



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali - SPGI

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN: Diritto internazionale e diritto privato e del lavoro.

INDIRIZZO: unico

CICLO: XXVII°

**I NUOVI CONFINI DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE
DEL DEBITORE**

Direttore della Scuola: Chiar.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Chiar.mo Prof. Stefano Delle Monache

Dottoranda: Giovanna Marchetti

Ai miei nonni

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO

IL CONCETTO DI RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

1. Responsabilità patrimoniale e inadempimento. Il rapporto tra i concetti di responsabilità patrimoniale e di garanzia patrimoniale	8
2. La collocazione della responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione: l'origine del problema.....	28
2.1. La teoria del debito e della responsabilità e le sue implicazioni...	35
2.2. Dal superamento della teoria del debito e della responsabilità al riconoscimento della responsabilità patrimoniale quale elemento strumentale all'obbligazione	47

CAPITOLO SECONDO

LE FUNZIONI E GLI INTERESSI COINVOLTI

NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

1. Le diverse funzioni della responsabilità patrimoniale in relazione all'oggetto dell'obbligazione e i suoi rapporti con le procedure dell'esecuzione forzata	55
2. La posizione giuridica del creditore e del debitore: l'impossibilità di ravvisare un diritto di garanzia avente ad oggetto il patrimonio del debitore e l'inesistenza di alcun obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale...	73
3. Il diritto del creditore alla consistenza del patrimonio del debitore e la conseguente limitazione della sua libertà di disposizione patrimoniale	84

CAPITOLO TERZO
IL GRADUALE SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO DI UNIVERSALITÀ DELLA
RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE

1. La responsabilità patrimoniale del debitore nel Codice civile tra principio di universalità e <i>par condicio creditorum</i>	94
1.1. Le origini del principio di universalità della responsabilità patrimoniale: il dogma vero o presunto dell'unicità del patrimonio ..	104
1.2. I patrimoni destinati allo scopo. La differente chiave di lettura del principio di unicità e indivisibilità del patrimonio elaborata dalla pandettistica tedesca	119
1.2.1. La rinnovata attenzione per la teoria dei patrimoni destinati allo scopo nei <i>mixed legal system</i> della Scozia e del Québec	129
2. Oltre il dogma dell'unicità del patrimonio: la ricostruzione della vera <i>ratio</i> dell'art. 2740 c.c.	142

CAPITOLO QUARTO
L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA ATTRAVERSO IL MOLTIPLICARSI
DELLE IPOTESI DI SEPARAZIONE PATRIMONIALE
NORMATIVAMENTE PREVISTE

1. Il moltiplicarsi delle ipotesi di separazione patrimoniale normativamente previste	154
2. Il fondo patrimoniale	164
3. I patrimoni e i finanziamenti destinati ad uno specifico affare	193
3.1. – I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 <i>bis</i> lett. a) c.c.)	198
3.2. – I finanziamenti destinati ad uno specifico affare (art. 2447 <i>bis</i> lett. b) c.c.	223
4. Gli atti di destinazione <i>ex art. 2645 ter c.c.</i>	230
4.1. Gli atti di destinazione <i>ex art. 2645 ter</i> e la nuova lettura del principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore.....	259

5. I nuovi confini della responsabilità patrimoniale del debitore.....	277
--	-----

CAPITOLO QUINTO

UNA NUOVA PROSPETTIVA PER LE LIMITAZIONI CONTRATTUALI
DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

1. La presunta inammissibilità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore	293
2. Una diversa interpretazione dell'art. 2740, comma 2, c.c.: le ragioni a favore dell'ammissibilità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale con efficacia <i>inter partes</i>	305
CONCLUSIONI	317
BIBLIOGRAFIA	320

I NUOVI CONFINI DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE

INTRODUZIONE

Il sistema della responsabilità patrimoniale del debitore è stato tradizionalmente raffigurato come fondato su due “assiomi” inconfutabili.¹

Il primo, rappresentato dal dogma dell’unicità e indivisibilità del patrimonio e dal principio di universalità della garanzia patrimoniale, destinato a cedere soltanto nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Il secondo, consistente nel dogma della nullità degli accordi tra debitore e creditore diretti a stabilire una limitazione della garanzia patrimoniale.

In questo quadro, non soltanto si è costantemente affermato che nessun bene del debitore sfugge alla garanzia generica e che le limitazioni della responsabilità patrimoniale non sono altro che eccezioni dal carattere residuale che soltanto la legge può stabilire, ma si è anche negata all’autonomia privata la possibilità di interferire in alcun modo con tale istituto.

Questa ricostruzione, apparentemente confortata dal dato testuale dell’art. 2740 c.c., deve inevitabilmente confrontarsi con l’evoluzione normativa che da anni è ormai orientata in direzione contraria, al punto che sembra quasi di trovarsi di fronte a una “nuova” responsabilità patrimoniale del debitore o, quanto meno, a una responsabilità dai nuovi confini.

Il moltiplicarsi delle ipotesi di patrimoni separati presenti nel nostro ordinamento ha finito col mettere in crisi l’idea per cui il debitore debba garantire l’adempimento delle proprie obbligazioni con l’intero suo patrimonio e ha indotto a registrare un ribaltamento dello schema regola-eccezione contenuto nell’art. 2740 c.c., tanto che si sarebbe verificata una graduale

¹ Così ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012, 24.

sostituzione del principio di universalità con quello della “specializzazione” della responsabilità patrimoniale.²

Il filo rosso che guiderà la presente trattazione è rappresentato dal tentativo di ricostruire le nuove frontiere della responsabilità patrimoniale del debitore, tenendo conto delle innovazioni legislative in materia, nonché dell’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

Il quadro normativo venuto a delinearsi nel corso del tempo permette non soltanto di affermare con certezza che «i patrimoni destinati non sono più cattedrali nel deserto»,³ ma spinge addirittura a un ripensamento del significato da attribuirsi alla riserva di legge contenuta nel secondo comma dell’art. 2740 c.c.

Un contributo decisivo in questa direzione è offerto, in particolare, dall’ultima tappa del processo evolutivo della responsabilità patrimoniale, ovvero dall’introduzione dell’art. 2645 *ter*. La disciplina degli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* testimonia, infatti, la conquista di spazi sempre maggiori per l’autonomia privata in relazione all’istituto della responsabilità patrimoniale, trattandosi di una forma di separazione che, seppure tipizzata, non è destinata alla realizzazione di finalità predeterminate dal legislatore.

Non si ritiene, tuttavia, possibile discutere di quali siano i nuovi confini della responsabilità patrimoniale senza averne prima individuato le originarie frontiere.

² In questi termini si è espresso, già nei primi anni ’90, BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile-Commentario*, Artt. 2740-2744, a cura di Schlesinger, 1°ed., Giuffrè, Milano, 1991, 34. Al fine di cogliere la portata della diffusione dei patrimoni separati basta tenere a mente i seguenti esempi: il fondo patrimoniale *ex art. 167 ss. c.c.*; i patrimoni delle s.p.a. dedicati ad uno specifico affare *ex art. 2447-bis ss. c.c.*; l’atto di destinazione *ex art. 2645 ter*; i fondi pensione di cui al d.lgs. 21.4.1993, n. 124, assorbito poi dal d. lg. 5.12.2005, n. 252; la cartolarizzazione dei crediti di cui alla l. 30.4.1999, n. 30, art. 3, comma 2; i fondi comuni di investimento di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; il c.d. *trust* interno, operativo nel nostro ordinamento grazie alla l. 16.10.1989, n. 364 di ratifica della Convenzione dell’Aja del 1.7.1985 sulla legge applicabile ai *trust* e sul loro riconoscimento. Per l’analisi di alcune delle fattispecie di patrimoni separati v. Cap. IV.

³ Sono parole di DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all’atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, in *Dir. Fam.*, 2007, 1257 ss.

Si è scelto, pertanto, di concentrare l'attenzione dapprima sull'inquadramento concettuale della responsabilità patrimoniale e sulla tematica della sua collocazione rispetto alla struttura dell'obbligazione, in modo da cogliere le ragioni che da sempre spingono a rinvenire nell'istituto in esame uno dei pilastri del nostro ordinamento giuridico.⁴

Nell'ambito di queste riflessioni preliminari si andranno, inoltre, a mettere in luce le diverse funzioni che la responsabilità patrimoniale è chiamata a svolgere, il contenuto in cui si sostanzia la posizione giuridica dei soggetti del rapporto di responsabilità-garanzia, nonché le modalità attraverso cui operano gli strumenti di tutela dei contrapposti interessi di cui essi sono portatori.⁵

Esaurite queste premesse, sarà possibile confrontarsi con gli assi portanti del sistema, nel tentativo di delineare quali siano, realmente, le sue originarie frontiere.

L'interrogativo di fondo è il seguente: i dogmi che tradizionalmente costituiscono i capisaldi dell'intero sistema della responsabilità patrimoniale del debitore sono stati davvero imposti da principi normativi insuperabili?

Il primo postulato della responsabilità patrimoniale si identifica con l'idea per cui il nostro sistema sarebbe stato costruito avendo quale fondamento il dogma dell'unicità del patrimonio, elaborato dalla nota teoria di Aubry e Rau.⁶

Partendo dal presupposto della necessaria corrispondenza biunivoca tra soggetto e patrimonio, il Codice civile del 1942 avrebbe imposto un unico modello di responsabilità patrimoniale rispetto al quale i patrimoni separati non potevano che costituire un'eccezione, dal momento che avrebbero infranto il principio cardine attorno al quale ruotava l'intero sistema.

⁴ V. Cap. 1

⁵ V. Cap. 2.

⁶ La formulazione della teoria personalistica del patrimonio si rinviene già nella prima edizione di AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français*, Vol. II, Paris, 1839, § 573, 334 ss. V. dettagliatamente cap. 3, § 1.1.

Dinnanzi al mutato quadro normativo viene da chiedersi se sia stato davvero l'art. 2740 c.c. a imporre di leggere il rapporto tra l'universalità della responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni in termini di regola–eccezione, oppure se ciò sia frutto di una concezione radicata nella dottrina e nella giurisprudenza, pur essendovi sempre state nel nostro ordinamento le basi per utilizzare una diversa chiave di lettura del sistema della responsabilità patrimoniale.⁷

Tale interrogativo è rafforzato dalla constatazione che, già all'indomani dell'introduzione del Codice civile, attenta dottrina osservava che il fenomeno della limitazione della responsabilità patrimoniale diventava «sempre più imponente».⁸

Nemmeno l'idea che l'art. 2740 c.c. rappresenti la traduzione sul piano normativo dell'equazione un "soggetto=un patrimonio" convince fino in fondo.

I dubbi circa il carattere di «pietra angolare»⁹ del dogma dell'unicità e indivisibilità del patrimonio nell'edificazione del sistema della responsabilità patrimoniale aumentano non appena si consideri che tale assunto non sembra essere sorretto da una adeguata indagine circa il reale recepimento della teoria classica del patrimonio da parte dell'art. 2740 c.c.

Nel tentativo di individuare le basi per una differente lettura del sistema della responsabilità patrimoniale, si dedicherà particolare attenzione all'individuazione della *ratio* sottesa all'art. 2740 c.c., alla reale influenza che ha avuto nella sua formulazione la teoria personalistica del patrimonio, nonché alla c.d. *Zweckvermögenstheorie*, che rappresenta il primo momento di emersione dell'idea che il principale elemento di unificazione del patrimonio deve identificarsi non già nel soggetto, bensì nello scopo a cui è esso è destinato.¹⁰

⁷ A tale problematica è dedicato il cap. 3.

⁸ Così D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, Libro della tutela dei diritti, in *Commentario del Codice civile*, diretto da D'Amelio-Finzi, Firenze, 1943, 430 ss.

⁹ L'espressione virgolettata è di PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Ed. Scientifiche italiane, Napoli, 2011.

¹⁰ V. *amplius* nel cap. 3.

Nel corso della presente indagine si avrà, inoltre, modo di constatare che la teoria del patrimonio è oggetto di una rinnovata attenzione da parte della dottrina di diversi ordinamenti giuridici, poiché essa è stata il punto di partenza per spiegare la natura e il funzionamento del *trust* adottato in alcuni paesi a sistema c.d. misto, quali la Scozia e il Québec.¹¹

L'approccio alla teoria del patrimonio maturato in Scozia e nel Québec si rivelerà particolarmente utile per comprendere quale sia stata la recezione di tale teoria nel nostro ordinamento e per scoprire che, al di là delle apparenze, non siamo poi così lontani dall'impostazione adottata in tali sistemi.

Una volta appurato che il nostro ordinamento sembra aver rinunciato al principio di indivisibilità del patrimonio fin dai tempi dell'introduzione del Codice civile del 1942 e che universalità e specializzazione della responsabilità patrimoniale sono sempre state, in potenza, regole di pari importanza, ci si dedicherà allo studio di alcune delle fattispecie di separazione patrimoniale normativamente previste.

Nel tentativo di ricostruire quali siano i nuovi confini della responsabilità patrimoniale del debitore si andranno ad analizzare i patrimoni separati aventi fonte negoziale, ovvero il fondo patrimoniale (artt. 167 e ss. c.c.), i patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 *bis* e ss. c.c.), nonché l'atto di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (art. 2645 *ter* c.c.).¹²

L'analisi che si andrà a svolgere permetterà, innanzitutto, di individuare quale sia stato il reale contributo del moltiplicarsi dei patrimoni separati all'evoluzione del sistema.

Verificato che, originariamente il modello offerto dagli artt. 2740 e 2741 c.c. aveva un ruolo predominante, mentre ad oggi tali disposizioni non

¹¹ V. dettagliatamente cap. 3, § 1.2.1.

¹² L'eterogeneità del fenomeno dei patrimoni separati impedisce un dettagliato approfondimento di tutte le fattispecie in cui esso si articola. Si è scelto, pertanto, di limitare l'analisi a quelli di fonte negoziale, seguendo l'utile classificazione proposta dal Trib. Lecce, 24.8.2012, in *Giur. mer.*, 2013, 802 ss., che distingue i patrimoni separati di fonte legale da quelli di fonte negoziale, così da individuarne alcune caratteristiche comuni. Per questi aspetti v. più approfonditamente *infra*, Cap. IV.

sono altro che «la tessera di un più ampio mosaico caratterizzato dalla possibilità di parcellizzare il proprio patrimonio»,¹³ occorrerà domandarsi in che misura i principi di cui esse sono espressione conservino ancora valore, o se ci si trovi realmente di fronte alla invocata crisi del principio di universalità della responsabilità patrimoniale.¹⁴

L'evoluzione normativa permetterà, inoltre, di scoprire che l'attuale punto di incontro dei diversi interessi di cui sono portatori debitore e creditore si innesta nel principio dell'affidamento del ceto creditorio, principio in cui si identifica il «nuovo fondamento» dell'art. 2740 c.c.¹⁵

L'ultima parte di questo studio è dedicata al confronto con il secondo postulato della responsabilità patrimoniale, ovvero con il dogma della nullità delle limitazioni convenzionali del suo oggetto.¹⁶

Questo assioma riposa sulla presunta, ma non sufficientemente indagata, riferibilità dell'art. 2740, comma 2, c.c. a qualsiasi limitazione della responsabilità patrimoniale, indipendentemente dal fatto che essa sia destinata a produrre i propri effetti *erga omnes* o solamente *inter partes*.

Anche nell'affrontare questo problema ci si domanderà se sia stato realmente il dato normativo ad imporre tale soluzione, oppure se essa sia frutto dell'elaborazione dottrinale radicata nel corso del tempo.

Si cercherà, specificamente, di indagare se le ragioni che giustificano il principio di tipicità dei patrimoni separati valgano anche con riferimento alle limitazioni della responsabilità patrimoniale frutto di accordo tra debitore e creditore.

Se così non fosse, non si potrà che concludere nel senso dell'estraneità delle limitazioni convenzionali della garanzia patrimoniale all'ambito di

¹³ Così DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1278 ss.

¹⁴ Si è espresso in questi termini MORACE - PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 2007, 97 ss. V. dettagliatamente il cap. IV, § 5.

¹⁵ Questa espressione è di BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 197 ss.

¹⁶ V. cap. V.

applicazione dell'art. 2740, comma 2, c.c., sicché si apriranno nuovi spazi per l'autonomia negoziale in questo settore.

CAPITOLO PRIMO

IL CONCETTO DI RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

SOMMARIO: 1.- Responsabilità patrimoniale e inadempimento. Il rapporto tra i concetti di responsabilità patrimoniale e di garanzia patrimoniale. – 2.- La collocazione della responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione: l'origine del problema. – 2.1.- La teoria del debito e della responsabilità e le sue implicazioni - 2.2.- Dal superamento della teoria del debito e della responsabilità al riconoscimento della responsabilità patrimoniale quale elemento strumentale all'obbligazione.

1.- Responsabilità patrimoniale e inadempimento. Il rapporto tra i concetti di responsabilità patrimoniale e di garanzia patrimoniale.

La massima espressione dell'importanza che da sempre l'istituto della responsabilità patrimoniale del debitore riveste nei diversi ordinamenti giuridici si coglie nelle parole degli autori che sono giunti a ravvisare l'essenza del rapporto obbligatorio non tanto nell'obbligo del debitore di eseguire la prestazione, quanto più nella responsabilità in cui egli incorre per il caso di inadempimento.¹⁷

Certamente una simile affermazione non può essere oggi accolta nella sua integrità; tuttavia merita di essere ricordata poiché consente di mettere in luce come la centralità del fenomeno di cui ci occupiamo nasca proprio dall'innegabile rilievo della non coercibilità dell'esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione ad opera del debitore.¹⁸

¹⁷ GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1941, pag. 8 che nel definire il concetto di obbligazione si è rifatto alla ricostruzione del Brinz (contenuta nell'opera *Obligation und Haftung*, in *Arch. für civ. Praxis*, LXX, 1886) secondo cui l'essenza del rapporto obbligatorio doveva ravvisarsi proprio nella responsabilità in cui incorreva il debitore per il caso di inadempimento del dovere di eseguire la prestazione.

¹⁸ PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale*, Padova, 1926, pag. 6 ss., che dà inoltre ampiamente conto di come nell'antico diritto romano il debitore rispondesse dell'inadempimento delle obbligazioni con la sua persona (*nexum*) e di come attraverso un lungo processo evolutivo si siano sostituiti alla persona del debitore i suoi beni, sicché, prosegue il Pacchioni, «il diritto del creditore venne così ad essere considerato come un diritto sui beni del debitore» e cioè «il diritto di afferrare i beni e farli vendere a proprio beneficio ove il debitore non si rendesse adempiente».

La responsabilità patrimoniale del debitore rappresenta, dunque, uno dei pilastri del nostro ordinamento giuridico in quanto «senza la responsabilità patrimoniale le obbligazioni risulterebbero un nome vano senza contenuto pratico».¹⁹

Il nostro sistema della responsabilità patrimoniale del debitore è retto dal principio posto dall'art. 2740 c.c. secondo cui «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

Dietro tale formulazione, apparentemente semplice e lineare, si nasconde il problema dell'inquadramento concettuale della responsabilità patrimoniale del debitore.

Il nostro codice descrive, infatti, il fenomeno della responsabilità patrimoniale esclusivamente dal punto di vista degli effetti che da essa derivano per il debitore, ma non contiene alcuna definizione dell'istituto in esame. A ben vedere sotto questo profilo, come è stato da più parti osservato, l'art. 2740 c.c. rischia di rivelarsi una disposizione imprecisa e fonte di equivoci.²⁰

A proposito dell'importanza della responsabilità patrimoniale in relazione alla non coercibilità dell'adempimento dell'obbligazione v. anche BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1963, pag. 98 ss. che ricorda come dietro l'idea del Brinz e di Pacchioni vi fosse «un'elementare verità: l'incoercibilità dell'azione debitoria relativamente alla prestazione non dà sufficiente sicurezza al creditore che la prestazione sia adempiuta. Perciò appunto interviene questo ulteriore elemento che mettendo il creditore di fronte ai beni e non alla persona del debitore integra la giuridicità del dovere di prestazione».

