judicium.it*.

BRUNELLI e ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, 1951.

BRUNO, *Art. 140-bis cod. cons.*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Capobianco e Perlingieri, Napoli, 2009.

BRUTTI, *Fondo comune di investimento: oggetto o soggetto di diritto*, in *Società*, 2011, 1, pp. 46 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

CALAMANDREI:

- *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1941;
- *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1944, II.

CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano 1985.

CALICETI, *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, pp. 219 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni, Artt. 456-461*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2006.

CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro It.*, 2009, V, pp. 383 ss.

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2012.

CAPUTI, *I Fondi Comuni di investimento Immobiliari*, consultabile in http://www.academia.edu/1466231/I_Fondi_Immobiliari.

CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore quale contraente per definizione debole*, in *I contratti del consumatore*, a cura di Caringella e De Marzo, Milano, 2007.

CARNELUTTI:

- *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova 1928, p. 212;
- *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933;
- *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936;
- *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940;
- *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1943;
- *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, II, 10, pp. 121 ss.;
- *Ancora su titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, II, pp. 97 ss.;
- *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956;
- *Diritto e processo*, Napoli, 1958.

CARNEVALI:

- voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di Irti, I, 1980;
- voce *Negoziio giuridico*, III, *Negoziio fiduciario*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990;
- *Beni amministrati da società fiduciarie e separazione dei patrimoni*, in nota a Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contratti*, 1998, pp. 23 ss.

CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, p. 161.

CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu, Messineo e Mengoni*, Milano, 1987.

CASTRONOVO:

- *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998, pp. 1326 ss.;
- *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 451.

CENDON, *Commentario al Codice del Consumo*, Milano, 2010.

CERADI, *Ricerca sulle attività e sulle società fiduciarie*, Roma, 1994.

CERINO CANOVA:

- *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Milano, 1973;
- *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del cod. di proc. civ.*, diretto da Allorio, II, Torino, 1980, pp. 1 ss.

CESARO-BOCCHINI, *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti*, Padova, 2012.

CHÉNEDÉ, *La mutation du patrimoine*, in *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n° 139, p. 19.

CHINÉ:

- *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di Alpa e Capilli, Padova, 2007;
- *Commento all'art. 3*, in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2012, pp. 15 ss.;

CHIOVENDA:

- *Identificazione delle azioni: sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, pp. 162-163;
- *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, p. 269;
- *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.

CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, Padova, 1992

CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1961.

CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Commentario Schlesinger al Codice civile*, 2004.

COLAIORI:

- *Pubblicità del vincolo e articolazione patrimoniale: questioni a margine di una recente sentenza in tema di fondi comuni di investimento*, in *Foro pad.*, 2012, 2, pp. 178 e ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605;

- *La destinazione intrasoggettiva di beni immobili nel sistema dei fondi comuni d'investimento*, in *Riv. Notariato* 2014, 1, pp. 11 ss.

COLESANTI, *Ancora in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Riv. Dir. Proc.* 2007, pp. 375 ss.

CONFINDUSTRIA (circolare), *Class action. La nuova disciplina dopo i decreti correttivi introdotti dalla Legge Sviluppo*, 16 ottobre 2009, n. 19244, 12.

CONGEDO-MESSINA, *European “class” action: British and Italian points of view in evolving scenarios*, in *Europa e Dir. Priv.*, fasc. 1, 2009, pp. 163 ss.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, in <http://www.notariato.it/sites/default/files/90-12-i.pdf>.

CONSOLO:

- *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed «estinzione societaria» (a proposito di gradazioni sull'«immortalità»)*, in *Riv. Dir. Proc.* 2007, pp. 189 ss.;

- *L'art. 140-bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco “opera aperta”*, in *Foro It.*, 2008, V, pp. 205 ss.;

- *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corriere Giur.*, 2009, pp. 1297 ss.;

- *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010;

- *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili generali*, Torino, 2010;

- *Spiegazioni di diritto processuale civile, III, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2010.

COOKE, *Corporation, Trust and Company*, Manchester, 1950.

COREA, *Sulla nozione di “consumatore”: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. Civ.*, fasc. 1, 1999, pp. 13 ss.