¹⁹ D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, op. cit., 430 ss. In termini analoghi v. anche SATTA S., *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ.*, Vol. XV, Tomo I, a cura di Vassalli, Utet, Torino, 1963, spec. pag. 33, il quale sostiene che «senza questa responsabilità non si ha diritto, perché non si ha obbligazione (..) Perciò la responsabilità è immanente all'obbligazione, le dà giuridicità».

²⁰ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Rescigno, Vol. XIX, Utet, Torino, 1985, 389 ss. (v. spec. 494 ss.) L'autore a proposito del dettato dell'art. 2740 c.c. sottolinea che «ne risulta una regola di diritto, formulata in termini che si presentano ben lontani da un uso apprezzabilmente rigoroso e univoco del linguaggio giuridico». Nel senso che l'impiego della locuzione responsabilità utilizzata dal legislatore denoti «una certa povertà di linguaggio» anche RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, v. pag. 42. In termini analoghi si vedano anche BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il cod. civ. comm.*, a cura di Schlesinger, 2°ed., Giuffrè, Milano, 2010, 21; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXVII., Treccani, Roma, 1991, 11 ss.

È stata proprio la formulazione dell'art. 2740 c.c. ad aver indotto la dottrina, impegnata nel tentativo di dare contenuto alla responsabilità patrimoniale, a privilegiare esclusivamente il suo collegamento con l'azione esecutiva, sicché la responsabilità patrimoniale è stata descritta «come uno stato di soggezione del debitore all'azione esecutiva del creditore, il cui oggetto potenziale è rappresentato da tutti i beni del primo».²¹

Di primo acchito sembrerebbe di dover affermare che la responsabilità patrimoniale del debitore si risolve nella sottoposizione dei suoi beni all'azione esecutiva del creditore. Una simile conclusione non può certamente dirsi errata: tuttavia, essa appare insufficiente ad esaurire la portata del fenomeno di cui si discute per le ragioni che andremo ad illustrare.²²

Al fine di comprendere cosa sia realmente la responsabilità patrimoniale non è sufficiente arrestarsi al dato normativo di cui all'art. 2740 c.c., ma occorre andare oltre.

Prima di svolgere qualsiasi ulteriore riflessione in proposito è opportuno soffermarsi brevemente sulle origini dell'art. 2740 c.c., nonché individuare l'ambito di applicazione dell'istituto della responsabilità patrimoniale.

È cosa nota che le origini della regola posta dal legislatore attraverso il primo comma dell'art. 2740 c.c. si rinvergono nell'art. 1948 del Codice civile

²¹ NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *La tutela dei diritti*, di Nicolò – Andrioli - Gorla, in *Comm. al c.c.*, a cura di Scialoja – Branca, sub art. 2740, Zanichelli, Bologna, 1954, 3 ss. Una analoga definizione della responsabilità patrimoniale è quella fornita da GIORGIANNI M., *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, 1968, 160, secondo cui la responsabilità patrimoniale è un «fenomeno per cui i beni del debitore sono sottoposti all'azione esecutiva del creditore diretta a far raggiungere a quest'ultimo la realizzazione del suo interesse, quando questo sia rimasto insoddisfatto a causa dell'inadempimento del debitore». GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, op. cit., a pag. 29 afferma che la responsabilità consiste «nell'assoggettamento del debitore al potere coattivo del creditore in caso di inadempimento del debitore, potere che normalmente si esplica mediante l'azione e l'esecuzione forzata sul patrimonio». Nello stesso senso v. anche ROPPO. V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 491, che descrive la responsabilità patrimoniale quale soggezione del debitore inadempiente all'azione esecutiva del creditore.

²² Di questo avviso è MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Giuffrè, Milano, 1975, pagg. 80-81, secondo cui occorre "svincolare" la nozione di responsabilità patrimoniale dalla fase esecutiva. Sul punto v. *infra*.

del 1865, secondo cui «chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri».²³

Se da un lato è innegabile quanto affermato dalla dottrina a proposito dell'introduzione dell'art. 2740 c.c., e cioè che «il nuovo codice non innova sostanzialmente a quello del 1865»,²⁴ è altrettanto vero che la formulazione dell'art. 1948 nel riprodurre fedelmente il dettato dell'art. 2092 del *Code civil* - il quale destina il patrimonio del debitore all'esecuzione della prestazione²⁵ - rischiava di essere foriera di equivoci, dato che sembrava concepire i beni del debitore quale mezzo di adempimento.²⁶

²³ Sull'istituto della responsabilità patrimoniale del debitore come disciplinato dall'art. 1948 del codice previgente v. PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni*, op. cit., 50 ss.; GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, op. cit., 1 ss.; ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 674 ss.; COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, Cedam, Padova, 1940, 65 ss.; CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffré, Milano, 1948, 17 ss.

²⁴ D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 433

²⁵ L'art. 2092 del *Code civil* così recita «*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*». Con riferimento a tale disposizione si vedano MARTY G. - RAYNAUD P., *Droit civil, III, Les sûretés*, Paris, Sirey, 1971, 1 ss.; BECQUE S., *Sûretés réelles*, in *Traité pratique de droit civil français*, a cura di Planiol - Ripert, Paris, 1927, 1 ss.; BAUDRY LACANTINERIE G. - DE LOYNES P., *Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e dell'esecuzione forzata*, in *Trattato teorico pratico del diritto civile*, Baudry Lacantinerie, trad. it. a cura di Bonfante - Pacchioni - Sraffa, Milano, 1912, 347 ss. a della responsabilità patrimoniale in Francia e alla loro influenza sulla formulazione dell'art. 2740 c.c. Con riferimento alle origini del sistema si veda CANDIAN A., *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (alle origini dell'art. 2740 codice civile)*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Vol. III, a cura di Aa. Vv., Giuffré, Milano, 1994, 1805 ss. Si ricorda che nel contesto del *Code civil* i principi codificati negli articoli 2092 e 2093 contenenti i principi generali della responsabilità patrimoniale assumevano una valenza marginale poiché nell'intenzione del legislatore francese la tutela del credito dipendeva dall'efficacia del sistema delle cause legittime di prelazione.

Si veda anche BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., pag. 5-6, il quale ha osservato che il legislatore italiano del 1865 «aveva corretto l'espressione "*Quiconque s'est obligé*", che letteralmente si riferisce solo all'ipotesi di volontaria assunzione di un'obbligazione, con quella "*chiunque sia obbligato*", che comprende anche i casi di obbligazione sorta indipendentemente dalla volontà del debitore». Nello stesso senso v. anche MORACE - PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, op. cit., 28, nota 60 dove spiega dettagliatamente le ragioni che hanno indotto il legislatore del tempo a prediligere l'utilizzo della locuzione "*chiunque sia obbligato*".

²⁶ In tal senso v. BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., pag. 5 che evidenzia come l'art. 1948 poteva indurre erroneamente a far ritenere i beni del debitore mezzi di adempimento anziché di garanzia. Hanno ritenuto impropria la formulazione dell'art. 1948 del codice del 1865 anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 1; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 1; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale*:

Per queste ragioni è stato detto che l'articolo 2740 c.c. ha riaffermato il principio della responsabilità patrimoniale del debitore «con una formulazione più semplice e scientificamente corretta, in quanto rende immediatamente percepibile il suo collegamento funzionale con il fenomeno dell'inadempimento».²⁷

A differenza dell'art. 1948 del codice del 1865, che poneva l'accento sullo spontaneo adempimento delle obbligazioni da parte del debitore, l'art. 2740 c.c., stabilendo che il debitore «risponde dell'adempimento delle obbligazioni», ha dato risalto al fenomeno opposto: è l'inadempimento «il motore della responsabilità patrimoniale».²⁸

Chiarito che la responsabilità patrimoniale deve essere inquadrata tra i fenomeni inerenti all'inadempimento dell'obbligazione, è necessario coordinare l'art. 2740 c.c. con un'altra disposizione del nostro codice che si riferisce alla responsabilità per inadempimento, ovvero con l'art. 1218 c.c.

nozioni introduttive, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Lipari – Rescigno – Zoppini, Vol. IV, tomo II, Giuffrè, Milano, 2009, 164 ss., il quale sottolinea come «al centro della norma era collocata l'ipotesi fisiologica dell'adempimento».

E' pur vero che nonostante il tenore letterale dell'art. 1948 la dottrina maggioritaria dell'epoca aveva già rilevato che in realtà la possibilità per il creditore di aggredire i beni del debitore era collegata non all'adempimento, bensì al fenomeno opposto dell'inadempimento. Si vedano a questo proposito GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 160; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Sacco, Utet, Torino, 2011, spec. pag. 9., secondo cui «non sembra il caso di soffermarsi sulle diverse parole utilizzate per indicare la responsabilità patrimoniale del debitore, che tale era ed è rimasta in entrambe le regole ora esaminate». Anche ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Bessone, Vol. IX, Tomo III, Giappichelli, Torino, 2000, 1 ss., sottolinea che «entrambi gli enunciati, italiano e francese, erano tuttavia inseriti nei titoli dei rispettivi codici concernenti non già l'adempimento delle obbligazioni, bensì i privilegi e le ipoteche, vale a dire la fase della realizzazione coattiva del credito, successiva all'inadempimento». L'autore ricorda che proprio per questo era facile per la dottrina chiarire come la previsione dell'art. 1948 cit. fosse dunque funzionalmente collegata non con l'adempimento bensì col fenomeno opposto, ossia con l'inadempimento.

²⁷ NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 1

²⁸ Questa espressione è utilizzata da MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3. Con riferimento alla connessione tra responsabilità patrimoniale e inadempimento v. anche GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Galgano, Vol. II, Cedam, Padova, 2009, 116 ss. *Contra* MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 81, secondo cui la responsabilità patrimoniale è principalmente una garanzia per l'adempimento.

Si tratta di capire qual è il rapporto intercorrente tra queste norme, giacché entrambe si riferiscono alla responsabilità del debitore in caso di inadempimento.²⁹

La presenza nel nostro codice delle citate disposizioni permette di affermare che il debitore soggiace a due distinte forme di responsabilità, e cioè da un lato alla responsabilità personale di cui all'art. 1218 c.c., dall'altro alla responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., ciascuna rispondente ad una precisa funzione.³⁰

La responsabilità per inadempimento di cui all'art. 1218 c.c., altrimenti detta responsabilità personale, ha il compito di stabilire quando il debitore risponde del suo inadempimento e di obbligarlo al risarcimento del danno. In forza dell'art. 1218 c.c. nasce, dunque, in capo al debitore una nuova obbligazione, quella di risarcire il danno cagionato con l'inadempimento. L'art. 2740 c.c. si occupa invece delle conseguenze dell'inadempimento, stabilendo che esse sono destinate a ricadere sul patrimonio del debitore.³¹

²⁹ V. al riguardo MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 315 ss.; MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. priv.*, Vol. X, a cura di Rescigno, Torino, Utet, 1998, 224 ss.; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 18 ss.; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2 ss.; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2^o ed., 26; NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 6 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 490, secondo cui la funzione della responsabilità patrimoniale e il nesso che la lega all'obbligazione si percepiscono con chiarezza solo connettendola con il fenomeno dell'inadempimento e con le sue conseguenze, «stabilendo, in altre parole, un ideale collegamento tra l'art. 2740 e 1218 c.c.».

³⁰ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 161 ss. V. anche BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., *ibidem*, secondo cui «la responsabilità personale è in sostanza un'espressione di sintesi equivalente a responsabilità per danni, che da un lato presuppone, a differenza della garanzia patrimoniale, che mira a prevenire il danno, l'esistenza di una menomazione patrimoniale cui l'ordinamento reagisce, dall'altro richiama o una fonte di obbligazione (art. 2043) o l'inadempimento ad una obbligazione (art. 1218)»; BIANCA C.M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1995, 25 ss.

³¹ BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 25 chiarisce che la responsabilità personale o soggettiva indica l'assoggettamento del debitore alle sanzioni contro l'inadempimento imputabile, consistenti principalmente nell'obbligo di risarcimento del danno. «La responsabilità soggettiva presuppone che l'inadempimento sia imputabile al debitore, e cioè che concreti una violazione ingiustificata dell'obbligo». La responsabilità patrimoniale a suo dire indica invece l'assoggettamento dei beni del debitore all'esecuzione forzata del creditore. Secondo GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 162 ss., «che si tratti poi di due diversi tipi di responsabilità può essere, oltre tutto, dimostrato dal confronto tra la disposizione contenuta nell'art. 1229 e quella contenuta nell'art. 2740 c.c. Ambedue infatti dispongono circa le clausole

Il collegamento tra queste due forme di responsabilità si sostanzia innanzitutto nel fatto che entrambe le disposizioni, sebbene attraverso una diversa prospettiva, guardano al medesimo fenomeno, quello dell'inadempimento: l'art. 1218 c.c. stabilisce quando possano essere addossate al debitore le conseguenze dell'inadempimento, mentre l'art. 2740 c.c. individua l'oggetto su cui tali conseguenze si riversano.

Il risultato di questo collegamento è tale per cui il patrimonio del debitore sopporta le conseguenze negative del mancato adempimento dell'obbligazione a lui imputabile.³²

Ma vi è un'altra ragione per cui la responsabilità personale e la responsabilità patrimoniale, pur essendo due fenomeni distinti, «sono collegati in modo assai stretto nell'ambito dell'inadempimento, al punto da apparire come due aspetti del medesimo fenomeno, legati da un nesso di propedeuticità e strumentalità».³³

che limitano la responsabilità, ma non si può certo dire, anche a causa del diverso contenuto normativo di ciascuna di esse, che dispongano intorno alla medesima materia». Accolgono l'impostazione di Giorgianni: SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 18 ss.; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 490. V. anche BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica - Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, 60 ss., il quale osserva che se l'interesse del creditore rimane insoddisfatto a causa dell'inadempimento, all'obbligo originario si aggiunge o si sostituisce un obbligo di risarcimento ex art. 1218 c.c. e precisa che in questa fase non viene ancora in considerazione l'aspetto della responsabilità patrimoniale che si sostanzia nell'assoggettamento dei beni del debitore alla procedura di esecuzione forzata. Di avviso parzialmente diverso è MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 315 ss, secondo il quale «la vera responsabilità del debitore è quella prevista dall'art. 1218 c.c., regolante le conseguenze dell'inadempimento o della mora», mentre l'altra responsabilità, quella ex art. 2740 «è in realtà una garanzia generale dalla legge apprestata indistintamente a tutti i creditori verso il proprio debitore non già dopo l'inadempimento, ma prima in funzione cautelativa». Sul punto v. *infra*.

³² ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 491, il quale afferma che la responsabilità patrimoniale «entra in gioco tutte le volte che il debitore manchi, per causa una lui imputabile, il regolare adempimento della prestazione dovuta».

³³ Sono parole di MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3. In tal senso v. anche GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 162 che sottolinea come se è vero che i due fenomeni sono tra loro completamente distinti, non sono però assolutamente indipendenti l'uno dall'altro. Un primo punto di contatto secondo Giorgianni deve ravvisarsi nel fatto che entrambe le forme di responsabilità sono destinate a funzionare in caso di inadempimento del debitore: «ambidue sono perciò preordinate non tanto ad assicurare l'adempimento, quanto a far ricadere sul debitore le conseguenze dell'inadempimento, e a togliere pertanto di mezzo gli effetti di quest'ultimo che sono dannosi al creditore».

L'armonia di funzioni tra le due forme di responsabilità si coglie non appena si consideri che l'art. 1218 c.c. non fa altro che convertire l'obbligazione originaria nell'obbligazione risarcitoria, ovvero in un'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro, andando così a "preparare il terreno" per la responsabilità patrimoniale, che si risolve in definitiva nell'attribuzione al creditore di una somma di denaro attraverso l'esecuzione forzata.³⁴

La responsabilità personale *ex art. 1218 c.c.* viene dunque a rappresentare «lo stadio preparatorio e l'indispensabile presupposto pratico della responsabilità patrimoniale», proprio in quanto determina la conversione dell'obbligazione originaria in un'obbligazione che ha per oggetto una somma di denaro.³⁵

Questo ruolo preparatorio della responsabilità personale rispetto a quella patrimoniale viene in rilievo solamente quando l'oggetto dell'obbligazione originaria inadempita non consistesse già in una somma di denaro, sicché, quando questo accade, il collegamento tra l'art. 1218 c.c. e l'art. 2740 c.c. sussiste limitatamente al fatto che entrambe le disposizioni si

³⁴ GIORGIANNI M., *L'obbligazione.*, op. cit., 164. Giorgianni afferma che proprio in ragione di questo collegamento le due forme di responsabilità si presentano come due aspetti del medesimo fenomeno. «L'intima connessione tra i due tipi di responsabilità risulta palese ove si ponga a mente che la responsabilità patrimoniale si concreta nell'espropriazione forzata dei beni del debitore inadempiente, e nell'attribuzione al creditore di una somma di denaro tratta dal ricavato dell'espropriazione medesima». Ecco perché, prosegue Giorgianni, diventa necessario presupposto del funzionamento della responsabilità patrimoniale che l'oggetto del credito sia costituito da una somma di denaro. NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 7, sottolinea che nelle obbligazioni non aventi ad oggetto una somma di denaro la responsabilità patrimoniale «non può immediatamente funzionare né come sanzione per l'inadempimento, né come mezzo di realizzazione del diritto del creditore». SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 18; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti: artt. 2740-2783*, in *Comm. del cod. civ.*, Libro VI, Torino, 1976, 23 ss.

³⁵ L'espressione tra virgolette è di MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op.cit., 69 ss., ed è utilizzata dall'autore in senso critico rispetto alla descrizione del rapporto tra art. 1218 e 2740 c.c. prospettata da Giorgianni. Secondo Monteleone è preferibile inquadrare funzionalmente il fenomeno della responsabilità patrimoniale non tanto con riferimento all'inadempimento, ma al contrario, all'adempimento e una simile impostazione trarrebbe la propria giustificazione nel fatto che mentre l'art. 1218 c.c. si riferisce espressamente all'inadempimento, l'art. 2740 si ricollega all'adempimento. In senso diametralmente opposto v. MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3 che sottolinea non solo la connessione della responsabilità patrimoniale al fenomeno dell'inadempimento, ma anche la particolare idoneità della responsabilità personale a preparare l'espropriazione forzata dei beni, posto che la responsabilità patrimoniale si traduce nell'attribuire al creditore una somma di denaro.

riferiscono all'inadempimento, indicando la prima l'assoggettamento del debitore alla sanzione per l'inadempimento, la seconda l'assoggettamento dei beni del debitore all'azione esecutiva del creditore.³⁶

Occorre precisare, infine, che la responsabilità patrimoniale è un istituto che attiene tanto all'ambito della responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*, quanto a quello della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, posto che l'obbligazione rimasta inadempita può avere quale fonte anche un fatto illecito in senso stretto.³⁷

³⁶ GIORGIANNI M., *L'obbligazione.*, op. cit., 165, con riferimento al rapporto tra art. 1218 e 2740 c.c. precisa che quando l'oggetto originario della prestazione è già costituito da una somma di denaro, non sia necessario lo stadio intermedio della responsabilità personale. In questi termini v. anche MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 224, il quale riconosce che solamente quando l'obbligazione originaria non è pecuniaria occorre che preliminarmente operi il meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 1218 c.c.. V. anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 7; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 22, aggiunge che quando l'obbligazione ha per oggetto la prestazione di una somma di denaro, nel caso di mancato adempimento nel termine pattuito, all'obbligo di prestare tale somma si aggiunge automaticamente l'obbligo di corrispondere gli interessi moratori e gli eventuali ulteriori danni, «ed in tal caso i diritti del creditore non spontaneamente soddisfatto potranno realizzarsi direttamente attraverso l'espropriazione forzata».