CORSINI F., *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino, 2012.

CORSINI L., *Società fiduciarie e possesso azionario*, Milano, 1989.

COSTA:

- *L'intervento in causa di terzi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1943, I, pp. 15 ss.;
- voce *Legittimazione processuale*, in *Nov. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, pp. 732-733.

COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur.*, 1990, VIII.

COSTI:

- *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1968, pp. 269 ss.;
- *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010.

COVIELLO, *Delle successioni, Parte generale*, Napoli, 1935.

D'ALESSANDRO:

- *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1989;
- *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, I, pp. 2501 ss.

DALFINO:

- *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002;
- *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, pp. 91 ss.

D'AVANZO, *Delle successioni*, Firenze, 1941.

DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959.

DE LUCA, COGLIANDRO, D'AURIA, RONZA, *Dei singoli contratti*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Capozzi*, II, Milano, 2001.

DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953.

DENIZOT, *L'étonnant destin de la théorie du patrimoine*, in *RTD Civ.* 2014, p. 547.

DE PAOLI, SCHIRRU, TONINI, *La vexata quaestio della soggettività dei fondi di investimento immobiliare: evoluzione giurisprudenziale e riflessi operativi*, consultabile in <http://www.sfogliami.it/sfogliabili/109000/Feder%20luglio-ago.pdf>.

DE SANTIS:

- *La pronunzia sull'ammissibilità della "class action": una "certification" all'italiana?*, in *Class action*, a cura di Lener e Rescigno, in *Analisi giuridica dell'impresa*, 2008, pp. 143 ss.;

- *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in Chiné-Miccolis (a cura di), *La nuova class action*, Roma, 2010, pp. 105 ss.;
- *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013;
- *Modifiche all'azione di classe a tutela del consumatore*, in *Libro dell'anno del diritto* 2013, Roma, 2013;
- *La prima sentenza di accoglimento di una azione di classe a tutela dei consumatori*, in www.treccani.it.

DI BLASI, voce *Sostituzione processuale*, in *Nov. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, pp. 993 ss.

DI MAIO, *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995.

DI MARZIO, *Intorno alla nozione di "consumatore" nei contratti*, in *Giust. Civ.*, fasc. 9, 2001, pp. 2151 ss.

DI SABATO, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Le Società*, 2002, pp. 665 ss.

DI SAPIO, *Trust e modalità di esecuzione della pubblicità immobiliare, Parte Seconda*, in *Vita notarile*, 2015, p. 704.

DITTRICH:

- *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000;
- *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 4, pp. 1189 ss.;
- *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4, pp. 825 ss.

DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, VIII, 1992, pp. 288 ss.

DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008.

DONZELLI, *Art. 140 bis c. cons.*, in DE CRISTOFARO-ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, p. 1039.

DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, XXII, p. 1.

EDWARDS e STOCKWELL, *Trusts and equity*, Harlow, 2011.

FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012.

FANTETTI, *Separazione e titolarità del patrimonio nei fondi comuni di investimento*, in *Resp. civ.*, 2011, 2, pp. 124 e ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012.

FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012.

FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957.

FERRARA SEN., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922.

FERRO – LUZZI:

- *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza Comm.*, 1991, I, pp. 1065 ss.;
- *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 53;
- *I patrimoni “dedicati” e i “gruppi” nella riforma societaria*, in *Riv. Soc.* 2002, I, pp. 121 ss.;
- *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. dir. soc.*, 2002, p. 131;
- *Un problema di metodo: la “natura giuridica” dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Riv. Soc.*, 2012, pp. 751 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

FERRI:

- *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 35;
- *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Roma, 1968;
- *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997.

FIMMANÒ:

- *Il regime dei patrimoni dedicati di S.P.A. tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Le Società*, 2002, pp. 960 ss.;
- *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008.

FRIGNANI e VIRANO, *Le class action nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2009, 1, pp. 5 ss.

GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 4, 2003, pp. 1149 ss.

GALGANO:

- *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 553 ss.;
- *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Bologna, 1986;
- *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, proseguito da Mengoni, Milano, 1988;

- *Commento sub art. 1414*, in GALGANO, PECCENINI, FRANZONI, MEMMO, CAVALLO BORGIA, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1998;

- *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Milano, 2010.