³⁷ GIORGIANNI M., *L'obbligazione.*, op. cit., 188 ss., il quale osserva come «la violazione di qualunque dovere giuridico, ove abbia arrecato danno ad altri, importa la responsabilità personale dell'agente (art. 2043 c.c.) la quale si trasforma in responsabilità patrimoniale ove questi non adempia spontaneamente l'obbligo di risarcimento del danno, salva la facoltà per il danneggiato di chiedere la reintegrazione in forma specifica. Nello stesso anche BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., pag. 5, che ha sottolineato come già l'intenzione del legislatore del 1865 fosse quella di assicurare l'operatività dell'istituto della responsabilità patrimoniale sia con riferimento alle obbligazioni volontariamente assunte dal debitore, sia con riferimento alle obbligazioni sorte indipendentemente dalla sua volontà. V. anche PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., spec. 23, che attribuisce alla responsabilità patrimoniale il ruolo di rimedio contro l'inadempimento dell'obbligazione risarcitoria, «abbia essa carattere secondario, in quanto scaturita dall'inadempimento di una precedente obbligazione, oppure abbia carattere primario, in quanto originata da un fatto illecito in senso stretto». Della stessa opinione è MORACE - PINELLI A., *Atti di destinazione*, op. cit., 28. ». V. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 19, che riconosce anche l'esistenza di «una corrispondenza diretta tra il risarcimento del danno in forma monetaria (art. 1218 e 2043 c.c.) e la tutela accordata mediante l'attribuzione del potere di iniziare l'esecuzione forzata per ottenere ciò che non sia stato prestatto spontaneamente» e vede nella responsabilità patrimoniale «il rimedio comune» alle diverse ipotesi in cui non sia stata adempiuta detta obbligazione risarcitoria.

Ne deriva che, grazie al dettato dell'art. 2740 c.c., ogni qualvolta il debitore non adempia spontaneamente l'obbligazione, qualsiasi sia la sua fonte, il creditore potrà soddisfarsi coattivamente sul suo patrimonio.³⁸

Il collegamento funzionale della responsabilità patrimoniale al fenomeno dell'inadempimento dell'obbligazione non deve però trarre in inganno a proposito della sua esistenza ben prima del verificarsi di quest'ultimo.

Contrariamente a quanto sostenuto da alcuni, la responsabilità patrimoniale non sorge soltanto nel momento in cui si realizza l'inadempimento, bensì è coeva al nascere del rapporto obbligatorio.³⁹

La conferma che la responsabilità patrimoniale opera fin dalla costituzione dell'obbligazione si rinviene nel fatto che la legge permette al creditore di assumere iniziative volte a conservare il patrimonio del debitore o addirittura ad accrescerne la consistenza ben prima che avvenga l'inadempimento, giacché mette a sua disposizione i c.d. mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.⁴⁰

³⁸ Con riferimento alle modalità attraverso cui opera la responsabilità patrimoniale a seconda dell'oggetto dell'obbligazione inadempita si rinvia al Cap. 2, § 1.

³⁹ In questi termini v. SATTÀ S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 33; BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II., *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953, pag. 23 ss.; CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 6. *Contra* MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3 secondo cui non è possibile affermare che la responsabilità patrimoniale preesisterebbe all'inadempimento in quanto soltanto il consumato inadempimento mette in moto i meccanismi della responsabilità patrimoniale. «La responsabilità patrimoniale non troverebbe alcun punto di emersione in uno svolgimento fisiologico del rapporto obbligatorio» V. anche GIORGIANNI M., *L'obbligazione.*, op. cit., 173 ss.

⁴⁰ V. NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Le azioni surrogatoria e revocatoria)*. *Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1974, 2 ss. che attribuiscono particolare rilevanza all'interesse del creditore alla conservazione della garanzia delle proprie ragioni rappresentata dal patrimonio del debitore a prescindere dall'inadempimento e rinviengono il fondamento normativo della tutela di tale interesse proprio nell'art. 2740 c.c. V. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 118; GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 116, il quale distingue le modalità con cui il binomio responsabilità - garanzia opera durante la fase costitutiva del rapporto obbligatorio e durante la fase estintiva. BRECCIA U., *Le obbligazioni*, op. cit., 63, secondo cui il vincolo patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. assiste il rapporto obbligatorio attraverso le forme cautelari fin dal suo nascere e diventa pienamente operante solo nella fase esecutiva. MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 167, secondo cui la situazione giuridica della fase potenziale (in cui l'inadempimento non

Si deve perciò riconoscere che la responsabilità patrimoniale sorge fin dalla nascita del rapporto obbligatorio e attraversa due distinte fasi: fintanto che non si realizza l'inadempimento, essa attraversa una fase che può definirsi potenziale, durante la quale si sostanzia nella possibilità per il creditore di ricorrere agli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale. Soltanto una volta che si sia verificato l'inadempimento si passa alla fase di piena attuazione della responsabilità patrimoniale, durante la quale il creditore ha la possibilità di procedere all'espropriazione forzata dei beni del debitore.⁴¹

Possiamo ora tornare ad affrontare il problema dell'inquadramento concettuale della responsabilità patrimoniale.

si è ancora verificato) non è qualcosa di diverso dalla responsabilità, ma soltanto una parte di essa, «quella strumentale all'esecuzione forzata, cioè alla piena attuazione della responsabilità»; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1041 ss. Nel senso che il patrimonio del debitore rappresenta una vera e propria "copertura" per il creditore e non semplicemente l'oggetto dell'esecuzione forzata già SCHREIBER O., *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, Leipzig, 1914, 20, il quale critica l'utilizzo del termine "*Zugriff*" (che esprime l'idea dell'azione esecutiva) per descrivere il lato attivo della responsabilità, in quanto riduttivo, e ritiene più appropriato l'utilizzo del termine "*Deckung*" (copertura).

⁴¹ SATTÀ S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 33, secondo il quale la responsabilità è appunto coeva al sorgere dell'obbligazione, mentre ciò che non è coevo è invece il potere di fare espropriare i beni del debitore per conseguire quanto dovuto a norma dell'art. 2910 c.c., e cioè l'azione esecutiva. V. anche BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, spec. 108, che ricorda come la responsabilità patrimoniale attraversa uno stato di pendenza durante il quale essa non è ancora attuale ed è incerto se diverrà tale o cadrà nel nulla. Si veda anche PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile*, op. cit., 43 secondo cui la responsabilità, o meglio il diritto di garanzia ad essa corrispondente, attraversa due fasi: nella fase antecedente all'inadempimento si sostanzia in un «diritto di controllo gestorio» sul patrimonio del debitore, successivamente all'inadempimento si traduce nel diritto di aggredire quel medesimo patrimonio.

V. LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, Jovene, Napoli, 1966, pag. 3, dove afferma che la responsabilità patrimoniale esiste come rapporto giuridico e che essa si articola nei due momenti della pendenza e della attuazione. Questa distinzione è prospettata anche da MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3, che pur negando la configurabilità della responsabilità patrimoniale prima dell'inadempimento, si trova costretta a rilevare che «dal punto di vista statico della destinazione dei beni all'assoggettamento dei beni e all'assoggettamento del debitore all'azione esecutiva del creditore la responsabilità patrimoniale è connaturata, in senso strettamente genetico all'obbligo; dal punto di vista dinamico dell'attuazione dei rimedi coercitivi in cui si traduce, essa è invece collegata all'inadempimento». V. anche MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 60 ss., secondo cui sebbene la responsabilità patrimoniale sorga al momento dell'inadempimento, «ciò non toglie che il corrispondente potere - quello di colpire il patrimonio del debitore in caso di inadempimento, sussista virtualmente, dal punto di vista giuridico, sin dal momento in cui il credito nasce».

Se da un lato è innegabile che attraverso la formulazione dell'art. 2740 c.c. il legislatore ha avuto il merito di rendere immediatamente percepibile la funzionalità della responsabilità patrimoniale rispetto all'inadempimento, è altrettanto vero che l'utilizzo del termine «responsabilità» ha dato luogo ad equivoci sotto un diverso profilo, quello della definizione del concetto di responsabilità patrimoniale e dei suoi rapporti con il concetto di garanzia.⁴²

Per accorgersi delle «incertezze concettuali di fondo» sottese alla formulazione dell'art. 2740 c.c. basta pensare – come rilevato da autorevole dottrina - che il legislatore in questa disposizione parla dei beni del debitore come oggetto della sua responsabilità patrimoniale, mentre nell'intitolazione del capo V, titolo III, ne parla come oggetto di garanzia patrimoniale.⁴³

L'individuazione del rapporto esistente tra i concetti di responsabilità e garanzia ha dato origine ad un vivace dibattito articolatosi in posizioni tra loro contrastanti, al punto che secondo alcuni i due concetti, per quanto strettamente connessi, non sono comunque coincidenti, mentre secondo altri essi designano la medesima situazione giuridica.⁴⁴

⁴² ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 486, il quale sostiene che il legislatore ricorre ai termini "responsabilità" e "garanzia" per designare lo stesso istituto o principio normativo: «di qui il sospetto che le tecniche definitorie applicate in questo caso dal legislatore siano altresì foriere di possibili confusioni ed equivoci». V. anche LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 6; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 1; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 19 ss.; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 160 che sottolinea come di per sé i termini responsabilità e garanzia non hanno nel nostro ordinamento giuridico un significato univoco.

⁴³ Sono rilievi di ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 494.

⁴⁴ Hanno ritenuto che i concetti di responsabilità e garanzia designino due distinte situazioni giuridiche RAVAZZONI A., *Tutela dei diritti*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Rescigno, Vol. XX, Utet, Torino, 1998, 602 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, op. cit., 1043 ss.; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, op. cit., 1-28; GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 169 ss.; FRAGALI M., voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1969, 450 ss.; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Vol. XIV, Tomo I, Torino, 1956; GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, op. cit., 25; CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 14; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 4 ss.

Ritengono al contrario che i due concetti designano la medesima situazione giuridica: MONTELEONE G., *Profili sostanziali e profili processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 70 ss.; COSATTINI V., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 65; BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 99 ss.; ROCCO A., *La*

Chi ha censurato l'utilizzo del termine garanzia per designare lo stato di potenziale soggezione dei beni del debitore all'azione esecutiva del creditore configurato dall'art. 2740 c.c. ha fatto leva innanzitutto sul significato del concetto tecnico di garanzia.⁴⁵

Parte della dottrina ha ritenuto che il vincolo gravante sul patrimonio del debitore *ex art. 2740 c.c.* possa definirsi "garanzia" solamente in quanto si tratta di un vincolo che nasce prima dell'inadempimento, non certo in quanto dotato delle caratteristiche proprie della garanzia in senso tecnico, che consistono *in primis* «nell'accrescere o nel rafforzare la singola obbligazione o il potere di aggressione che essa attribuisce».⁴⁶

realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore, op. cit., 684; BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 98; LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 290; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 24 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile, Le garanzie reali e la prescrizione*, Vol. VII, Giuffrè, Milano, 2011, 4 ss. BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2^{ed.}, 10; DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja – Branca, Zanichelli, Bologna, 1988, 83 ss.; TUCCI M., *Garanzia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Utet, Torino, 1992, 579 ss.; PIAZZA L., *Garanzia*, in *Enc. giur.*, Vol. XV, Treccani, Roma, 1989, 1 ss.; SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, Cedam, 2001; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 164 ss.;

⁴⁵ FRAGALI M., voce *Garanzia*, op. cit., 448 ss.; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 4 ss.; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5 ss.

⁴⁶ FRAGALI M., voce *Garanzia*, op. cit., 448 ss., che rinvia la conferma di ciò nel fatto che quando si parla della garanzia rappresentata dal patrimonio del debitore per il creditore *ex art. 2740 c.c.* si utilizza l'aggettivo generica, «volendosi evitare una caratterizzazione precisa della condizione giuridica dei beni del debitore in quanto destinati all'esecuzione, e quindi segnare una differenza dalla garanzia, anziché un'identificazione con questa». Fragali individua le ragioni per cui la garanzia generica non costituisce una garanzia in senso tecnico essenzialmente in ciò: 1) l'art. 2740 c.c. si limita ad attribuire al creditore il potere di agire in via esecutiva sui beni del debitore per far valere la responsabilità patrimoniale, non va quindi a rafforzare l'efficacia dell'espropriazione come fa la garanzia in senso proprio; 2) l'art. 2740 c.c. non contiene il riferimento ad una garanzia come giustificazione dell'implicazione di tutti i beni del debitore. Egli ritiene inoltre che si deve valorizzare il mutamento terminologico sia rispetto all'art. 1949 del codice del 1865 che conteneva tale riferimento, sia rispetto alle norme sulle garanzie reali del pegno (art. 2784 c.c.) e dell'ipoteca (art. 2808 c.c.), dove invece si fa cenno alla garanzia; 3) la garanzia in senso tecnico non è quella che qualsiasi creditore può escludere o limitare, come accade invece per la garanzia generica.

Conforme a questa impostazione è quella di MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 4, che fa leva soprattutto sulla necessità di respingere una nozione tanto lata di garanzia tale da farvi rientrare fattispecie disomogenee tra loro dal punto di vista strutturale. Questo perché - a suo dire - la garanzia in senso tecnico è un rapporto accessorio che sta a fianco del rapporto principale e soddisfa lo specifico creditore che ne è munito, mentre la garanzia generica *ex art. 2740 c.c.* è inerente a tutti i rapporti di credito e attribuisce a ciascun creditore solo il potere di agire in via esecutiva sui beni del debitore.

Sulla base di queste premesse si è detto che non è possibile identificare i due concetti poiché la responsabilità patrimoniale è un mezzo di tutela del diritto del creditore, mentre la garanzia misura il potere di aggressione di ciascun creditore sui beni del debitore.⁴⁷

Altri autori, pur partendo dal presupposto che i concetti di responsabilità patrimoniale e garanzia debbano rimanere distinti, hanno ravvisato tra essi una connessione più stretta e una particolare affinità, al punto che si è identificato nella garanzia un aspetto della responsabilità patrimoniale.⁴⁸

Stando a questa diversa impostazione, mentre la responsabilità patrimoniale si identifica con la soggezione del debitore inadempiente all'azione esecutiva del creditore, la garanzia si concretizza nella possibilità per il creditore di assumere iniziative finalizzate ad accrescere il suo patrimonio o a conservare i suoi beni. Tra i concetti di garanzia e di responsabilità vi sarebbe, dunque, un rapporto di strumentalità in quanto, da un lato la responsabilità indica il momento attuativo della destinazione dei beni del debitore al

V. anche RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5 ss., secondo cui il diritto del creditore di aggredire i beni del debitore è un diritto di garanzia in senso generico e improprio perché il diritto di garanzia è strutturalmente distinto dall'obbligazione garantita, mentre la responsabilità patrimoniale è incorporata all'obbligazione. Per l'inaccettabilità della teoria della collocazione della responsabilità all'interno della struttura dell'obbligazione v. *infra* par. 2.2.

⁴⁷ FRAGALI M., voce *Garanzia*, op. cit., 460, ha ritenuto che la garanzia in senso tecnico misura la responsabilità patrimoniale del debitore e il modo del suo operare sul patrimonio del medesimo, «nel senso che le dà speciale configurazione e speciale energia». La garanzia costituisce a suo dire il *posterius* della responsabilità, in quanto «la responsabilità patrimoniale segna l'incidenza soggettiva delle conseguenze dalla lesione al diritto del creditore o del rischio inerente, mentre la garanzia segna l'intensità o il grado delle conseguenze o del rischio di queste conseguenze»

⁴⁸ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 173, ritiene che il fenomeno della garanzia patrimoniale del debitore costituisca un aspetto della responsabilità patrimoniale dello stesso, nel senso che i suoi beni hanno la funzione di garantire l'adempimento dell'obbligazione. Che la garanzia è un aspetto della responsabilità patrimoniale è dimostrato a suo dire dalla circostanza che entrambe hanno ad oggetto i beni del debitore, hanno il medesimo fine e lo stesso ambito di applicazione. V. anche ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 370 ss.

soddisfacimento dell'interesse del creditore, dall'altro la garanzia è la fase potenziale di quella destinazione.⁴⁹

Sul fronte opposto si collocano coloro i quali hanno affermato che i concetti di responsabilità patrimoniale e garanzia sono tra loro coincidenti, o meglio, non sono altro che «due facce dello stesso istituto»: la garanzia designa il lato attivo, ovvero la possibilità per il creditore di aggredire il patrimonio del debitore tramite l'esecuzione forzata o di avvalersi dei mezzi di conservazione del medesimo, mentre la responsabilità designa il lato passivo, ovvero la soggezione del patrimonio del debitore al soddisfacimento coattivo dell'interesse del creditore.⁵⁰

Questa concezione è maturata sotto l'impero del codice del 1865, in ragione del dettato normativo degli articoli 1948 e 1949. Come già anticipato, l'art. 1948 stabiliva che il debitore «è tenuto ad adempiere le contratte

⁴⁹ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 173. Secondo Giorgianni la destinazione dei beni del debitore all'aggressione del creditore attraversa due fasi. La prima fase consiste nella destinazione potenziale dei beni del debitore a tale aggressione e si sostanzia, dunque, nell'astratta possibilità dell'escussione di questi beni. E' questa fase potenziale che, a suo dire, dà luogo al fenomeno della garanzia. La seconda fase invece corrisponde al momento attuativo della responsabilità patrimoniale e si sostanzia nel potere del creditore di chiedere l'espropriazione dei beni del debitore. L'esistenza di queste due distinte fasi trova conferma, a suo dire, nella possibilità riconosciuta dalla legge al creditore di compiere atti conservativi del patrimonio del debitore o destinati ad aumentarne la consistenza. V. anche ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 494. *Contra* SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 5, secondo cui sebbene la tesi della distinzione tra fase potenziale e fase in cui è possibile procedere all'espropriazione si sostenga sulla considerazione della funzione dei c.d. mezzi conservativi della garanzia patrimoniale, la distinzione non contribuisce a trovare regole diverse che possano venire in rilievo nella fase di aggressione della massa patrimoniale e nella fase della sua salvaguardia. Il sistema della salvaguardia e dell'aggressione è invece a suo dire unitario. In termini analoghi v. anche MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 164 ss.

⁵⁰ Questa espressione è utilizzata da BIANCA C.M., *Diritto civile, Le garanzie reali e la prescrizione*, op. cit., pagg. 3-4, il quale specifica che si parla di «garanzia oggettiva» con riferimento alla garanzia consistente in un diritto che assoggetta i beni del debitore o di un terzo al soddisfacimento del credito. In questi termini si v. anche MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 166, il quale afferma che le locuzioni responsabilità e garanzia si armonizzano in virtù del riferimento al patrimonio del debitore. Il termine responsabilità indica il vincolo di destinazione al soddisfacimento dell'interesse del creditore, gravante sul patrimonio del debitore. Il termine garanzia indica la posizione giuridica di vantaggio del creditore sui beni del debitore.

obbligazioni con tutti i suoi beni», mentre in ragione del dettato dell'art. 1949 questi beni si dovevano considerare «la garanzia comune dei suoi creditori».⁵¹

È stata proprio la formulazione di queste disposizioni ad avere indotto la dottrina dell'epoca ad affermare che, in ragione della loro interpretazione sistematica, era evidente che esse descrivevano il lato attivo e passivo del rapporto di garanzia.⁵²

Questa ricostruzione è stata portata agli estremi da chi non si è limitato a riconoscere nei concetti di responsabilità e garanzia due lati dello stesso istituto, ma si è spinto ad affermare che, in forza dell'art. 1949, il creditore vantava un vero e proprio diritto reale di pegno generico sul patrimonio del debitore.⁵³

⁵¹ Per un approfondimento sugli articoli 1948 e 1949 del codice del 1865 si vedano PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni*, op. cit., 50 ss.; GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, op. cit., 1 ss.; ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op. cit., 674 ss.; COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 65 ss.; CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 17 ss.