GALLARATI, *La trascrizione degli acquisti immobiliari perfezionati da S.G.R. e Trustee per conto di fondi privati (o meno?) di soggettività giuridica. Soluzioni non univoche*, in *Dirittobancario.it*, 30, 2016, p. 4.

GAMBARO:

- *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, pp. 257 ss.;

- *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, pp. 919 ss.

GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942.

GAZZONI:

- *La trascrizione immobiliare, I, Artt. 2643-2645*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991;

- *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, p. 11 ss.;

- *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, pp. 1247 ss.;

- *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *www.judicium.it*;

- *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Rivista del Notariato*, 2002, pp. 1107 ss.;

- *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *www.judicium.it*;

- *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011;

GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978.

GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, II, pp. 432 ss.

GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. Comm.*, pp. 1146 e ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza, Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1983, pp. 853 ss.

GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, pp. 595 ss.

GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950.

GORLA, *Le società secondo il nuovo codice*, Milano, 1942.

GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, p. 364.

GROSSO e BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, In Trattato Vassalli, Torino, 1977.

GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010.

IACUMIN:

- *Azione di classe e tutela degli azionisti*, in *Giur. it.*, 2015, I, pp. 89 ss.;

- *L'azione sociale di responsabilità esperita dalla S.G.R. a tutela del fondo gestito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, pp. 89 ss., in nota a Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876.

INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, pp. 313 ss.

IZZI, *La funzione del contratto come funzione economica individuale*, in *Giust. Civ.*, 9, 2007, pp. 1988 ss.

JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.4, 2009, pp. 1253 ss.

LAMORGESE, *I fondi comuni d'investimento non hanno soggettività giuridica autonoma*, in *Contratti*, 2011, 1, pp. 27 e ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico": il diritto anglosassone e l'iperuranio. (Piccola e giocosa reazione a un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Scritti in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, pp. 115 ss.

LENER, *Le società di gestione del risparmio nel regolamento Consob di attuazione del T.U.F.*, in *Società*, 1998, pp. 1121 ss.

LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 73.

LIBONATI, *Holding e investment trust*, Giuffrè, 1959.

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2007.

LIPARI:

- *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964;
- *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, pp. 55 ss.

LUISO:

- *Sul concetto di «avente causa» dell'art. 2909 c.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1982, pp. 438 ss.;
- *Principio di eventualità e principio della trattazione orale della causa*, in *Scritti in onore di Fazzalari*, II, Milano, 1993, pp. 205. ss.;
- *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2009.

LUMINOSO, *Mandato*, in *Trattato a cura di Rescigno*, XII, Torino, 1985, pp. 78 ss.

LUPERTO, *Gli effetti sostanziali e processuali dell'estinzione della società*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.3, 2015, pp. 246 ss.

LUPOI M.:

- *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992, pp. 976 ss.;
- *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Rivista del Notariato*, 2001, pp. 1159 ss.;
- *La legittima funzione protettiva dei trust interni*, in *Contratto e impresa*, 2004, pp. 236 ss.;
- *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, pp. 169 ss.

MACARIO-STAZI, *L'azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, pp. 65.

MAESTRI, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, 2012.

MAFFEIS, *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni*, in *I Contratti*, 5, 2006, pp. 442 ss.

MAIORCA, voce *Diritto soggettivo (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989.

MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962.

MANDRIOLI:

- *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957;
- *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959;
- *Delle parti*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da Allorio*, I, 2, Torino, 1973, pp. 925 ss.
- *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007;
- *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Torino, 2007.

MANNINO e ARDIZZI, *Diritti inviolabili ed enti di diritto privato*, in RUSCICA (a cura di), *I diritti della personalità*, Milano, 2013, pp. 1115 ss.

MARICONDA:

- *La trascrizione immobiliare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1995;
- *Le obbligazioni della società fiduciaria*, in *Corriere giuridico*, 1997, 10, pp. 1189 ss.

MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da Proto Pisani*, Torino, 2002, p. 190.

MENCHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*, in *www.judicium.it*.

MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949.

MEO, *Azione "comune" e azione "individuale" contro amministratori e sindaci di società di gestione di fondi comuni mobiliari*, in *Riv. dir. comm. gen. obbl.*, 1986, pp. 188 ss.

MERUZZI, *Intestazione a società fiduciarie di titoli azionari*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da Galgano, Torino, 1997.

MESSINEO:

- *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927;
- *Per l'individuazione del "soggetto collettivo" non-personificato*, in *Arch. Giur.*, 1952, pp. 3 ss.;
- voce *Contratto per conto di chi spetta*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962;
- *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, *Singoli rapporti obbligatori. Diritto delle successioni per causa di morte*, Milano, 1965.

MEZZASOMA-RIZZO, *L'art. 140 bis del codice del consumo: l'azione di classe*, Napoli, 2011.

- MICCOLI, voce *Eredità giacente*, in *Enc. Dir.*, XV, Torino, 1966.
- MICHELI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, XV, pp. 566 ss.
- MILIZIA, *L'immobile acquistato da una finanziaria e confluito in un fondo di investimento istituito dalla stessa deve essere intestato alla società che lo gestisce poiché rientra nel suo patrimonio separato*, in *Dir. giust.*, 2010, pp. 429 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.
- MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1957.
- MIOLA, *La gestione collettiva nel T.U.F.: profili organizzativi*, in *BBTC*, 2001, I, p. 312.
- MIOLA e BRIOLINI, *Commento sub art. 36*, in *Commentario al Testo Unico della Finanza*, diretto da Campobasso, Torino, 2002, I, pp. 325 ss.
- MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1961.
- MONTELEONE, *Diritto processuale civile, I, Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 1994.
- MOSCARINI, voce *Beneficio d'inventario*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 125.
- MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015.
- NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990.
- NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditati, II, L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, Milano, 1969.
- NEGRI-ZOPPINI, *Azione individuale ed ampia adesione*, in *www.ilsole24ore.com*.
- NICOLÒ, *Eredità giacente*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1941.
- OPPO:
- *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1991, pp. 505 ss.;
 - *L'esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992.
- ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978.

PACILEO, *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica, mentre la società di gestione del risparmio ha la titolarità del fondo*, consultabile in <http://www.dircomm.it/2010/n.1/05.html>, in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

PALAZZO, *Le successioni*, I, *Introduzione al diritto successorio. Istituti comuni alle categorie successorie. Successione legale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000.

PALERMO, *Le istituzioni prive di riconoscimento*, in *Quadrimestre*, 1990, pp. 565 ss.

PARISI, *Trascrizione nei confronti del trust: appunti per una rilettura dell'art. 2659 c.c.*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, pp. 378 ss.

PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010.

PELLIZZI:

- PELLIZZI, *Il realismo e l'inquietudine del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 559 ss.;
- voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXXIV, Roma, 1991, pp. 1 ss.

PETRELLI:

- *Formulario notarile commentato*, VII, tomo I, *Successioni e donazioni*, Milano, 2011;
- *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, in <http://www.gestorepetrelli.it/catalog/documenti/00000622/Petrelli/a20-%20Tassatività/a20nell/a20trascrizione/a20immobiliare/a20/a202009.pdf>.

PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964.

PINO, *Sul diritto all'identità personale degli enti collettivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, pp. 470 ss.

PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000.

PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, in *Commentario De Martino*, artt. 456-535, Roma, 1973.

PROTO PISANI:

- *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965;
- *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al Codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973;
- *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, pp. 388 ss.

PUGLIATTI:

- *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951;
- *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, pp. 1 ss.;
- *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1957.

RAU e AUBRY, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, V, Cosse, 1857.

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1947.

RENZI, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 5, 2008, pp. 1213B ss.

RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, I, pp. 182 ss.

ROMANO S., *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980, pp. 1267 ss.

RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952.

RUSSELL, *I problemi della filosofia*, Milano, 1988.

QUADRI, *La circolazione dei beni del patrimonio destinato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, II, pp. 10 ss.

RESCIGNO:

- *Personalità giuridica e gruppi organizzati (atti di un convegno)*, Milano, 1971;
- voce *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, vol. X, Torino, 1993, pp. 519 ss.