⁵² COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 65, afferma che gli articoli 1948 e 1949 danno contenuto al rapporto di garanzia, che va ad affiancarsi al rapporto obbligatorio. Da un lato l'art. 1948 impone al debitore di adempiere con tutti i suoi beni e descrive quindi il lato passivo del rapporto; dall'altro, l'art. 1949 accenna al diritto dei creditori sui beni del debitore e ne descrive dunque il lato attivo. Cosattini descrive il rapporto di garanzia quale rapporto strumentale al rapporto obbligatorio. «Per esso il creditore ha diritto e il debitore ha dovere di conservare una certa quantità di beni che assicurino un utile svolgimento di un'eventuale esecuzione». In senso conforme v. ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op. cit., 674. In tempi a noi più vicini questa impostazione è stata invocata da TUCCI M., *Garanzia*, op. cit., 590, secondo cui l'identità tra i concetti di responsabilità e garanzia è comprovata dal fatto che il nostro codice all'art. 2740 c.c. ha trasposto il vecchio art. 1948 del codice del 1865. Il codice del 1942 sposta semplicemente la prospettiva dalla garanzia alla responsabilità. V. anche PIAZZA L., *Garanzia*, op. cit., 2.

⁵³ ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op. cit., 696, ha affermato che il diritto attribuito dall'art. 1949 al creditore è un diritto di pegno nella sua forma essenziale, scevrata dagli elementi che in questa figura si innestano ma che non ne sono la sua essenza. È un puro e semplice diritto al valore pecuniario della cosa altrui. Secondo Rocco «ogni diritto di credito è accompagnato da un diritto di pegno sul patrimonio del debitore, il quale nasce contemporaneamente all'obbligazione, e non al momento della esecuzione». Nel senso che l'art. 1949 attribuisce al creditore un diritto di garanzia *sui generis* v. PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile*, op. cit., 51. Secondo Pacchioni tale diritto di garanzia si concretava in un diritto di controllo gestorio sul patrimonio prima e di aggressione dopo l'inadempimento. V. anche BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 98 il quale afferma che l'art. 2740 attribuisce al creditore un diritto di garanzia reale, anche se anormale e limitatissimo.

E' evidente che una simile qualificazione della posizione del creditore si presta a numerose critiche che, naturalmente, altra dottrina non ha esitato a prospettare.⁵⁴

Tuttavia a prescindere dall'inesattezza di tale qualificazione - sui cui si avrà modo di riflettere nel prosieguo del nostro lavoro - non sembrano esservi fondate ragioni per negare anche la bontà della sostanza dell'insegnamento dei suoi fautori nel momento in cui essi identificano nella responsabilità patrimoniale e nella garanzia due lati dello stesso istituto.⁵⁵

Del resto, questa stessa impostazione si rinviene anche nel *Code civil* nel momento in cui esso stabilisce da un lato, all'art. 2092, il principio della responsabilità del debitore per le obbligazioni da lui assunte, dall'altro precisa, all'art. 2093, che i beni del debitore sono «*le gage commun*» (il pegno comune) dei suoi creditori. La dottrina francese, pur rilevando le differenze di questo *gage commun* con le «*sûreté réelles*» (garanzie reali), nondimeno ha riconosciuto che esso altro non è se non la garanzia di cui beneficiano tutti i creditori del debitore, avente ad oggetto l'intero suo patrimonio.⁵⁶

⁵⁴ Hanno criticato la teoria del Rocco: GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, op. cit., 25, secondo cui non è possibile concepire la responsabilità patrimoniale quale diritto di garanzia. L'impostazione del Rocco non può a suo dire essere accolta perché: non esiste una figura prevista dalla legge di pegno in senso lato; il diritto del creditore non è accompagnato dal diritto di seguito e la formulazione dell'art. 1949 non contempla un diritto in questi termini. CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 14, secondo cui la formulazione dell'art. 1949 non attribuisce al creditore un simile diritto perché non è in alcun modo dimostrato che la prelazione non sia essenziale al pegno. Per un'analisi più dettagliata della qualificazione delle posizioni in cui versano debitore e creditore v. *infra* cap. 2.

⁵⁵ In questi termini v. LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 290, secondo cui la qualifica di pegno del diritto del creditore si presta a facili critiche, ma rileva che chi ha criticato questa ricostruzione non ha poi espresso un giudizio sulla sostanza dell'insegnamento da essa espresso. Un giudizio sulla sostanza di questo insegnamento si rinviene invece in BETTI E., *Teoria generale dell'obbligazione*, pag. 240 ss. che pur criticando la qualifica di diritto di pegno, riconosce che la responsabilità è un diritto di garanzia. V. anche BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 18-19, riflettendo su tale configurazione della responsabilità patrimoniale ritiene che, sebbene inaccettabile nella sua integrità perché nella responsabilità mancano gli elementi di realtà, essa è idonea a orientare correttamente l'indagine sulla struttura della responsabilità patrimoniale.

⁵⁶ V. MARTY G. - RAYNAUD P., *Droit civil*, op. cit., 1 ss. «*L'importance de cette garantie tient à la généralité de ce gage (...) Mais nous en avons aussi souligné l'imperfection qui doit mettre en garde contre l'équivoque du mot gage qui désigne abitualmente une sûreté alors que le gage général n'en est pas une (...)* La faiblesse du gage général tient au fait qu'il

A ben vedere l'idea che i concetti di responsabilità e garanzia descrivono due lati opposti del medesimo rapporto giuridico fu prospettata già dalla dottrina tedesca, la quale ha affermato che alla responsabilità corrisponde un'aspettativa di soddisfazione del creditore, ovvero una aspettativa giuridicamente tutelata di ricavare dal patrimonio del proprio debitore il risarcimento del danno per il mancato adempimento.⁵⁷

E' stata questa stessa dottrina a riconoscere che tale «diritto di soddisfacimento non è altro che la responsabilità guardata dal lato del creditore».⁵⁸

Le riflessioni maturate presso la letteratura tedesca sono state utilizzate da alcuni quale spunto per affermare che per descrivere lo stato di assoggettamento del patrimonio del debitore all'esecuzione forzata l'utilizzo del termine responsabilità è improprio.

In proposito, è stato osservato che il termine "*Haftung*" esprimeva per la dottrina tedesca l'idea della destinazione di una o più cose al potere di aggressione del creditore, sicché «la parola italiana che meglio renderebbe il concetto della "*Haftung*" sarebbe garanzia».⁵⁹

ne confère aucun droit de préférence: il ne protège pas contre l'insolvabilité du débiteur. En outre le gage général est dépourvu de droit de suite ». BECQUE S., *Sûretés réelles*, op. cit., 2 ss.

⁵⁷ Questa idea è espressa da STROHAL E., *Schuldübernahme*, in *Jherings Jahrbücher*, 1910, 231 ss., il quale concepisce questa aspettativa di soddisfazione come un diritto che ogni creditore ha, in forza del suo credito, sul patrimonio del suo debitore. Per un'attenta analisi del pensiero di Strohal v. BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 114; GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, op. cit., 25.

⁵⁸ Così KRÜCHMANN P., *Nachlese zur Unmöglichkeit Lehre*, in *Jherings Jahrbücher*, 1911, 79 ss., «*Dies Befriedigungsrecht ist die Haftung von der Gläubigerseite her betrachtet*». Questa idea si rinviene già in Brinz nella già citata opera *Obligation und Haftung* come ricorda BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 114, nota 11.

⁵⁹ BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 99, ha osservato che il termine responsabilità ha nel linguaggio parlato un significato alquanto differente dalla parola "*Haftung*": «un significato complesso nel quale più che l'idea di un vincolo di garanzia, ha rilievo quella del rischio soggettivo di un male (corrispondente piuttosto alla tedesca "*Verantwortlichkeit*")». Betti ha rilevato che i giuristi tedeschi intendono per "*Haftung*" l'assoggettamento di una persona o di una cosa a un potere di aggressione o di coazione del creditore. In questi termini si riporta a quanto affermato dal Brinz (nel suo scritto *Pandekten II*, 1879, pag. 2), che intendeva per "*Haftung*" «il fatto che alcunché è destinato a servire di soddisfazione a qualcuno per alcunché» e a quanto affermato dal Siber (in *Jherings Jahrbücher*, 1906, 61 ss.) che definisce la "*Haftung*" quale «destinazione della persona o della cosa a servire al creditore quale surrogato per la soddisfazione o per l'indennizzo a causa

Non solo. Secondo questa dottrina l'utilizzo del termine responsabilità è improprio anche per un'altra ragione, e cioè perché non potendo il patrimonio essere il soggetto che risponde, ma soltanto l'oggetto con cui si risponde, esso non può che essere materia di garanzia.⁶⁰

Ad identica conclusione circa l'inadeguatezza del termine responsabilità è arrivata anche altra dottrina, secondo cui, posto che nella responsabilità patrimoniale gli aspetti sanzionatori sono assai limitati, per descrivere la situazione configurata dall'art. 2740 c.c. sarebbe più corretto parlare di garanzia patrimoniale generica.⁶¹ È opportuno precisare che attraverso la locuzione "garanzia generica" la dottrina ha inteso riferirsi al fatto che la garanzia *ex art.*

dell'inadempimento del debito». Sulla base di queste premesse (a pag. 104) Betti, per rendere il concetto della "*Haftung*", predilige l'utilizzo del termine garanzia. Tuttavia Betti ricorda come il termine garanzia descrive il lato attivo del rapporto di responsabilità, mentre la parola "*Haftung*" esprime il lato passivo.

Con riferimento al concetto sotteso al termine "*Haftung*" v. anche GIERKE VON O., *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1910, il quale a pag. 11 afferma che la responsabilità nel diritto tedesco implica l'idea della soggezione a colui il quale non è stato fatto ciò a cui aveva diritto.

⁶⁰ BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., pagg. 102-103, il quale rileva che è improprio l'utilizzo del termine responsabilità con riferimento alle cose. Soggetti di responsabilità non possono che essere le persone, in quanto soggetti di diritto. Le cose, come anche il patrimonio stesso, possono essere assoggettate al potere di aggressione del creditore, ossia costituire oggetto di garanzia, ma non possono certamente mai dirsi responsabili. Ecco perché a suo dire l'utilizzo del termine responsabilità rischia di far confondere l'oggetto del rapporto di responsabilità con quello che non può esserne se non il soggetto passivo. Betti arriva così a definire la responsabilità nella sua funzione obiettiva di garanzia quale «particolare posizione di una persona che risulta dalla destinazione giuridica di un bene della vita pertinente ad essa pertinente, a servire di soddisfazione a un'altra persona determinata per un evento da questa atteso o temuto» (v. pag. 109). L'autore così sintetizza l'istituto della responsabilità da lui delineato (pag. 123) «la responsabilità si costituisce sempre tra due soggetti e si impernia su due elementi indefettibili: a) un evento atteso o temuto dall'uno - che è ragione di responsabilità - e b) un bene della vita pertinente all'altro - che è oggetto della responsabilità».

⁶¹ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 19-20, secondo cui poiché nella responsabilità patrimoniale gli aspetti sanzionatori sono limitatissimi è più appropriato l'utilizzo del termine garanzia, in ragione «del carattere sovraordinato della posizione del creditore rispetto a quella del debitore». Secondo Barbiera il carattere sanzionatorio della responsabilità patrimoniale è contraddetto dall'inesistenza di conseguenze a carico del debitore che abbia leso l'aspettativa del creditore alla garanzia. «E difatti a parte l'assoggettamento del bene all'esecuzione forzata, nessuna obbligazione risarcitoria specifica sorge a carico del debitore che, consapevole di pregiudicare la garanzia del creditore, abbia compiuto atti dispositivi sul proprio patrimonio». Sul punto v. più approfonditamente *infra*, cap. 2. Per garanzia patrimoniale generica Barbiera intende «la situazione soggettiva attiva del creditore che riassume in sé la possibilità di fare ricorso ai mezzi legali sostanziali o processuali, aventi il comune scopo di garantire la soddisfazione del suo interesse».

2740 c.c. ha ad oggetto l'intero patrimonio del debitore, a differenza delle c.d. garanzie specifiche che si riferiscono ai singoli beni.⁶²

Nonostante il linguaggio del nostro codice, si può concludere che la c.d. responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 si qualifica più correttamente quale garanzia patrimoniale generica.⁶³

Si può prospettare, pertanto, una nuova lettura dell'art. 2740 c.c. tale per cui il suo significato sarebbe non tanto quello di esprimere la soggezione del debitore all'azione esecutiva del creditore, quanto più quello di affermare che

⁶² BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 18, il quale afferma che da una lettura dell'art. 2740 che tenga dialetticamente conto dei due commi risalta l'omogeneità del nostro sistema delle due accezioni di responsabilità patrimoniale, «quella generale riferita al patrimonio (nella dottrina germanica *allgemeine Vermögenshaftung*) e quella speciale riferita ai singoli beni (*Sachhaftung*)». Barbiera sottolinea ancora come questa garanzia generica si distingue dalle garanzie specifiche per il fatto che normalmente queste costituiscono diritti reali. Nello stesso senso v. anche SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 6, secondo cui l'espressione garanzia generica evoca un particolare aspetto della responsabilità-garanzia patrimoniale, e cioè quello della misura dell'estensione della sfera della responsabilità patrimoniale a tutti i beni presenti e futuri del debitore. V. MONTELEONE G., *Profili sostanziali e profili processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 118. NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 2.

⁶³ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 21; SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 5; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 166; MONTELEONE G., *Profili sostanziali e profili processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 118; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 36. Questa conclusione è confermata anche da alcune pronunce della giurisprudenza da cui si evince che la responsabilità patrimoniale deve essere intesa come la destinazione del patrimonio del debitore al soddisfacimento delle ragioni del creditore in caso di inadempimento, il quale, a norma dell'art. 2740 c.c., costituisce per i creditori una garanzia generica. In tal senso V. Cass. civ., 4.7.1961, n. 1591, in *Giust. civ.*, 1961, I, 2082 ss., che non solo afferma la coesistenza della responsabilità patrimoniale rispetto all'obbligazione, ma anche la funzione di garanzia generica svolta dal patrimonio dell'obbligato. Cass. civ., 31.1.1984, n. 741, in *Gius. civ. Mass.*, 1984, fasc.1, che in relazione ai presupposti per l'esercizio dell'azione surrogatoria afferma la necessità che l'inerzia del debitore abbia riflessi negativi sulla garanzia che a norma dell'art. 2740 c.c. il patrimonio del debitore costituisce per i suoi creditori. V. anche Cass. civ., 13.3.1987, n. 2623, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, I, 2594 ss., la quale con riferimento alle obbligazioni solidali ha affermato che sul patrimonio di ciascun coobbligato grava la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. Negli stessi termini v. anche Cass. civ., 22.3.2011, in *www.dejure.it*. V. Cass. civ. 14.2.1981, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, la quale ha affermato che l'azione revocatoria ha la funzione, unica e specifica, di ricostituire la garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore a norma dell'art. 2740 c.c. Con riferimento alla giurisprudenza di merito si vedano Trib. Milano, 30.1.2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 3, 18 ss.; Trib. Milano 23.4.2008, in *Guida al diritto*, 2008, 22 ss.

«il patrimonio del debitore costituisce la garanzia delle obbligazioni da lui assunte».⁶⁴

2.- La collocazione della responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione: l'origine del problema.

Abbiamo iniziato il nostro lavoro ricordando che l'importanza attribuita alla responsabilità patrimoniale del debitore fu tale che parte della dottrina giunse addirittura a ravvisare l'essenza dell'obbligazione nella responsabilità in cui egli incorre in caso di inadempimento.⁶⁵

Questa considerazione ci porta ad approfondire una delle problematiche tra le più dibattute e risalenti sviluppatasi intorno all'istituto della responsabilità

⁶⁴ L'espressione è di PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 25., il quale afferma che il patrimonio del debitore costituisce una garanzia «nel senso che, se il debitore non adempie, il creditore ha diritto di soddisfarsi sui beni del debitore attraverso l'esecuzione forzata». BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 25, secondo cui la responsabilità patrimoniale «esprime il principio della garanzia legale». Conf. MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 80, secondo cui il vero significato dell'art. 2740 non è tanto quello che il debitore è esposto alle azione esecutiva ma piuttosto quello di individuare la garanzia che l'ordinamento appresta al creditore fin dal nascere del rapporto obbligatorio. Secondo l'autore si deve leggere l'art. 2740 c.c. come se dicesse il debitore garantisce l'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Queste conclusioni appaiono condivisibili, eccetto per il fatto che secondo Monteleone la responsabilità patrimoniale è un fenomeno connesso all'adempimento, mentre si è già chiarito che il suo ambito di applicazione è quello dell'inadempimento. V. anche PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 39, ricorda che il patrimonio è la garanzia generica su cui ciascun creditore può esercitare le proprie pretese non soltanto a seguito dell'inadempimento, ma altresì nel corso del rapporto, a tutela del suo interesse alla conservazione di quella stessa garanzia patrimoniale. Nello stesso senso v. anche NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 3. MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 166, sottolinea come il patrimonio del debitore costituisce il parametro oggettivo per valutare la consistenza sia della garanzia che della responsabilità e che le locuzioni responsabilità patrimoniale e garanzia indicano la medesima situazione giuridica in cui versa il patrimonio del debitore, che è al contempo «oggetto della garanzia del creditore e termine di riferimento della responsabilità del debitore».

⁶⁵ GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit. 8.

patrimoniale, e cioè quella della sua collocazione rispetto alla struttura dell'obbligazione.

Le numerose incertezze che hanno riguardato l'istituto in esame, sotto questo profilo, furono sintetizzate con estrema incisività da chi osservò che la responsabilità patrimoniale era considerata una sorta di «terzo incomodo» tra l'obbligazione e l'esecuzione forzata, in ragione del fatto «se ne contendono ambedue il territorio».⁶⁶

Il problema della collocazione della responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione involge profili particolarmente delicati, tanto è vero che è stato approfondito dalla dottrina in relazione alla definizione stessa del concetto di obbligazione.