ROSSI CARLEO, *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti e riflessioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, in www.judicium.it.

SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in www.judicium.it.

SANNA, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esegesi ed ermenentica*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 1, 2002, pp. 56 ss.

SANTAGATA:

- *Del mandato, Artt. 1703-1709*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1985;

- voce *Patrimoni destinati a specifici affari*, in *Dig. Disc. Priv., Sezione Commerciale, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2007, pp. 614 ss.

SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*

SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2009.

SANTORO PASSARELLI:

- *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, pp. 753 ss.;

- *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, pp. 83 ss.

SATTA:

- *Interesse e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, cc. 160 ss.;

- *Diritto processuale civile*, III, Padova, 1953;

- *Diritto processuale civile*, IV, Padova, 1954, pp. 103 ss.

SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968.

SCALI, *Il contratto dell'amministratore in conflitto di interessi*, in *www.dircomm.it*.

SCANO, *Fondi immobiliari e imputazioni degli effetti dell'attività di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 1133 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

SCHLESINGER:

- *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961;

- *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. prat. Soc.*, 2003, pp. 5 ss.

SCHLESS, *Mittelbare Stellvertretung und Treuband*, Lipsia, 1931.

SCHULTZE, *Treubander*, Estratto dagli *Jhering's Jahrbucher fur die dogmatik des burgeliches rechts*, XLIII, Jena, 1901.

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile diretto da Grosso e Santoro Passarelli*, Milano, 1972.

SEGNI, *Intervento in causa*, in *Nuovo dig. It.*, 1938, VII, pp. 93-120.

SPADA:

- *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 837 ss.;

- *Diritto commerciale, I, Parte generale, Storia, Lessico e Istituti*, Padova, 2009.

SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1959.

STELLA RICHTER JR., *La governance delle società di gestione del risparmio*, in *Giur. comm.*, fasc.4, 2009, p. 670.

TAMPONI, *Contratto a favore di terzo: nozione, ruolo dei contraenti, interesse dello stipulante*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2003/10/13/contratto-a-favore-di-terzo-nozione-ruolo-dei-contraenti-interesse-dello-stipulante>.

TERLIZZI:

- *I fondi comuni d'investimento non hanno autonoma soggettività giuridica*, in *Diritto & Giustizia* 23 maggio 2013, in nota a Cass. 20 maggio 2013, n. 12187;

- *Apporto irregolare del bene nel fondo immobiliare: non è necessario il contraddittorio preventivo*, in *Diritto e Giustizia online* 2013, 24 giugno, in nota a Cass., sez. trib., 19 giugno 2013, n. 15319.

TILOCCA, *Il problema del mandato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 954 ss.

TOMEI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 65 ss.

TOMMASEO, voce *Legittimazione processuale (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990.

TONELLI, *Le società di gestione del risparmio*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di Patroni Griffi, Sandulli e Santoro, Torino, 1999.

TRIMARCHI:

- *L'eredità giacente*, Milano, 1954;

- voce *Patrimonio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, pp. 271 ss.;

- voce *Negozi fiduciario*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Roma, 1990, pp. 32 ss.;

- *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014.

TROMBETTI, *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 4, pp. 271 ss.

VENTURA, *Il patrimonio separato tra equivalenza funzionale e asimmetrie normative: profili di diritto commerciale comparato*, in *Diritto del Commercio Internazionale* 2016, I, pp. 161 ss.

WINDSCHEID, *Die rubende Erbschaft*; in *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879.

ZACHARIAE, *Le droit civil français*, trad. G. Massé, Ch. Vergé, II, Durand, 1855.

ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano 1947.

ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 555 ss.

Giurisprudenza della Corte di cassazione

Cass., sez. I, 10 marzo 1980, n. 1586, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 3. e in *Riv. notariato* 1980, 882.

Cass., sez. lav., 19 aprile 1980, n. 2580, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 4.

Cass., sez. II, 7 dicembre 1981, n. 6474, in *Giust. civ. Mass.* 1981, fasc. 12.

Cass., sez. III, 23 ottobre 1985, n. 5195, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 1126.