Non essendo questa la sede per addentrarsi in un tema tanto complesso, qual è quello della definizione dell'obbligazione, si cercherà solo di sintetizzare, brevemente, quali furono le origini del problema testé accennato.⁶⁷

Si è già ricordato che il ruolo fondamentale della responsabilità patrimoniale è legato alla non coercibilità dell'esecuzione della prestazione ad opera del debitore. Ebbene, fu proprio questa verità incontestabile a spingere la dottrina a domandarsi se la responsabilità patrimoniale fosse un elemento costitutivo dell'obbligazione.⁶⁸

⁶⁶ LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 6

⁶⁷ «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*». E' questa la tradizionale definizione romana del rapporto obbligatorio che si trova in Inst. 3. 13 pr. V. Gai. 3.88. ss. E' ancora questa la nozione preferita dalla dottrina che si è dedicata allo studio la disciplina dell'obbligazione ed infatti da più parti essa è stata intesa come un vincolo giuridico in forza del quale un soggetto, detto debitore, è costretto ad adempiere una determinata prestazione per soddisfare l'interesse di un altro soggetto, chiamato creditore. Ha così riassunto la definizione di obbligazione più diffusa in dottrina, BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 1. Sul punto v. anche DI MAJO A., *Obbligazione, I, Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXI, Roma, 1999; GIORGIANNI M., *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. ital.*, Vol. XI, Torino, 1965, 581 che ha definito l'obbligazione come quel rapporto giuridico in virtù del quale una persona determinata, chiamata debitore, è tenuta ad un comportamento patrimonialmente valutabile al fine di soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, del creditore, il quale ha diritto all'adempimento.

⁶⁸ Hanno messo in luce il legame tra l'incoercibilità della prestazione e il problema della collocazione della responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni*, op., cit., 6, BARASSI L., *La teoria*

L'attenzione manifestata dalla dottrina per la responsabilità patrimoniale si spiega, dunque, in ragione dell'avvertita necessità di costruire una nozione di obbligazione che fosse in grado di rispondere alle esigenze che la definizione tradizionale non era in grado di soddisfare.

Nella tradizionale lettura del Savigny l'essenza del rapporto obbligatorio era individuata in una signoria («*Herrschaft*») del creditore sulla persona del debitore, o meglio in una signoria che non riguardava la persona del debitore nella sua totalità, bensì i suoi singoli atti, sottratti alla sua libertà e sottomessi alla volontà del creditore.⁶⁹ Il diritto di credito veniva quindi concepito come un diritto sulla persona del debitore e, nella struttura del rapporto obbligatorio, il contenuto giuridico della posizione di costui veniva posto in secondo piano.⁷⁰

Pur continuando a concepire il diritto di credito come un diritto sulla persona del debitore, il Brinz mise per primo in evidenza l'inadeguatezza della definizione tradizionale di obbligazione, in ragione dell'impossibilità di concepire il diritto del creditore come una signoria su di un'attività dipendente dall'altrui volontà.⁷¹

generale delle obbligazioni, op. cit., 98; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 13; DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 101, che richiamava in proposito la necessità di assegnare all'obbligazione elementi di concretezza, tali da fornire al creditore la certezza che il suo interesse sarà soddisfatto. GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 177, secondo cui l'interesse per il tema si spiega in ragione della necessità di «illuminare quello che viene considerato l'aspetto centrale del problema della struttura dell'obbligazione: i riflessi della incoercibilità del dovere del debitore, e la funzione dell'esecuzione forzata». V. BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 22; MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 66 ss.; LAPERTOSA F., *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 491 ss.

⁶⁹ SAVIGNY F.C., *Le obbligazioni*, trad. dall'originale tedesco con *Appendici* di G. Pacchioni, I, Torino, 1912, 4 ss. che definì l'obbligazione come signoria del creditore sopra un singolo atto del debitore («*ueber eine Handlung des Schuldners*») e considerava questo atto come separato dalla volontà dell'agente.

⁷⁰ PACCHIONI G., *Appendice alla traduzione del Savigny. Le obbligazioni*, II, 1912, 490 ss. Si vedano in proposito gli interessanti rilievi di FERCIA R., *L'obbligazione naturale*, in *Tratt. delle obbligazioni*, Vol. I, Tomo III, a cura di Talamanca - Garofalo, 2010, Cedam, Padova, 166 ss.

⁷¹ BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, II, Leipzig, 1879. Si veda anche PACCHIONI G., *Appendice alla traduzione del Savigny*, op. cit., 491, il quale ricostruendo il pensiero del Brinz ricorda che la sua obiezione si sostanziava in questo interrogativo: «Come può mai concepirsi

E' al Brinz che si deve la prima forma di valorizzazione della responsabilità patrimoniale nella struttura del rapporto obbligatorio, giacché egli rilevò che la persona del debitore poteva essere considerata oggetto della signoria del creditore solo in due sensi, e cioè o in quanto a lui assoggettata fisicamente o in quanto titolare di un patrimonio. Nella costruzione del Brinz l'oggetto dell'obbligazione venne così ad essere la persona del debitore quale titolare di un patrimonio.⁷²

Se nella definizione data dal Savigny l'essenza dell'obbligazione era incentrata sulla signoria del creditore, capace addirittura di incidere sulla libertà del debitore, nella concezione del Brinz il fulcro del rapporto obbligatorio diventò il risultato economico atteso dal creditore.⁷³

In continuità con il pensiero del Brinz, le c.d. teorie patrimoniali dell'obbligazione, superata l'idea che il diritto di credito fosse un diritto sulla persona del debitore, esaltarono il profilo patrimoniale del rapporto obbligatorio e individuarono l'oggetto dell'obbligazione nel bene dovuto.⁷⁴

che un atto sia oggetto di una signoria?» Secondo il Brinz l'obbligazione non riguarda affatto la volontà della persona obbligata in quanto questa volontà sfuggiva al diritto.

⁷² BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, op. cit., 16 ss. PACCHIONI G., *Appendice alla traduzione del Savigny*, op. cit., 504, riporta le riflessioni del Brinz secondo cui «quando si dice che la persona è obbligata non si vuole tanto esprimere che da questa persona si attende la prestazione a cui è tenuta, quanto piuttosto che essa è l'oggetto sul quale il creditore potrà rifarsi ove la prestazione non avvenga». L'oggetto dell'obbligazione venne individuato nella persona patrimoniale del creditore. V. anche POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 1915, 77, il quale ha messo in evidenza che a seguito del riconoscimento che «*nemo cogi potest ad factum*» si è cercato di spostare l'essenza dell'obbligazione e si è rinvenuta nella responsabilità patrimoniale. ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op., cit., 677 ss.

⁷³ BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, ibidem. Per gli ulteriori sviluppi del pensiero del Brinz v. *infra* par. 2.1.

⁷⁴ Con riferimento al problema dell'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione si affermarono due diverse teorie. Secondo le c.d. teorie personali (o del comportamento dovuto) l'oggetto dell'obbligazione è il comportamento del debitore e cioè la prestazione dovuta. Stando a questa impostazione il diritto del creditore si dirige verso un suo comportamento. Tra i principali esponenti delle teorie personali v. già WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, II, trad. it. Fadda - Bensa, Unione tipografico-editrice, Torino, 1904, 8, secondo cui per oggetto del diritto di credito si intende l'atto, al quale il credito obbliga il debitore. Tuttavia l'autore avvisava che l'obbligazione tende non al fatto del debitore come tale, bensì al fatto del debitore con riguardo al risultato da prodursi mediante lo stesso (v. pag. 327). V. anche BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 69: «Parrà superfluo rilevare a tale riguardo che il creditore ha solo un'aspettativa alla prestazione, non un diritto sulla persona del debitore; cioè ha diritto solo a un suo speciale contegno (la prestazione) che è necessario per conseguire

L'essenza del diritto del creditore venne così a coincidere con il suo potere di aggredire forzatamente il patrimonio del debitore al fine di conseguire quanto dovuto, sicché il vero oggetto del diritto di credito fu identificato nel patrimonio del debitore.⁷⁵

Fu proprio nell'ambito di questa impostazione che parte della dottrina maturò l'idea che la responsabilità patrimoniale fosse un elemento costitutivo dell'obbligazione, al punto da diventare il fulcro del rapporto obbligatorio,

l'utilità desiderata». Fautore delle teorie personale è anche RESCIGNO P., voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 143, che descrive l'obbligazione dal punto di vista del debitore come un dover prestare, «e cioè di tener il comportamento dedotto nel vincolo», dal lato del creditore come il potere di pretendere. Egli concepisce dunque il diritto di credito come un diritto ad un'attività del debitore. V. anche GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 213, secondo cui il diritto del creditore si dirige verso il comportamento del debitore. Alle teorie personali si contrapponevano le teorie patrimoniali, che identificano l'oggetto della prestazione nel bene dovuto. A fondamento di ciò esse richiamano da un lato l'incoercibilità del comportamento del debitore; dall'altro gli istituti dell'adempimento del terzo e dell'esecuzione in forma specifica, che dimostrerebbero l'indifferenza del nostro sistema normativo per la condotta del debitore e la circostanza che essa sia effettivamente osservata. I fautori delle teorie patrimoniali giustificano in questi termini la nozione di rapporto obbligatorio costruita intorno al bene dovuto raggiungibile dal creditore indipendentemente dalla volontà del debitore. Tra i principali esponenti di questa impostazione v. Betti E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 133 ss.; CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 525 ss.; NICOLÒ R., voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 1021 ss. Per la ricostruzione del dibattito tra teorie personali e teorie patrimoniali v. GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 237 ss.; BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 36 ss.; DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 99 ss.

⁷⁵ V. PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni*, op. cit., 16 ss., che sottolineava come l'unico vero potere del creditore fosse quello di attuare l'esecuzione forzata. Già WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, op. cit., 55 ss., avvisava che l'essenza del debito consisteva sì nella pretesa del creditore verso il debitore, ma che la portata del diritto comprendeva, in caso di inadempimento, anche il diritto di invocare il giudice per il soddisfacimento coattivo del creditore stesso. POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, op. cit., 77 ss., rappresenta l'obbligazione come un vincolo fra due patrimoni piuttosto che tra due volontà. SATTA S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 25 che giunse addirittura ad affermare che il risarcimento era una componente essenziale dell'obbligazione. V. anche BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 59 ss.; BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione*, op. cit., 158 ss. Ha messo in evidenza le ragioni del successo di questa impostazione GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 158: queste sono da un lato «l'inafferrabilità di un momento della vita dell'obbligazione in cui il creditore abbia una signoria sull'attività del debitore», dall'altro il fatto che «l'interesse del creditore è assicurato anche attraverso attività diverse dall'adempimento del debitore» (esecuzione forzata; adempimento del terzo).

concepito come sintesi di due distinti elementi, ovvero il debito e la responsabilità.⁷⁶

La c.d. teoria del debito e della responsabilità fu accolta con grande entusiasmo da parte di coloro i quali le attribuirono il merito di aver gettato «una nuova luce» sul concetto stesso di obbligazione, ma fu altrettanto osteggiata da chi negava l'appartenenza della responsabilità patrimoniale al diritto sostanziale.⁷⁷

Invero, il dibattito sviluppatosi a proposito della collocazione della responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione si è articolato principalmente attraverso tre orientamenti, ciascuno dei quali caratterizzato a sua volta da diverse sfumature. Alla teoria del debito e della responsabilità si sono contrapposte dall'un lato le teorie che hanno affermato l'estraneità della responsabilità patrimoniale alla struttura del rapporto obbligatorio in ragione della sua natura processuale, dall'altro lato quelle che, pur riconoscendone il carattere sostanziale, hanno descritto il suo rapporto con l'obbligazione in termini di strumentalità.⁷⁸

⁷⁶ GANGI C., *Il debito e la responsabilità, le obbligazioni naturali*, in *Scritti giuridici vari*, Cedam, Padova, 1933, 317 «l'essenza dell'obbligazione non sta nell'obbligo del debitore di eseguire la prestazione, ma nel diritto del creditore di agire coattivamente contro di lui, e in particolare di aggredire il suo patrimonio, in caso di inadempimento della prestazione stessa». V. anche CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 232. MIRAGLIA C., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 1 ha criticato l'idea che per arrivare all'esatto inquadramento della responsabilità patrimoniale del debitore si debba muovere dal problema della struttura dell'obbligazione ed in particolare della definizione del concetto di prestazione «perché si corre il rischio di interpretazioni strumentali a visioni preordinate e di irrigidimenti della sistematica dell'istituto in schemi formalistici e distorsivi». Secondo l'autrice ai fini dell'inquadramento della responsabilità patrimoniale la preliminare opzione tra le teorie personali e quelle patrimoniali si rivela superflua in quanto essa non è posta a presidio dell'interesse primario del creditore, «non essendo idonea, per i suoi contenuti normativi, ad esplicitare tale funzione». Per la teoria del debito e della responsabilità v. approfonditamente *infra* par. 2.1.

⁷⁷ In questi termini a proposito della tesi del Brinz si espresse PACCHIONI G., *Appendice alla traduzione del Savigny*, op. cit., 494. In termini favorevoli v. anche GANGI C., *Il debito e la responsabilità, le obbligazioni naturali*, op. cit., 1 ss. *Contra* CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 525 ss. V. approfonditamente *infra* par. 2.1

⁷⁸ Tra i maggiori sostenitori della responsabilità patrimoniale quale elemento costitutivo dell'obbligazione si ricordano innanzitutto GANGI C., *Il debito e la responsabilità, le obbligazioni naturali*, op. cit., 1 ss; PACCHIONI G., *Appendice alla traduzione del Savigny*, op. cit., 494 ss.; BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 28 ss. Con riferimento alla natura processuale della responsabilità patrimoniale v. CARNELUTTI F., *Appunti sulle*

Le vicende che precedettero la definitiva sistemazione della responsabilità patrimoniale nel nostro Codice civile dimostrano non solo che il tema della sua collocazione, rispetto alla struttura dell'obbligazione, era particolarmente sentito dai codificatori, ma anche che essi non sfuggirono all'influenza della teoria del debito e della responsabilità.⁷⁹

Nella sua prima stesura il Progetto preliminare del Codice civile conteneva, all'art. 1, la definizione dell'obbligazione, a cui faceva seguito, all'art. 2, una disposizione analoga all'attuale art. 2740 c.c., che poneva la responsabilità patrimoniale in «una posizione definitoria rispetto alla disciplina dell'obbligazione».⁸⁰

La definitiva sistemazione della norma sulla responsabilità patrimoniale nel libro VI fa pensare che il legislatore abbia finito coll'abbandonare il favore per la teoria del debito e della responsabilità, e abbia ritenuto che la responsabilità patrimoniale non facesse parte della struttura dell'obbligazione.⁸¹

obbligazioni, op. cit., 525 ss. e in termini parzialmente diversi anche NICOLO R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 1 ss. e con riferimento alla strumentalità della responsabilità v. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, op. cit., 155 ss.; BRECCIA U., *Le obbligazioni*, op. cit., 68 ss.; BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 26

⁷⁹ Con riferimento alle vicende che precedettero la definitiva formulazione dell'art. 2740 c.c. v. BONILINI G., *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice del 1865 al codice del 1942)*, Bologna, 1980, 168 ss. secondo cui il libro VI «fu progettato e messo in cantiere quasi *in extremis*». V. anche MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione trust e responsabilità del debitore*, op. cit., 52 ss., che illustra dettagliatamente le varie fasi che hanno interessato la formulazione della disciplina della responsabilità patrimoniale. L'autore da conto di come nel 1940 maturò per la prima volta nei codificatori l'idea di un nuovo libro V del Codice civile (il futuro libro VI, della tutela dei diritti), in cui si pensò di riunire alcuni istituti di portata generale e tutti finalizzati alla tutela e realizzazione dei diritti soggettivi».

⁸⁰ L'espressione tra virgolette è di BRECCIA U., *Le obbligazioni*, op. cit., 69, il quale sottolinea che l'art. 2 del Progetto preliminare del codice civile testimoniava il successo della teoria del Brinz, ma anche che «si trattava in realtà di una delle ultime propagazioni di un pensiero ormai declinante».

⁸¹ NICOLO R., *Della responsabilità patrimoniale...*, op. cit., 9; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione...*, op. cit., 57, nota 123: «la scelta di rigettare la richiesta dell'Università di Ferrara di collocare le norme sulla responsabilità patrimoniale del debitore nella parte generale delle obbligazioni, e soprattutto, le motivazioni espresse a sostegno rivelano la propensione del legislatore italiano verso la tesi che considerava la responsabilità patrimoniale un momento estrinseco del rapporto obbligatorio». L'autore si richiama inoltre alla relazione che accompagnava il Progetto di Gaetano del 1939, secondo cui le disposizioni disciplinanti la responsabilità patrimoniale «mirano non tanto a determinare la nozione di rapporto di credito e a regolare gli effetti che esso produce tra le persone degli obbligati, quanto ad assicurare l'esecuzione coattiva sui beni medesimi». V. anche ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 488, il quale sottolinea che il fatto che il legislatore abbia potuto

Con l'entrata in vigore del codice del 1942, dunque, i dubbi inerenti alla collocazione della responsabilità patrimoniale sembrano essere stati superati.

Ciò nonostante si cercherà di ripercorrere, seppur brevemente, il percorso che ha portato a considerare la responsabilità patrimoniale un elemento esterno all'obbligazione, al fine di mettere in luce quale sia il rapporto tra esse intercorrente.

2.1. - La teoria del debito e della responsabilità e le sue implicazioni.

L'idea che il debito e la responsabilità costituirebbero entrambi elementi strutturali dell'obbligazione risale all'antica letteratura tedesca.⁸²

Il primo fautore della teoria del debito e della responsabilità fu il Brinz, che distinse all'interno della struttura dell'obbligazione l'elemento del debito da quello della responsabilità, ammettendo inoltre che le due entità potevano essere separate tanto sul piano concettuale, quanto su quello pratico. Per il Brinz il semplice dovere di prestazione non esauriva il rapporto obbligatorio che, al contrario, era innanzitutto "rispondenza".⁸³

ipotizzare una collocazione della norma sulla responsabilità patrimoniale entro il libro delle obbligazioni autorizza a pensare che non gli fosse del tutto estranea la teoria che il debito e la responsabilità e che essi fossero entrambi elementi della struttura dell'obbligazione. «Per converso, la sistemazione della norma nel diverso luogo che oggi le è proprio muove piuttosto a concludere che a quella idea dottrinale il legislatore abbia infine rifiutato il suo avallo». DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, 11, ritiene che l'art. 2740 c.c. sia stato opportunamente collocato dal legislatore nel libro VI in cui si collocano gli istituti destinati alla tutela dei diritti.

⁸² BRINZ A., *Der Begriff obligatio*, in *Grünhuts Zeitschrifts für das Privat und öffentliches Recht der Genwart*, Vol. I, 1874. Dello stesso autore v. anche *Lehrbuch der Pandekten*, op. cit., 8 ss. Tra gli esponenti della teoria del debito e della responsabilità si collocano anche AMIRA K., *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, Lipsia, 1882; GIERKE VON O., *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, op. cit., 8 ss.; SCHREIBER O., *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, op. cit., 179 ss.

⁸³ BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, op. cit., 8. V. anche dello stesso autore *Der Begriff obligatio*, 30 ss. Per il Brinz l'obbligazione costituiva un rapporto diretto tra il creditore e la persona patrimoniale dell'obbligato e il diritto del creditore non era in realtà il diritto alla prestazione, bensì il diritto di agire coattivamente sul patrimonio del debitore. Nella

L'elaborazione del Brinz fu recuperata e rivisitata dall'Amira, che riconobbe nel debito e nella responsabilità due elementi di pari importanza, pur sempre distinti e indipendenti, coesistenti all'interno della struttura dell'obbligazione.⁸⁴

La dottrina tedesca successiva continuò nell'opera di "scomposizione" della struttura del rapporto obbligatorio, spingendosi ad affermare che di per sé il rapporto di debito non dava al creditore il potere di costringere il debitore ad

costruzione del Brinz la coazione mirava dunque a realizzare la *Haftung*, mentre il concetto di *debitum* veniva lasciato in ombra. In senso critico rispetto alla costruzione del Brinz in quanto in essa il concetto di *debitum* veniva in considerazione «solo in quanto occorra per mettere in via di contrapposto in evidenza il concetto dell'obbligazione» è PACCHIONI G., *Appendice alla tradizione del Savigny*, op. cit., 507. Il pensiero del Brinz è stato dettagliatamente riportato e analizzato dal GANGI C., *Il debito e la responsabilità, le obbligazioni naturali*, op. cit., 1 ss. Al riguardo v. anche COVIELLO L., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1931, 5 ss., il quale nel ricostruire il pensiero del Brinz osserva che il dovere di prestazione entrava nel rapporto obbligatorio in via subordinata, «in quanto il debitore può col prestare liberarsi della *Haftung*; ma d'altro canto egli non ha da prestare se preferisce l'esecuzione (realizzazione della *Haftung*)». Anche il Coviello criticava in parte la ricostruzione del Brinz, nel senso che la dottrina dello *Schuld* e *Haftung* in lui «non è ancora sviluppata, è ancora allo stato che potremmo definire rudimentale; poiché egli pone in risalto nella obbligazione l'elemento patrimoniale, l'*Haftung*».

⁸⁴ AMIRA K.V., *Nordgermanisches Obligationenrecht*, op. cit., 40 ss. Per l'Amira non era concepibile l'esistenza di una obbligazione senza che esistesse un debito, in quanto il debito era la causa in base a cui il diritto teneva obbligata una persona libera o una cosa (*die Schuld ist der Beweggrund aus welchen das objective Recht einen freien Menschen oder eine Sache hafthen macht*). Anche il pensiero dell'Amira è stato approfonditamente analizzato da PACCHIONI G., *Appendice alla tradizione del Savigny*, op. cit., 509 ss. All'Amira egli attribuì il merito di aver messo in luce, attraverso i suoi studi sulle fonti dell'antico diritto germanico, i due elementi costitutivi del rapporto obbligatorio, concepiti non già in posizione di subordinazione del *debitum* rispetto all'*obligatio*, bensì entrambi costitutivi ed essenziali dell'obbligazione vera e propria. Pacchioni dava inoltre conto del pensiero del Puntchart, il quale affermò la diversità dei concetti di debito e responsabilità nelle fonti del diritto sassone e medioevale. Il Puntchart sosteneva che in tali fonti la distinzione tra debito e responsabilità doveva cogliersi innanzitutto sotto il profilo formale, in quanto per il sorgere del *debitum* era sufficiente una semplice convenzione, mentre per la nascita dell'*obligatio* occorreva un negozio giuridico solenne. Per la ricostruzione del pensiero dell'Amira v. anche COVIELLO L., *L'obbligazione negativa*, op. cit., 7; GANGI C., *Il debito e la responsabilità, le obbligazioni naturali*, op. cit., 5, il quale ricordava anche che agli studi storici condotti dal Brinz a proposito dell'obbligazione romana e a quelli condotti dall'Amira sulle fonti dell'antico diritto germanico, seguirono quelli del Puntchart a proposito delle fonti del diritto sassone medioevale e quelli del Gierke sulle fonti di tutti i diritti germanici nell'epoca franca, tutti tesi a dimostrare che la distinzione tra *Schuld* e *Haftung* fosse saldamente fondata.

adempiere: affinché il creditore avesse questo potere era necessario che accanto al rapporto di debito sussistesse il rapporto di responsabilità.⁸⁵

I risultati cui giunse l'elaborazione tedesca furono accolti con grande favore da parte di numerosi esponenti della dottrina italiana, che s'ispirarono ad essi per la messa a punto di un concetto di obbligazione che comprendesse al suo interno, accanto al debito, l'elemento della responsabilità.⁸⁶

⁸⁵ GIERKE VON O., *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, op. cit., 8 ss. Gierke concepiva il debito come un rapporto giuridico bilaterale, consistente da un lato nel dover prestare (*Leistensollen*), dall'altro nel dover ricevere (*Bekommensollen*) e sosteneva che il rapporto di debito si esauriva nel concetto di dovere. Era soltanto il diverso rapporto di responsabilità che permetteva al creditore di costringere il debitore ad adempiere il suo dovere. Inoltre, egli ammetteva che se normalmente il rapporto di debito e quello di responsabilità coesistevano, rimanevano comunque elementi indipendenti che potevano sussistere l'uno in assenza dell'altro. Favorevole alla visione di Gierke del debito quale rapporto giuridico bilaterale è GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 265 ss.

Si ricorda che nel diritto tedesco si svilupparono diverse specie di responsabilità, ovvero la *Personenhaftung* (responsabilità personale, che dava il diritto di agire sulla persona del creditore); la *Vermögenshaftung* (responsabilità patrimoniale), che dava la possibilità di aggredire il patrimonio del debitore e la *Sachhaftung* (responsabilità da cosa), che assoggettava una determinata cosa e solo essa all'azione esecutiva del creditore. Scomparsa la *Personenhaftung* quale diritto di agire sulla persona del debitore, si continuò a utilizzare tale espressione nel senso di responsabilità della persona patrimoniale del debitore. Sul punto v. GANGI C., *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1916, 254 ss. (spec. 265) che prediligeva l'espressione "responsabilità personale" in quanto, a suo dire, il creditore arrivava a colpire il patrimonio del debitore indirettamente, passando cioè attraverso la persona del debitore. Secondo Gangi il creditore non aveva, dunque, un vero e proprio diritto di soddisfacimento sul patrimonio, ma solo un potere contro la persona del debitore per costringerlo all'adempimento.

Tra i principali esponenti della dottrina tedesca di *Schuld und Haftung* v. anche SCHREIBER O., *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, op. cit., 179 ss. (spec. 188 ss.), il quale afferma che il dovere di prestare del debitore basato sulla responsabilità non fosse proprio né del debito né della responsabilità, ma fosse piuttosto un nuovo elemento frutto del loro collegamento che egli chiamava "*Schuldpflicht*": «*Die Pflichtauferlegung ist demnach weder der Schuld noch der Haftung eigentümlich, sondern tritt als neues Element ihrer Verbindung in der Regel hinzu; sie mag zweckmäßigerweise mit dem technischen Ausdruck "schuldpflicht" bezeichnet werden*». Per una dettagliata ricostruzione del pensiero di Gierke e di Schreiber v. GANGI C., *Il debito e la responsabilità, le obbligazioni naturali*, op. cit., 82 ss. e 123 ss.; PACCHIONI G., *Appendice alla tradizione del Savigny*, op. cit., 518 ss.

⁸⁶ PELLEGRINI F., voce *Responsabilità*, in *Nuovo Dig. It.*, Vol. XIX, Torino, 1939, 439, nota 2, affermava che il termine responsabilità era utilizzato per distinguere e designare il lato attivo dell'obbligazione civile perfetta (*Haftung*), in contrapposto al lato passivo (*Schuld*). Tra i principali esponenti della dottrina italiana che si mostrarono favorevoli alla teoria del debito e della responsabilità si ricordano: PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni.*, op. cit., 6 ss.; dello stesso autore v. anche *Appendice alla tradizione del Savigny*, op. cit., 518 ss.; SCHUPFER F., *Il debito e la sua responsabilità. Brevi parole per svegliare i dormienti*, Roma, 1915, 1 ss.; GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 8 ss.; dello stesso autore v. anche *Il debito e la*

Il fondamento normativo implicito dell'appartenenza della responsabilità patrimoniale alla struttura dell'obbligazione fu ravvisato da alcuni nei §§ 241 e 242 del BGB e si ritenne che questa costruzione non riguardasse solo il diritto tedesco, ma fosse pienamente compatibile anche con il concetto di obbligazione accolto dal nostro ordinamento.⁸⁷

All'interno della struttura dell'obbligazione gli elementi del debito e della responsabilità avrebbero dato origine a due rapporti distinti, e cioè al rapporto di puro debito e al rapporto di rispondenza.⁸⁸ Il primo si sostanziava, dal lato passivo nel dovere giuridico del debitore di eseguire la prestazione, mentre dal lato attivo nella semplice aspettativa del creditore di riceverla. Il secondo si concretava, invece, dal lato passivo nello stato di assoggettamento del patrimonio del debitore all'azione esecutiva e, dal lato attivo, nel diritto del creditore di far valere tale assoggettamento.⁸⁹

responsabilità, le obbligazioni naturali, op. cit., 1 ss.; *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, op. cit., 255 ss.; *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 521 ss.; BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 28 ss.; dello stesso autore v. anche *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 137 ss.; BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 99 ss.; MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 70 ss.; CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 10 ss.; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5 ss.; BRUNETTI G., *Il diritto del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 137 ss.; PEROZZI S., *La distinzione tra debito e obbligazione*, in *Riv. dir., comm.*, 1917, 748 ss.; ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op., cit., 677 ss.; PALUMBO F., *La concessione dell'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teorica del debito e della responsabilità*, Cedam, Padova, 1937.

⁸⁷ GANGI, C., *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, op. cit., 259. Richiamandosi ai §§ 241 e 242 del BGB, che sanciscono, il primo che il debitore è tenuto a soddisfare gli obblighi di prestazione, il secondo che il debitore è obbligato a eseguire la prestazione secondo buona fede, Gangi ha affermato che «poiché in tanto il creditore può esigere dal debitore una prestazione e quest'ultimo è obbligato ad effettuarla, in quanto qualora il debitore non la effettui volontariamente, il creditore ha il potere di costringervelo» si poteva dire che «nei §§ 241 e 242 si trovano insieme congiunti gli elementi del debito e della responsabilità». Dello stesso autore si veda anche *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, op. cit., 524, ove ha affermato che essendo il concetto di obbligazione accolto dal nostro ordinamento identico a quello tedesco e visti gli artt. 1948 e 1949, anche in esso erano fusi l'elemento del debito e della responsabilità.

⁸⁸ PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni.*, op. cit., 16 ss.; BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 129; V. anche GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 22 ss.; ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op., cit., 682 ss.; PALUMBO F., *La concessione dell'ipoteca da parte del terzo*, op. cit., 15 ss.

⁸⁹ Questa concezione è propria di PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni.*, op. cit., 16 ss., secondo cui la vera obbligazione era composta di due elementi,

Di conseguenza, si ritenne che il vero e proprio diritto del creditore fosse il termine correlativo della responsabilità, e non già del puro debito.⁹⁰

Anche per la nostra dottrina, dunque, il rapporto obbligatorio divenne il frutto dell'unione di due distinti elementi, tanto è vero che l'obbligazione fu definita «un rapporto giuridico patrimoniale fra due persone, in forza del quale l'una è responsabile di fronte all'altra per un determinato evento che, di regola, è a lei dovuto».⁹¹

che davano entrambi luogo a due distinti rapporti e due coppie di termini correlativi. Il rapporto di debito si componeva appunto del dovere del debitore, identificato in un semplice stato di pressione psicologica derivante dall'esistenza della norma giuridica che gli impone di eseguire la prestazione, e della legittima aspettativa del creditore, che secondo il Pacchioni non era altro che «uno stato di fiducia giuridica, nel quale essa si trova, di ricevere una data prestazione, per il solo fatto di essere tale prestazione giuridicamente dovuta». Il rapporto di puro debito era secondo Pacchioni un rapporto privo di ogni sanzione e garanzia, sicché egli riteneva che la prestazione che ne era oggetto doveva essere eseguita in quanto giuridicamente dovuta, ma se ciò non fosse accaduto questo rapporto non dava al creditore alcun diritto di eseguirla coattivamente. Hanno accolto questa impostazione: GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 22 ss., il quale affermava che l'essenza dell'obbligazione si coglieva solo accettando la distinzione del debito dalla responsabilità; BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 139, il quale riteneva che nel concetto di obbligazione da lui definito si distinguevano due momenti: nel primo momento l'obbligazione si presentava dalla parte passiva quale debito, ovvero quale dovere di prestazione, mentre dalla parte attiva quale credito, ovvero quale aspettativa di prestazione. Nel secondo momento l'obbligazione si presentava dal lato passivo quale responsabilità, dal lato attivo quale diritto di garanzia del credito, che Betti chiamava aspettativa di soddisfazione.

⁹⁰ PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni*, op. cit., 14, affermava che attraverso l'espressione «diritto alla prestazione» si indicavano due cose diverse e distinte: «l'aspettativa del creditore di essere spontaneamente soddisfatto dal debitore (aspettativa che solo impropriamente può essere chiamata diritto, giacché la prestazione è sempre incoercibile); e il solo vero diritto che spetta al creditore, il diritto che cioè egli, delusa quella sua aspettativa, può effettivamente esercitare sul patrimonio del debitore».

⁹¹ BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 139. V. anche GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 22 ss., secondo cui l'essenza del rapporto obbligatorio era rappresentata, dal lato passivo, dall'obbligo giuridico del debitore di eseguire una prestazione e dal suo assoggettamento al potere del creditore, dal lato attivo, dal diritto del creditore alla prestazione e dal suo potere di costringere il debitore all'adempimento. In un altro suo scritto *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, op. cit., 546, Gangi sosteneva che la responsabilità patrimoniale faceva parte della struttura dell'obbligazione in quanto nel potere di esigere la prestazione era insito il potere di costringere il debitore all'adempimento se egli non vi avesse provveduto. Ecco perché il diritto del creditore alla prestazione implicava necessariamente il potere di costringere il debitore all'adempimento e di agire in via esecutiva. La responsabilità era dunque «il modo in cui la coercibilità si manifesta nell'obbligazione». MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 73, il quale spiegava che la responsabilità patrimoniale faceva parte della struttura dell'obbligazione in quanto essa si riferiva all'inadempimento, il quale era un concetto perfettamente simmetrico a quello di adempimento: «connettere la responsabilità patrimoniale all'inadempimento non serve punto a staccarla dall'adempimento, ma al contrario ancor di più

In ragione della presunta indipendenza tra gli elementi del debito e della responsabilità, la tesi in esame fu sviluppata nel senso che, se normalmente l'obbligazione era frutto della loro compresenza, essi non solo potevano essere concettualmente distinti, ma potevano anche sussistere l'uno in assenza dell'altro: vi sarebbero, dunque, ipotesi di debito senza responsabilità e, viceversa, di responsabilità senza debito.⁹²

ve la annoda. (..) Le due nozioni di adempimento e di inadempimento non sono autonome, ma relative e complementari al concetto di obbligazione (..) Ancor più emerge allora l'inconsistenza della responsabilità patrimoniale, poiché affermare che essa si connette all'inadempimento, di cui costituirebbe una conseguenza, significa affermarne l'intima connessione non solo con l'inadempimento, ma anche e doppiamente con l'obbligazione stessa (..) Il vero è che la fase dell'inadempimento, per quanto patologica abbia a considerarsi, ed i rimedi ad essa apprestati appartengono alla sostanza e alla struttura del rapporto obbligatorio, siccome vi appartiene la fase della spontanea obbedienza al dovere». Anche RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5 ss., vedeva nella responsabilità patrimoniale una tutela giuridica intrinseca al diritto di credito. BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 102, il quale affermava che la responsabilità patrimoniale faceva parte della struttura dell'obbligazione in quanto contribuiva a rendere perfetto il rapporto obbligatorio: «appunto perciò il substrato basilare dell'azione esecutiva sui beni del debitore rientra nel diritto sostanziale. Vi rientra proprio come aspettativa tutelate del creditore per l'ipotesi di futuro inadempimento». ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op., cit., 682, il quale affermava che l'esigenza di ammettere che la responsabilità patrimoniale faceva parte della struttura dell'obbligazione nasceva dal fatto che l'obbligazione non era direttamente coercibile.

⁹² Tra gli esponenti della dottrina italiana che hanno accolto la distinzione tra debito e responsabilità e l'idea che i due elementi potevano sussistere l'uno in assenza dell'altro si ricordano: PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni*, op. cit., 9 ss.; BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 85 ss.; ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op., cit., 682 ss.; GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 33 ss. e in *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, op. cit., 262, dove Gangi si è richiamato ancora una volta ai §§ 241-242 del BGB al fine di individuare il fondamento normativo della distinzione concettuale tra debito e responsabilità: posto che il rapporto di debito ivi contemplato «risulta del dovere giuridico del debitore di eseguire la prestazione, garantito dalla responsabilità di lui (..) non si riesce a vedere che cosa si opponga alla distinzione concettuale dei due elementi (..) E' vero che l'obbligo giuridico di prestare implica necessariamente la responsabilità, ma ciò non vuol punto dire che l'obbligo giuridico di prestare si confonde con la responsabilità». Al riguardo v. anche PALUMBO F., *La concessione dell'ipoteca da parte del terzo*, op. cit., 15 ss., che ha rinvenuto il fondamento normativo della distinzione tra debito e responsabilità nell'art. 1948 del Codice civile. Questa disposizione avrebbe infatti distinto la responsabilità per debito proprio (poiché si riferisce alle ipotesi in cui taluno si sia obbligato personalmente) dalla responsabilità per debito altrui «in cui vi è obbligazione, ma solo per l'elemento della garanzia o rispondenza, non anche per il debito». Favorevoli alla distinzione tra debito e responsabilità, pur attribuendo alla responsabilità patrimoniale un posto diverso da quello di elemento strutturale dell'obbligazione, sono CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 226 ss.; CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 549; LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 314.

Un primo segno della fragilità di questa impostazione si rinviene nelle sue stesse premesse, in quanto i suoi fautori furono costretti a prendere atto che il puro debito era qualcosa di diverso dal debito così come veniva normalmente inteso e ne elaborarono diverse nozioni a seconda che esso si accompagnasse o meno alla responsabilità.

Si distinse così il debito in senso stretto, inteso quale dovere giuridico di eseguire la prestazione, sfornito di sanzione per l'inadempimento, la cui giuridicità sarebbe derivata dal semplice fatto che tale dovere era riconosciuto e regolato dal diritto, dal debito in senso ampio, inteso quale obbligo giuridico di eseguire la prestazione, che era tale poiché garantito dalla responsabilità.⁹³

Ciò posto, a conferma della predetta distinzione, la dottrina enucleò alcuni casi eccezionali di discrepanza tra il debito e la responsabilità.⁹⁴

⁹³ GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 22 ss., che distingueva, in realtà, tre tipologie di debito: quella di debito in senso largo, che era l'intero rapporto obbligatorio (comprensivo il debito e la responsabilità), quella di debito in senso stretto, ovvero l'obbligo giuridico di eseguire la prestazione distinto dalla responsabilità per inadempimento, e infine quella del debito inteso in senso ancora più stretto, che era appunto il semplice dovere di eseguire la prestazione sfornito di sanzione per l'inadempimento, a fronte del quale non corrispondeva alcun diritto del creditore ma una mera aspettativa di adempimento della prestazione. Sempre Gangi nel suo scritto *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, op. cit., 272, chiariva che l'obbligo giuridico di prestare era una figura giuridica nuova, frutto della congiunzione del debito con la responsabilità. Di quest'idea era anche BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 129 ss., il quale distingueva una figura di debito «anormale» che egli identificava nel debito semplicemente pagabile, ma non anche esigibile, in quanto «non importa una responsabilità ad esso organicamente congiunta» e una figura normale, che egli identificava nel debito pagabile ed esigibile, «in quanto ha concomitante una responsabilità ad esso organicamente congiunta». Secondo Betti nel momento in cui questa figura di debito diventava in concreto esigibile, dava luogo ad una nuova figura giuridica, a cui egli diede il nome di obbligo di prestazione. In senso critico nei confronti della distinzione del debito in senso ampio dal debito in senso stretto v. SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 15, il quale rileva che «si giunse a costruzioni non giustificate da alcuna regola positiva ed in definitiva puramente autoreferenziali (..) per affermare che anche le obbligazioni naturali, consistendo in un debito fondato su ragioni morali, sarebbero pur sempre obbligazioni in quanto riconducibili alla nozione di debito in senso stretto».