Cass., sez. lav., 30 gennaio 1990, n. 618, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 1.

Cass., sez. I, 14 settembre 1991, n. 9605, in *Giust. civ.* 1992, I, 999; in *Giur. it.* 1992, I,1, 469; in *Fallimento* 1992, 45; in *Dir. fall.* 1992, II, 421.

Cass., sez. lav., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, 1803.

Cass., sez. III, 10 marzo 1992, n. 2849, in *Giust. civ.* 1993, I, 745.

Cass., sez. I, 20 novembre 1992, n. 12398, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 11 e in *Fallimento* 1992, 701.

Cass., sez. I, 14 gennaio 1993, n. 404, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 56 e in *Fallimento* 1993, 611.

Cass., sez. I, 1 marzo 1993, n. 2493, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 404.

Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Il civilista* 2011, 4, 47, con nota di Savoia.

Cass., sez. I, 10 marzo 1995, n. 2800, in *Giust. civ. Mass.* 1995, 573 e in *Società* 1995, 1292, con nota di Ciatti.

Cass., sez. II, 11 novembre 1996, n. 9826, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1497.

Cass., 9 luglio 1997, n. 6201, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1165.

Cass., sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, in *Foro It.*, 1998, I, 2889.

Cass., sez. III, 27 luglio 1998, n. 7337, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1592.

Cass., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.* 1999, I, 75, con nota di Salafia; in *Società* 1999, 557, con nota di Funari; in *Foro it.* 1999, I, 1967; in *Resp. civ. e prev.* 1999, 1318, con nota di Balzarini.

Cass., sez. III, 3 settembre 1999, n. 9297, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1897 e in *Riv. cancellerie* 1999, 594.

Cass., sez. III, 10 aprile 2000, n. 4505, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 764.

Cass., sez. III, 3 agosto 2000, n. 10197, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1699.

Cass., 16 novembre 2000, n. 14866, in *Giust. civ.* 2001, I, 695 e in *Il civilista* 2009, 4, 39.

Cass., sez. I, 16 novembre 2001, n. 14375, in *Giur. it.* 2002, 780.

Cass., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. it.* 2003, 883, con nota di Poncibò, in *Resp. civ. e prev.* 2003, 117, con nota di Gorgoni, in *Nuova giur. civ. commentata* 2003, I, 619, con nota di De Matteis.

Cass., 14 settembre 2002, n. 13507, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1672, in *Il civilista* 2009, 4, 39, con nota di Scarpa, e in *Il civilista* 2010, 1, 71.

Cass., sez. I, 15 gennaio 2003, n. 508, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 102; *Dir. e giust.* 2003, 6, 99; *Fallimento* 2003, 1075, con nota di Zanichelli.

Cass., sez. III, 22 maggio 2003, n. 8052, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5.

Cass., sez. II, 30 maggio 2003, n. 8803, in *Dir. e giust.* 2003, 25, 108, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5 e in *Il civilista* 2009, 4, 39, con nota di Scarpa.

Cass., sez. lav., 3 luglio 2003, n. 10551, in *Foro amm. CDS* 2003, 2162.

Cass., sez. III, 14 luglio 2003, n. 10990, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 7-8.

Cass., sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5912, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 3.

Cass., 7 maggio 2004, n. 8723, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 5.

Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. Civ. Mass.* 2004, 7-8, in *Giust. Civ.* 2005, 1, I, 121, con nota di Giacobbe e in *Giust. Civ.* 2005, 10, 2403, con nota di Famularo.

Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e Resp.*, 2005, 597, con nota di Pardolesi.

Cass., sez. III, 14 ottobre 2004, n. 20292, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 10.

Cass., sez. II, 6 maggio 2005, n. 9402, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 5.

Cass., 18 giugno 2005, n. 13164, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9.

Cass., sez. I, 12 agosto 2005, n. 16878, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 9.

Cass., sez. III, 26 settembre 2005, n. 18792, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 9.

Cass., sez. I, 23 novembre 2005, n. 24594 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 11.

Cass., sez. I, 26 gennaio 2006, n. 1525, in *Obbligazioni e contratti* 2007, 2, p.136, con nota di Fede.

Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Diritto e Giustizia online* 2006; in *Riv. notariato* 2006, 4, 1135, con note di Scalabrini e Trimarchi; in *DeG - Dir. e giust.* 2006, 11, 31; in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2; in *Giust. civ.* 2006, 6, I, 1171; in *Giur. it.* 2007, 2, 414; in *Giust. civ.* 2007, 11, I, 2499, con nota di D'Alessandro; in *Giur. comm.* 2007, 4, II, 787, con nota di Milanesi.

Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. Notar.*, 2007, 1, 180, con nota di Ungari Transatti.

Cass., sez. III, 13 giugno 2006, n. 13643, in *Giust. Civ.*, 2007, 5, I, 1175.

Cass., 23 giugno 2006, n. 14526, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, pp. 177 ss.

Cass., sez. lav., 4 maggio 2007, n. 10215, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 5.

Cass., sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, in *Il civilista* 2009, 10, 26, con nota di Di Rago e Mileo, e in *Il civilista* 2011, 2, 30, con nota di Pulice.

Cass., Sez. un., 20 marzo 2008, n. 7444, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 3, 445.

Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Guida al diritto* 2008, 42, 60, con nota di Piselli.

Cass., sez. lav., 7 luglio 2009, n. 15916, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, 1055.

Cass., 25 settembre 2009, n. 20659, in *Giust. Civ. Mass.* 2009, 9, 1356.

Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *DeG online*, 2010, con nota di Milizia; in *Banca Borsa*, 2010, 3, II, 257, con nota di Barillà.

Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, 388.

Cass., sez. I, 22 marzo 2010, n. 6870, in *Diritto e Giustizia online* 2010, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 3, 417.

Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 6, 892.

Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, con note di: Milizia, in *Dir. giust.*, 2010, pp. 429 ss.; Fantetti, in *Resp. civ.*, 2011, 2, pp. 124 ss.; Lamorgese, in *Contratti*, 2011, 1, pp. 27 ss.; Brutti, in *Società*, 2011, 1, pp. 46 ss.; Pacileo, in <http://www.dircomm.it/2010/n.1/05.html>; Scano, in *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 1133 ss.; Ghigi, in *Giur. Comm.*, pp. 1146 e ss.; Colaiori, in *Foro pad.*, 2012, 2, pp. 178 ss.; Caliceti, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, pp. 219 ss.; Ferro - Luzzi, in *Riv. Soc.*, 2012, pp. 751 ss.; Baralis, in *Riv. not.*, 2012, I, pp. 1249 ss.

Cass., sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. comm.* 2012, 2, II, 276, con nota di Fabiani.

Cass., Sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 4, 559.

Cass., 29 luglio 2011, n. 16735, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 9, 1228.

Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2012, n. 1912, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 2, 147.

Cass., sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, in *Foro It.*, 2012, 9, I, 2304, con nota di De Santis.

Cass., 11 luglio 2012, n. 11642, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 7-8, 899.

Cass., sez. lav., 8 agosto 2012, n. 14243, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 7-8, 1029.

Cass., sez. I, 20 settembre 2012, n. 15955, in *Diritto & Giustizia* 2012, 21 settembre, con nota di Liso.

Cass. 17 ottobre 2012, n. 17812, in <http://juriswiki.it/provvedimenti/ordinanza-corte-di-cassazione-sez-civile-vi-17812-2012-it>.

Cass., 17 ottobre 2012, n. 17793, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 10, 1220.

Cass., sez. I, 13 febbraio 2013, n. 3501, in *Giust. civ. Mass.* 2013.

Cass., sez. I, 10 aprile 2013, n. 8682, in *Giust. Civ. Mass.* 2013.

Cass. 20 maggio 2013, n. 12187, in *Diritto & Giustizia* 23 maggio 2013, con nota di TERLIZZI.

Cass., sez. trib., 19 giugno 2013, n. 15319, in *Diritto e Giustizia online* 2013, 24 giugno, con nota di TERLIZZI.

Cass., sez. III, 9 aprile 2014, n. 8272, in *Giust. Civ. Mass.* 2014.