⁹⁴ Oltre ai casi concreti di discrepanza tra il debito e la responsabilità, la dottrina individuò tutta una serie di argomentazioni che dimostrerebbero l'assoluta indipendenza delle due figure. Secondo PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni*, op. cit., 12 ss., la scissione del debito dalla responsabilità sarebbe confermata già dalle fonti di diritto romano. Recentemente questa considerazione è stata recuperata da FERCIA R., *L'obbligazione naturale*, op. cit., 219. Altre ragioni a conferma dell'indipendenza tra debito e responsabilità furono individuate da GANGI C., *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, op. cit., 263, nel fatto che le due figure differivano principalmente per contenuto, in quanto il debito aveva ad

L'unico esempio nel quale si poteva ravvisare la figura del debito privo della responsabilità fu individuato nell'obbligazione naturale. Le obbligazioni naturali non sarebbero altro che un'ipotesi di puro debito, nel senso che in esse vi sarebbe un debito pagabile ma non anche esigibile, la cui giuridicità deriverebbe semplicemente dal fatto che il diritto ne riconosce l'esistenza.⁹⁵

Le obbligazioni naturali furono così definite una «obbligazione giuridica incompleta» o imperfetta, in quanto comprensive del solo debito in senso stretto, ma pur sempre appartenenti al mondo giuridico.⁹⁶

oggetto l'adempimento della prestazione mentre la responsabilità il dover rispondere col proprio patrimonio, nonché per estensione, in quanto la responsabilità poteva essere oggettivamente limitata. Negli stessi termini v. anche LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 313.

⁹⁵ Già BRIZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, op. cit., 28, secondo cui le obbligazioni naturali erano il tipico esempio di obbligazione che non portava con sé né *actio* né *condamnatio*; SCHREIBER O.V., *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, op. cit., 94 ss. V. anche PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni.*, op. cit., 25 ss., dove riconosceva al puro debito natura giuridica, in ragione del fatto che ai fini della giuridicità non era necessario che il dovere sia anche sanzionato, essendo sufficiente la sua imposizione dall'autorità statale e sociale. BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 128 ss., secondo cui le obbligazioni naturali erano appunto un debito pagabile, la cui giuridicità era data dal suo essere rilevante per il diritto nel senso che «è sanzionato *ex postfacto* da un imperativo di diritto (p. es. il divieto della ripetizione)». Ancora, a suo dire, le obbligazioni naturali importavano una semplice aspettativa di prestazione, ma non anche di soddisfazione (spec. pag. 35): in esse «come sussiste un debito, così sussiste anche, quale *titulus adquirendi* che esclude la ripetizione del pagato, una corrispondente aspettativa di prestazione; ma non sussiste una pretesa di adempimento perché il debito è inesigibile in senso assoluto». GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 33 ss., affermava che nelle obbligazioni naturali vi era il debito in senso stretto, in quanto il debitore aveva il dovere giuridico di eseguire la prestazione. La giuridicità delle obbligazioni naturali sarebbe stata dimostrata dal fatto che la legge considerava il pagamento del debitore un vero e proprio adempimento in quanto ne escludeva la ripetizione, sicché il dovere del debitore era considerato un dovere giuridico. V. anche LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 325, che al caso delle obbligazioni naturali aggiungeva anche l'ipotesi del debitore privo di beni assoggettabili all'esecuzione forzata, ovvero il caso «dell'insolvenza del debitore per inesistenza o impignorabilità di beni responsabili».

⁹⁶ GANGI C., *Il debito e la sua responsabilità...*, op. cit., 294. A proposito del carattere giuridico imperfetto delle obbligazioni naturali v. anche PALUMBO F., *La concessione dell'ipoteca da parte del terzo.*, op. cit., 18. Di recente ha recuperato la distinzione tra debito e responsabilità in relazione al tema delle obbligazioni naturali FERCIA R., *L'obbligazione naturale*, op. cit., 193, secondo cui «l'obbligazione naturale sarebbe un debito "al buio" e, quindi, "senza ombra": pur sempre, però, un debito, la cui esistenza è il presupposto (a questo punto giuridico) che consente di ritenere sussistente, prima dell'adempimento, quanto meno una (mera aspettativa)». In altre parole, a suo dire, ammettendo la distinzione tra debito e responsabilità, è possibile riconoscere che le obbligazioni naturali rientrano in una categoria assai ampia di obbligazione, che comprende al suo interno le obbligazioni coercibili e le obbligazioni incoercibili.

E' interessante osservare che anche chi negò l'appartenenza della responsabilità patrimoniale alla struttura del rapporto obbligatorio rinvenne proprio nella scissione tra il debito e la responsabilità la chiave per spiegare la struttura dell'obbligazione naturale, che venne costruita come un'obbligazione funzionante esclusivamente nel momento volontario, essendo invece priva del momento esecutivo, ovvero della responsabilità.⁹⁷

Gli esponenti della teoria del debito e della responsabilità furono pressoché pienamente concordi nell'affermare l'ammissibilità del debito privo della responsabilità; tuttavia essi incontrarono maggiori difficoltà ad ammettere la configurabilità della responsabilità in assenza del debito, il che permette di cogliere come tale distinzione non fosse del tutto priva di contraddizioni già per i suoi fautori.⁹⁸

⁹⁷ CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 559 ss., che riconobbe «la convenienza scientifica» di tenere distinto il debito dalla responsabilità in quanto «vi son delle obbligazioni, le quali funzionano per dritto e per rovescio, e ve ne sono altre le quali funzionano da un lato solo». In particolare Carnelutti affermò che l'obbligazione naturale era prossima alla piena inefficacia giuridica in quanto era appunto un'obbligazione senza responsabilità, «cioè non suscettiva di esecuzione», in contrapposizione all'obbligazione civile, funzionante tanto dal lato volontario, quanto dal lato esecutivo. In questi termini egli giudicava utilissima la scissione del debito dalla responsabilità, in quanto permetteva di «concepire l'essenza dell'obbligazione (giuridica) anche prescindendo dalla coazione impiegata contro il debitore inadempiente». Secondo Carnelutti (v. spec. 547 ss.) la responsabilità non era, dunque, il *minimum* necessario per la giuridicità dell'obbligazione. Al contrario, la giuridicità dell'obbligazione naturale derivava dalla *soluti retentio*, e cioè dal fatto che l'ordinamento considerava «conforme al diritto e perciò irreparabile lo stato di fatto conseguente all'adempimento volontario dell'obbligazione». Ecco perché secondo Carnelutti l'obbligazione naturale non nasceva come obbligazione giuridica, ma lo diventava per effetto dell'atto di adempimento del debitore. *Contra* BONFANTE P., *Le obbligazioni naturali e il debito di gioco*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 124, secondo cui «il dire che nell'obbligazione naturale vi è un *debitum* senza *obligatio*...non serve precisamente a nulla sotto nessun aspetto». In questo senso v. anche OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 251 ss. che criticava il pensiero di Carnelutti anche sotto un diverso profilo, e cioè per il fatto che l'obbligazione naturale da lui costruita nasceva e moriva nello stesso momento.

⁹⁸ A ben vedere l'ammissibilità del debito senza la responsabilità fu ridimensionata già da taluno degli esponenti della teoria in esame. Così, ad esempio, STROHAL E., nella sua opera *Schuldübernahme*, op. cit., 231 ss. (v. al riguardo la traduzione che ne fa il Gangi nel suo *Il debito e la responsabilità...*, op. cit., 66 ss.) sostenne che il debito in senso stretto sarebbe consistito in un dover ricevere, e non anche in un dover prestare, sicché con riferimento alle obbligazioni naturali si sarebbe potuto parlare di debito senza responsabilità solo nel senso che vi era un dover ricevere del creditore a cui non corrispondeva un dover prestare del debitore. V. anche BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 111, che ritenne ammissibile la possibilità che la responsabilità visse senza il debito, ma non anche il contrario e negò che potessero costruirsi in questi termini le obbligazioni naturali, in quanto l'assenza della coazione

Dinanzi alla possibilità prospettata da alcuni dell'esistenza della sola responsabilità, la dottrina più accorta, rilevato che la sua funzione era quella di garantire il debito, precisò che la responsabilità ne presupponeva necessariamente l'esistenza.⁹⁹ Questa stessa dottrina restrinse così i casi di responsabilità senza debito principalmente all'ipotesi di responsabilità per debito non attuale e a quella in cui il pegno o l'ipoteca fossero stati costituiti da un terzo.¹⁰⁰

avrebbe impedito di parlare di vero obbligo giuridico. RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 4 ss., secondo cui la distinzione tra debito e responsabilità non andava sopravvalutata e ammetteva che le ipotesi concrete richiamate a suo fondamento lasciavano perplessi. Ammetteva la sola distinzione concettuale dei due elementi, negando invece che essi costituissero due rapporti indipendenti COVIELLO L., *L'obbligazione negativa*, op. cit., 9.

⁹⁹ Le principali ipotesi che i sostenitori della dottrina del debito e della responsabilità addussero quali esempi di rapporti di responsabilità scissi da rapporti di debito sono quelle della fideiussione, dell'ipoteca o pegno per debito condizionato o futuro e ancora della responsabilità per fatto altrui. Al riguardo v. PACCHIONI G., *Appendice alla traduzione del Savigny*, op. cit., 518; ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op. cit., 684, secondo cui il fideiussore, il datore di pegno o di una ipoteca non erano debitori, bensì solo responsabili. BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 98, il quale ravvisava un'ipotesi in cui era presente il solo elemento personale e non anche quello coattivo nel caso di cui all'art. 1676 c.c., secondo il quale gli ausiliari dell'appaltatore avrebbero diritto a pretendere la prestazione della retribuzione solo dall'appaltatore, ma possono proporre azione diretta contro il committente. «Nessun dubbio che obbligato a pagare la retribuzione sia solamente l'appaltatore: quell'azione diretta contro il committente, perciò non è preceduta da una prima fase di dovere di prestazione rimasto inadempito». Altro esempio richiamato da Barassi è quello del pegno o dell'ipoteca vincolante i beni di un terzo, dove si realizzerebbe una «deviazione della responsabilità patrimoniale vincolante i beni di una persona a garanzia di un debito che non le appartiene». Mise in evidenza il fatto che la responsabilità presupponeva necessariamente l'esistenza del debito GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 37 ss. Questa impostazione si riviene implicitamente anche in BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 171 ss.; PALUMBO F., *La concessione dell'ipoteca da parte del terzo*, op. cit., 18 ss., il quale individuò 2 gruppi di ipotesi in cui era ravvisabile la sussistenza del solo debito, e cioè: casi di responsabilità senza debito attuale (fideiussione, pegno, ipoteca per debito futuro o sospensivamente condizionato); casi di responsabilità senza debito proprio (pegno, ipoteca del terzo, responsabilità del terzo possessore). LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 314, che parlava di responsabilità localizzata del non debitore. V. anche CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Cedam, Padova, 1927, 331 ss., il quale sulla base del presupposto del carattere meramente processuale della responsabilità, affermò che il pegno e l'ipoteca per debito altrui conferivano a chi ne fosse gravato nient'altro che una posizione processuale.

¹⁰⁰ GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 37, negò che la fideiussione fosse un'ipotesi in cui potesse ravvisarsi il solo rapporto di debito e non anche quello della responsabilità in quanto, essendo tenuto ad eseguire la medesima prestazione a cui è tenuto il debitore principale, era anche debitore. Questo rilievo fu prospettato in termini parzialmente analoghi da BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 87, il quale chiarì che il fideiussore non era un responsabile autonomo, bensì anche un debitore sussidiario, e da CARNELUTTI F., *Diritto*

Quanto alla prima ipotesi si ritenne che sarebbe stato sicuramente possibile che la responsabilità sorgesse ben prima del debito, fosse esso condizionato o futuro.¹⁰¹

Quanto alla seconda, si disse che qualora il pegno o l'ipoteca fossero stati costituiti a garanzia di un debito altrui, ci si sarebbe trovati dinnanzi ad una responsabilità senza proprio debito, o meglio ad «una responsabilità di cosa a garanzia di un debito che non è un debito del proprietario della cosa ma un debito altrui».¹⁰²

La distinzione tra debito e responsabilità fu accolta entro un'accezione parzialmente diversa anche dagli autori che affermarono la natura squisitamente processuale della responsabilità patrimoniale.¹⁰³ A questo

e processo nella teoria delle obbligazioni, op. cit., 333. Sul punto v. anche GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 181.

¹⁰¹ GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 38-45, chiarì che, una volta ammesso che la responsabilità presupponeva sempre il debito, ciò non implicava anche che il debito dovesse essere già attualmente esistente al momento del sorgere della responsabilità, e invocava a titolo esemplificativo in tal senso la fideiussione, il pegno e l'ipoteca sorti a garanzia di crediti condizionati o futuri. Gangi precisò inoltre che il debito e la responsabilità potevano anche avere una durata diversa, nel senso che la seconda sarebbe cessare prima del debito e viceversa. V. anche BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 85, che richiamava quale ipotesi dei debito senza responsabilità attuale quella del credito paralizzato da prescrizione.

¹⁰² GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 40; PALUMBO F., *La concessione dell'ipoteca da parte del terzo*, op. cit., 19, il quale precisò che si trattava di casi in cui sussisteva la sola responsabilità di cosa, o meglio di «assunzione contrattuale di responsabilità di cosa per debito altrui». BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 89, che sottolineò il carattere accessorio della responsabilità del terzo, in quanto essa si aggiungeva alla responsabilità del debitore. V. anche CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, op. cit., 337, il quale confermò che il pegno e l'ipoteca sono veramente istituti in cui si manifesta il distacco della responsabilità nel senso che possono presentare una responsabilità di chi non è affatto debitore. Pur ammettendo la discrepanza tra debito e responsabilità, mostrò delle perplessità circa l'idoneità dei casi di garanzia reale per debito altrui a dimostrarla RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5, proprio alla luce della considerazione che nelle garanzie reali fornite da un terzo la responsabilità patrimoniale di cui si parlava non era la comune responsabilità patrimoniale, bensì «una diversa responsabilità specializzata che da luogo ad un diritto reale».

¹⁰³ A ben vedere la scissione del debito dalla responsabilità fu guardata con favore anche da chi rinvenne nella responsabilità patrimoniale un «*tertium quid* tra obbligazione ed esecuzione forzata», il che sarebbe confermato dalla collocazione topografica dell'art. 2740 c.c. Così LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 280 ss., secondo cui «l'obbligazione sta benissimo, anzi meglio, quando si riduce al solo debito ponendo come a sé estranea la responsabilità patrimoniale». Con riferimento alla natura processuale della responsabilità patrimoniale si vedano CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, op. cit., 323; CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 226 ss., secondo i quali la responsabilità patrimoniale non sarebbe stata una soggezione all'azione del creditore, quanto

proposito è stato detto che non era possibile considerare la responsabilità patrimoniale un elemento costitutivo dell'obbligazione in quanto, essendo «la responsabilità una figura a se stante, per trovarla bisognava cercarla fuori dall'obbligo».¹⁰⁴

Questa stessa dottrina rilevò che la distinzione tra debito e responsabilità, così come era stata prospettata, finiva per essere distruttiva della stessa obbligazione: quest'ultima - si diceva - «non può scomporsi in due elementi, senza rimanere distrutta, perché è fatta di un elemento solo».¹⁰⁵

Tale considerazione si basava sull'idea che il diritto realizzato dal creditore attraverso l'esecuzione forzata non esistesse già all'interno del rapporto obbligatorio, ma nascesse invece dalla sua trasgressione. Ecco perché, si disse, il debito e la responsabilità non erano due elementi diversi, bensì stavano l'uno con l'altro in relazione causale.

Di conseguenza, all'interno del rapporto obbligatorio non vi era mai una duplicità di elementi, essendo soltanto possibile la distinzione tra il momento volontario (il c.d. *Schuld*) e il momento esecutivo (c.d. *Haftung*).¹⁰⁶

più una soggezione all'esercizio del potere pubblico dello Stato, verso il quale il creditore aveva diritto di pretendere l'intervento.

¹⁰⁴ CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, op. cit., 271: «la preposizione: obbligo (del debitore)=debito+responsabilità è una ricetta di alchimia, non una formula chimica (..) Finché i giuristi si affannano a considerarla (la responsabilità) come un elemento dell'obbligo sono destinati a vagare nel labirinto!». In termini parzialmente analoghi v. FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Vol. I, Roma, 1921, 303 ss., secondo cui la responsabilità patrimoniale non faceva parte della struttura dell'obbligazione in quanto il diritto di agire coattivamente sul patrimonio del debitore è un effetto, pur sempre normale ed essenziale, del diritto di credito.

¹⁰⁵ CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 549: «l'obbligazione quando la si taglia in due, finisce per non poter vivere, come una creatura umana qualunque».

¹⁰⁶ CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 550 ss., il quale affermava che il diritto realizzato sul patrimonio del debitore invece del diritto di credito non era un elemento, ma un prodotto del diritto di credito, che non esisteva al suo interno, bensì nasceva da esso. «Ma allora come si fa a concepire questo secondo diritto come un momento del primo? Insomma il figlio nasce dalla madre; ma, almeno quando è nato, non è elemento di essa». Ecco perché egli riteneva che il debito e la responsabilità stavano tra loro in relazione causale, in quanto rappresentavano i due diversi momenti della vita del rapporto obbligatorio, e quindi la distinzione «tra il diritto di credito come si manifesta quando il debitore obbedisce e il diritto di credito quale si manifesta se il debitore disobbedisce». Sulla concezione del debito e della responsabilità quali fasi distinte di un unico elemento v. già POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, op. cit., 91.

La distinzione tra *Schuld* e *Haftung* fu così ridotta a separazione tra i due momenti della vita del rapporto obbligatorio, quello volontario e quello esecutivo.¹⁰⁷

2.2.- *Dal superamento della teoria del debito e della responsabilità al riconoscimento della responsabilità patrimoniale quale elemento strumentale all'obbligazione.*

La teoria del debito e della responsabilità fu oggetto di numerose critiche, che fecero notare in primo luogo l'erroneità delle costruzioni volte a dimostrare la possibilità che i due elementi sussistessero l'uno in assenza dell'altro.¹⁰⁸

Parte della dottrina ha affermato che non potevano invocarsi a contrario le obbligazioni naturali, giacché esse non sono un rapporto giuridico e, lo stesso articolo 2034 c.c., escludendo qualsiasi altro effetto diverso dalla *soluti retentio*, lo dimostra: nelle obbligazioni naturali, dunque, non manca solamente la responsabilità, ma *in primis* è assente il vero e proprio debito giuridico.¹⁰⁹

¹⁰⁷ CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 561. Il debito e la responsabilità secondo Carnelutti non sono altro che due fasi del potere del creditore e del dovere del debitore: il debito è il dovere concepito nella prima fase, la responsabilità è il dovere concepito nella seconda fase. Sulla base di queste considerazioni Carnelutti ammetteva poi l'esistenza di obbligazioni che funzionavano in una sola fase.

¹⁰⁸ Contrari alla teoria del debito e della responsabilità furono: GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 178 ss.; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 26 ss.; NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 8 ss.; D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 432; FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 303 ss.; MACCHIA A., *Il dovere giuridico del debitore*, in AA. VV., *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, 641 ss. V. anche ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 489; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 16 ss.; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 25 ss.