Cass., sez. I, 10 aprile 2014, n. 8458, in *Diritto & Giustizia* 2014, 11 aprile, in *Guida al diritto* 2014, 23, 92, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 2014, 3, 578, in *Giust. Civ. Mass.* 2014.

Cass., sez. VI, 18 novembre 2014, n. 24548, in *Giust. Civ. Mass.* 2014.

Cass., sez. III, 13 aprile 2015, n. 7362, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

Cass., sez. III, 9 giugno 2015, n. 11854, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

Cass., sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

Cass., sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

Giurisprudenza di merito, amministrativa, costituzionale e prassi delle Autorità garanti

Corte appello Milano, 3 luglio 1992, in *Vita not.* 1993, 1484.

Consiglio di Stato, sez. III, parere 11 maggio 1999, n. 608, in *Cons St.*, 1999, 2216 e in *Foro Amm.* 2000, 2225.

Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro It.*, 2003, I, 332, con note di Palmieri e Plaia.

Tribunale di Milano, sez. VIII, 2 maggio 2007, n. 5181, in *Giustizia a Milano* 2007, 9, 61.

Trib. Torino, 4 giugno 2010, in *Foro It.*, 2010, 1, 2523; in *Banca Borsa*, 5, 2010, 619, con nota di Cerrato; in *Giur. Comm.*, 2012, 2, II, 315, con nota di Lupoi; in *Danno e Resp.*, 2011, 67, con nota di Frata; in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, I, 869, con nota di Libertini e Maugeri; in *Giur. It.*, 2010, 12, 2601, con nota di Ronco e Zuffi; in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 1487, con nota di Ruggeri.

Tribunale di Rovigo, sezione distaccata di Adria, 21 ottobre 2010, consultabile nel sito internet <http://www.altalex.com/documents/massimario/2010/12/07/fondo-di-investimento-societa-di-gestione-azioni-giudiziarie-foro-competente>.

App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Giur. Comm.*, 2012, 2, II, 315, con nota di Lupoi.

Trib. Milano, 20 dicembre 2010, in *Giur. di Merito*, 2011, 7-8, 1789, con nota di Gorgoni, e in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 5, 1096, con nota di Perago.

App. Milano, 3 maggio 2011, in *Foro It.*, 2011, 12, I, 3423.

Trib. Firenze, 15 luglio 2011, in *Foro It.*, 2012, 6, I, 1910, con osservazioni di Palmieri e De Santis.

Tribunale di Varese, 21 novembre 2011, consultabile in http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/civ.php?id_cont=9568.php.

App. Firenze, 14 dicembre 2011, in *DeG online*, 2012, 19 gennaio.

Trib. Milano, sez. VIII, ord. n. 73921/2011, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/10876.pdf>.

Tribunale di Milano, 29 marzo 2012, consultabile all'indirizzo internet http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/tribunale_di_milano_29_marzo_2012.pdf.

Garante concorrenza e mercato, 26 giugno 2013, n. 24422, in *Giust. Civ.*, 2013, 9, I, 1907.

Garante concorrenza e mercato, 3 settembre 2013, n. 24509, in *Giust. Civ.*, 2013, 11-12, I, 2658.

T.A.R. Lazio, 17 settembre 2013, n. 8313, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 9, 2744.

Tribunale di Milano, 3 ottobre 2013, n. 12211, in http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/20131003_RG79890-20115.pdf.

T.A.R. Lazio, 17 marzo 2014, n. 2945, in *Red. G. Amministrativo*, 2014, 3, 434.

Tribunale di Milano, 3 ottobre 2013, in http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/20131003_RG79890-20115.pdf.

Corte d'appello di Firenze, 15 luglio 2014, in *Giur. It.*, 2015, I, pp. 89 ss., con nota di IACUMIN.

Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, pp. 89 ss., con nota di IACUMIN.

Tribunale di Roma, Sez. spec. Impresa, 19 ottobre 2015, n. 20844, in *ilsocietario.it* 2016, 3 marzo.

Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, 16 maggio 2016, n. 9894, in *Redazione Giuffrè* 2016.

Tribunale di Roma, sez. V, 7 giugno 2016, n. 11487, in *Redazione Giuffrè* 2016.