¹⁰⁹ NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 9, ha chiarito che un debito senza responsabilità non può considerarsi un'entità giuridicamente rilevante. Dello stesso autore v. anche la *Nota a Cass.*, 4.7.1938, n. 2236, in *Foro it.*, 1939, I, 39 ss., dove ha affermato che l'obbligazione naturale non è un vero rapporto giuridico poiché il credito esiste solo in tanto in quanto l'ordinamento mette a disposizione del creditore degli strumenti per

Al fine di giustificare l'irripetibilità di quanto prestato nell'adempimento dell'obbligazione naturale non serve scomodare la distinzione tra debito in senso stretto e debito in senso ampio, poiché tale effetto si spiega piuttosto in ragione del fatto che «la legge considera l'esistenza dell'obbligazione naturale come una causa sufficiente e lecita dell'attribuzione patrimoniale che si è operata».¹¹⁰

Inoltre, è stato detto che non esisterebbe nemmeno il rapporto di puro debito così come concepito dalla teoria del debito e della responsabilità, in

ottenere il soddisfacimento coattivo del credito, cosa che, in questa ipotesi, invece non accade. Nello stesso senso v. OPPO G., *Adempimento e liberalità*, 251-252, il quale ha affermato che per descrivere il fenomeno delle obbligazioni naturali non ha alcun senso parlare di debito senza responsabilità, in quanto un debito il cui adempimento è rimesso esclusivamente alla volontà del debitore non è un debito giuridico. COVIELLO L., *L'obbligazione negativa*, op. cit., 13, ha affermato che la ragione essenziale per poter riconoscere la giuridicità di un dovere è l'esistenza del potere del creditore di esigere l'adempimento coattivo. FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 311 ss.; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 26. Lo stesso BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 102 ss., pur ammettendo che possano esservi ipotesi di responsabilità senza debito, ha negato che il debito possa sussistere senza responsabilità, in quanto in assenza della coazione non può parlarsi di debito giuridico e ha escluso che a tal fine sia sufficiente la previsione della irripetibilità di quanto prestato. V. anche NIVARRA L., voce *Obbligazione naturale*, *Dig. it. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Utet, Torino, 1995, 370 ss.; BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 26; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 489. A proposito delle difficoltà ad ammettere la giuridicità dell'obbligazione naturale v. anche CARRESI F., *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 546 ss. Contro la giuridicità dell'obbligazione naturale si è espressa anche la giurisprudenza: v. Cass., 12.7.2011, n. 15301, che ha negato la giuridicità dell'obbligazione naturale prima e fuori dall'adempimento; Cass., 29.11.1986, n. 7064.

¹¹⁰ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 104 ss. V. anche BALESTRA L., *Le obbligazioni naturali nel pensiero di Michele Giorgianni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 389 ss., il quale spiega la *soluti retentio* in questi termini: «l'ordinamento giuridico assume un atteggiamento del tutto peculiare rispetto ai fatti del sociale: anziché influenzarne la dinamica attraverso una positiva regolamentazione, ma senza nel contempo lasciare meri spazi di libertà ai quali guardare con indifferenza, si limita a confermare ciò che naturalisticamente, e al di fuori di qualsiasi prescrizione normativa, accade. La previsione della *soluti retentio* rappresenta, appunto, una conferma dell'accaduto». Per una puntale descrizione delle obbligazioni naturali si rinvia anche a BALESTRA L., *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, XLVIII, Giuffrè, Milano, 2004, 43 ss. Un altro indice che conferma la non giuridicità delle obbligazioni naturali è dato dal fatto che l'art. 2034 c.c. prevede ai fini dell'irripetibilità che la prestazione debba essere eseguita spontaneamente, mentre l'adempimento dell'obbligazione è un atto dovuto. Al riguardo v. MOSCATI E., voce "*Obbligazioni naturali*", in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 353 e ss.

quanto affinché un dovere sia giuridico è necessario che l'ordinamento qualifichi come illecita la sua violazione.¹¹¹

Del resto, è la stessa disciplina positiva del nostro Codice civile che permette di escludere l'esistenza del puro debito, poiché da essa si evince che l'obbligazione comporta necessariamente la responsabilità per il suo inadempimento.¹¹²

A conferma della scissione tra debito e responsabilità non giova nemmeno il riferimento ai casi di responsabilità senza debito. Quanto alle ipotesi in cui potrebbe ravvisarsi la sola responsabilità, ma non anche un debito attuale, la dottrina ha rilevato che a ben vedere in questi casi nemmeno la responsabilità si svolge nella sua pienezza, trovandosi piuttosto in uno stadio preliminare.¹¹³

Una simile conclusione sembra confermata da quanto abbiamo osservato a proposito del momento concernente la nascita della responsabilità patrimoniale. Come ricordavamo, fintanto che non si realizzi l'eventuale inadempimento essa attraversa una fase che può definirsi potenziale. Solo una

¹¹¹ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 178, il quale contestava che le obbligazioni naturali fossero un esempio di rapporto di puro debito e negava anche l'ammissibilità di una simile figura giuridica. Innanzitutto a suo dire le obbligazioni naturali non dimostrerebbero la scissione del debito dalla responsabilità, in quanto esse non sarebbero affatto un dovere giuridico, ma soltanto un dovere morale o sociale. Quanto poi al problema dell'esistenza del rapporto di puro debito, il cui inadempimento sarebbe di privo di qualsivoglia conseguenza sul piano giuridico, Giorgianni affermava che «la mancata qualifica di illecito dell'inadempimento di quel dovere sta, a nostro avviso, a significare che il puro debito non è in realtà un vero dovere giuridico, in quanto la sottoposizione alla norma, caratteristica di ogni dovere giuridico, dovrebbe importare per lo meno questa minima conseguenza in ordine all'atto con cui il soggetto si ribella a quella sottoposizione, e cioè la qualifica di illecito». Sulla base di queste premesse egli riteneva fallace la credenza che il rapporto di puro debito avesse cittadinanza nel mondo del diritto.

¹¹² SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 17, secondo cui «l'esistenza di debiti senza responsabilità è da escludersi solo a considerare la formula legislativa delle disposizioni in tema di inadempimento (art. 1218 e 2740 c.c.), per le quali l'esistenza di una obbligazione comporta automaticamente la responsabilità per il relativo inadempimento».

¹¹³ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 489, secondo cui in caso di debito condizionale o futuro manca anche la responsabilità, o meglio vi è sì una responsabilità, ma soltanto nel suo stadio preliminare. GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 180, il quale ha affermato che il debito condizionale o futuro si trova in uno stato prodromico, preliminare, sicché accanto alla responsabilità esiste pur sempre il debito. V. anche FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 312.

volta che si sia verificato l'inadempimento essa passa alla fase di piena attuazione, sicché di responsabilità "piena" ed attuale non potrà parlarsi se non in riferimento ad un debito in atto.¹¹⁴

Quanto poi ai casi di pegno o ipoteca costituiti da un terzo per il debitore, anch'essi non valgono a dimostrare la bontà dell'indipendenza tra debito e responsabilità.

Invero, la dottrina ha ricordato che la responsabilità del terzo datore non vive affatto disgiunta dal debito, ma è ad esso collegata. Che si tratti di un debito altrui non è certo sufficiente per escludere che un debito cui quella responsabilità si riferisce esista sempre e comunque.¹¹⁵

In effetti, anche gli autori che hanno enfatizzato il fatto che il terzo datore di pegno o ipoteca è gravato solo da una garanzia patrimoniale specifica nei confronti di un creditore altrui ritengono che ciò non autorizzi a concludere nel senso che la responsabilità possa vivere disgiunta dal debito, trattandosi di fattispecie peculiari in cui il garante è tenuto all'adempimento in quanto «vincola il proprio patrimonio per l'ipotesi in cui il debitore principale non adempia».¹¹⁶

¹¹⁴ Si rinvia a quanto già osservato nel par. 1 a proposito delle fasi attraversate dalla responsabilità patrimoniale.

¹¹⁵ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 183, secondo cui non sarebbe del tutto corretto affermare che debito e responsabilità gravano su persone diverse: «infatti in capo al debitore concorrono debito e responsabilità, in quanto l'esistenza dell'ipoteca non fa certo venir meno la sua responsabilità, ma al più la alleggerisce». L'unica peculiarità di questa fattispecie è data non dal fatto che manchi il debito, ma al contrario, dal fatto che al debito corrisponde tanto la responsabilità del debitore, quanto la responsabilità del terzo datore. V. anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 9, secondo cui queste figure si spiegano facendo ricorso ad altri principi e non certo alla distinzione tra debito e responsabilità. MIRAGLIA C., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11, «nell'ipotesi di terzo datore di ipoteca o di pegno, si dirà che l'oggetto "responsabile" non appartiene al patrimonio del debitore non già che esiste una responsabilità senza debito». ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 489, che sottolinea che la responsabilità non vive mai disgiunta dal debito altrui. La congiunzione della responsabilità del terzo datore al debito altrui trae conferma da quanto affermato da Cass., 14.11.2008, n. 27266 a proposito della possibilità, attraverso l'opposizione alla vendita della cosa pignorata, prevista dall'art. 2797 c.c., che il terzo datore di pegno faccia valere non solo eventuali vizi procedurali, ma anche eccezioni di merito relative al rapporto obbligatorio a garanzia del quale fu concesso il pegno.

¹¹⁶ Così SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 18; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 25.

Nemmeno il richiamo all'azione diretta nei confronti dell'assicurazione del responsabile civile di cui all'art. 144 del d.lgs. 7.9.2005, n. 209 vale a dimostrare l'indipendenza della responsabilità dal debito, giacché esiste pur sempre un debito, quello dell'assicurato nei confronti del danneggiato, cui la responsabilità patrimoniale dell'assicurazione si collega.¹¹⁷

Queste considerazioni dimostrano che se si vuole parlare di distinzione del debito dalla responsabilità lo si potrà fare tutt'al più sul piano concettuale, ma non certo nel senso che le due entità siano separabili anche dal sul piano pratico: «*wer schuldet, haftet auch*».¹¹⁸

La teoria del debito e della responsabilità non convince anche sotto un diverso profilo, ovvero quello della riconducibilità della responsabilità patrimoniale all'interno della struttura dell'obbligazione.

In proposito la dottrina ha rilevato che essendo la responsabilità sempre collegata ad un debito essa non vale a conformare particolarmente la struttura dell'obbligazione, sicché deve essere esclusa la sua rilevanza costitutiva.¹¹⁹

Ancora, posto che la funzione della responsabilità patrimoniale è quella di rimedio contro l'inadempimento, non si può che concludere che essa non è

¹¹⁷ Richiama la responsabilità dell'impresa assicurativa BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 25-26, riferendo che in questo caso il danneggiato può far valere la sua pretesa non nei confronti di un soggetto a lui legato da un rapporto obbligatorio, in quanto l'impresa assicurativa si è obbligata col suo cliente, gravato da responsabilità personale, mentre rispetto al danneggiato essa è gravata solo da responsabilità patrimoniale. In proposito v. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 18, il quale ha affermato che quest'ultimo esempio non è decisivo ai fini di ammettere la scissione tra debito e responsabilità, «giacché si tratta verte pur sempre in tema di responsabilità che la legge collega all'esercizio dell'attività di assicurazione».

Che la responsabilità patrimoniale dell'assicurazione sia pur sempre congiunta al debito dell'assicurato nei confronti del danneggiato sembra trarre conferma dal fatto che, così come nell'ipotesi in precedenza descritta della concessione del pegno o ipoteca da parte del terzo, l'esistenza della responsabilità dell'assicuratore non fa venir meno quella del debitore, ma semplicemente vi si aggiunge. Del resto, dall'art. 144, d.lgs. n. 209/2005, che prevede il litisconsorzio necessario tra assicurazione e responsabile civile in caso di esercizio dell'azione diretta da parte del danneggiato, si può ricavare che il vincolo obbligatorio che lega danneggiante e suo assicuratore sia di natura solidale (Cfr. BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 706).

¹¹⁸ LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1987, 23 ss.

¹¹⁹ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 186, «dato che non può concepirsi il debito senza responsabilità né la responsabilità senza debito, la presenza di quei due elementi nell'obbligazione potrebbe essere rilevante al massimo dal punto di vista descrittivo, ma non può pretendere di conformare particolarmente la struttura dell'obbligazione».

una componente strutturale dell'obbligazione, poiché in caso contrario potrebbe affermarsi «la partecipazione alla struttura dell'obbligazione di tutti gli altri mezzi attraverso cui la legge fa raggiungere al creditore la realizzazione del suo interesse, malgrado o contro il comportamento del creditore».¹²⁰

Un altro indice a conferma della non partecipazione della responsabilità patrimoniale alla struttura dell'obbligazione è stato ravvisato nella collocazione sistematica dell'art. 2740 c.c.

Parte della dottrina ha osservato che il nostro Codice civile avrebbe accolto la distinzione tra debito e responsabilità con una tendenza ulteriormente evolutiva, nel senso che essa è un elemento distinto dal debito poiché appartiene al piano delle situazioni giuridiche strumentali, contribuendo dall'esterno a rendere perfetto il rapporto obbligatorio.¹²¹

¹²⁰ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 187-188, sosteneva che per poter affermare che tra i vari elementi che, nel funzionamento del rapporto obbligatorio, sono estranei al dovere giuridico del debitore, (come ad esempio l'esecuzione in forma specifica) solo la responsabilità patrimoniale partecipa della struttura dell'obbligazione, bisognava dimostrare che il posto ad essa spettante nella funzione del rapporto obbligatorio rivestiva caratteristiche peculiari. A suo dire così non è, in quanto la funzione della responsabilità patrimoniale è semplicemente un rimedio contro l'inadempienza del debitore, come sarebbe confermato dal dettato dell'art. 2740 c.c., e in ciò si esaurisce. A ciò deve aggiungersi che il fenomeno della responsabilità patrimoniale non è esclusivo dell'obbligazione, ma è comune ad ogni dovere giuridico, sicché, a voler considerare la responsabilità una componente della struttura dell'obbligazione, «si potrebbe altrettanto legittimamente affermare che la struttura del dovere non è sufficientemente designata senza il suo abbinamento con il fenomeno della responsabilità».

¹²¹ PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 21 ss., secondo cui, alla luce del criterio sistematico seguito dal legislatore del nuovo codice, il debito e la responsabilità verrebbero ad essere concepiti come due elementi posti su di un piano diverso, essendo l'elemento del debito posto sul piano del diritto sostanziale puro e l'elemento della responsabilità posto sul piano dei rapporti strumentali, che «pur non appartenendo ancora al diritto processuale, tuttavia sono previsti e approntati dall'ordinamento giuridico come mezzi per la realizzazione coattiva dei diritti in sede processuale». In questo senso v. anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 9, rilevò che «il criterio sistematico seguito dal nuovo legislatore dimostra che la concezione che è prevalsa è appunto quella della scissione tra debito e responsabilità, ma non nel senso che si tratti di due elementi della medesima entità, bensì nell'altro, prevalso nella più moderna dottrina, che la responsabilità del debitore e il correlativo potere del creditore di agire sui beni del primo per la realizzazione del suo diritto, si configura come una situazione giuridica autonoma, se pure strumentale rispetto all'obbligazione (...) La responsabilità patrimoniale è in altri termini configurata come un mezzo di tutela del diritto del creditore, ossia come uno strumento coattivo per la realizzazione del diritto, che appunto perciò non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento intrinseco». PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 35-36, la quale riferisce che la collocazione topografica dell'art. 2740 dimostra che il

Per cogliere la vera essenza del rapporto tra responsabilità patrimoniale e obbligazione occorre tenere a mente che, da un lato, la prima presuppone necessariamente l'esistenza del debito e trova la sua piena attuazione solamente nel momento in cui lo stesso non venga adempiuto, dall'altro, che il debito non potrebbe dirsi giuridicamente rilevante se non vi fosse la responsabilità patrimoniale a garantire il soddisfacimento coattivo del creditore.¹²²

Sulla base di queste premesse si ritiene di dover aderire a quanto affermato dalla dottrina oggi prevalente, e cioè che la responsabilità patrimoniale non è un elemento costitutivo dell'obbligazione, tuttavia «all'obbligazione non è certo estranea, essendovi legata da un puntuale e rilevante rapporto di strumentalità».¹²³

legislatore «avesse chiara la distinzione tra "responsabilità patrimoniale" e obbligo di prestazione e che, quindi avesse in mente, un modello di responsabilità patrimoniale priva di legami strutturali col rapporto obbligatorio». MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione...*, op. cit., 52 ss.

¹²² V. BRECCIA U., *Le obbligazioni*, op. cit., 67 ss., ha affermato l'arbitrarietà di ogni analisi che ravvisasse l'essenza dell'obbligazione nella responsabilità patrimoniale: «la descrizione delle fasi in cui trova espressione il rapporto ("debito" - "Schuld") e, in via eventuale e "sucedanea", l'assoggettamento del patrimonio all'esecuzione ("responsabilità" - "Haftung") dimostra che sarebbe arbitraria, non soltanto riduttiva, ogni analisi che vi ravvisasse l'essenza dell'obbligazione; ché quest'ultimo, pur essendo in stretta correlazione col primo, soltanto è in grado di assumere rilievo se il "debito" non trovi regolare attuazione nei modi che sono già sufficienti a caratterizzarne le strutture e vicende». L'autore ha sottolineato che, d'altro canto, il debito necessita della responsabilità, «poiché non sarebbe giuridicamente dovuta una prestazione che fosse soltanto affidata alla spontaneità del comportamento del debitore». BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 26, ha rilevato che la connessione della responsabilità al debito può spiegarsi come condizione di giuridicità del rapporto: «senza responsabilità mancherebbe quella garanzia sociale in cui si esprime la giuridicità del precetto normativo». PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 34, ha affermato che la responsabilità patrimoniale, in ragione del suo essere un rimedio contro l'inadempimento, si pone «quale strumento di tutela della situazione creditoria esterno alla struttura del rapporto obbligatorio e operante, pertanto, soltanto nel momento patologico». MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale...*, op. cit., 169; LAPERTOSA F., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 496.

¹²³ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 490: «La responsabilità patrimoniale presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, e ne assicura comunque il risultato utile anche contro l'inerzia o la cattiva volontà del creditore». BIANCA C.M., *L'obbligazione*, op. cit., 25, ha visto nella responsabilità patrimoniale un aspetto consequenziale ma necessario dell'obbligazione. DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 101 ss., il quale riconosce, tuttavia, alla teoria del debito e della responsabilità il merito di aver tenuto conto delle peculiarità dell'obbligazione e delle sue forme di tutela. MIRAGLIA C., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 10-11; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 36; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 18.

La responsabilità patrimoniale, dunque, è un elemento accessorio al debito, ad esso collegato attraverso un rapporto strumentale e, al pari dell'obbligazione, appartiene al diritto sostanziale.¹²⁴

Detto altrimenti, «il debito si lega alla responsabilità, e questa segue "come un'ombra" il debito: purché si precisi che "l'ombra" non appartiene al concetto stesso dell'obbligo».¹²⁵

¹²⁴ COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 62-64, ha affermato che la responsabilità patrimoniale rientra nel campo del diritto sostanziale, poiché «contribuisce a rendere perfetto il rapporto obbligatorio». A proposito del fatto che l'art. 2740 c.c. contiene un precetto di diritto materiale v. anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 4; MIRAGLIA C., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11; LAPERTOSA F., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 496; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 18 ss. Per un'attenta analisi del problema della natura processuale o materiale della responsabilità patrimoniale v. SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 22, il quale conclude a favore della natura sostanziale dell'art. 2740 c.c. «perché non contiene alcuna indicazione del procedimento esecutivo che il creditore debba seguire per ottenere la soddisfazione, cui è riservato il Libro III del codice di rito».

¹²⁵ BRECCIA U., *Le obbligazioni*, op. cit., 68; LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, op. cit., 23-24 «*Die Haftung ist zwar von der Schuld, dem Leistensollen, begrifflich zu sondern, sie folgt ihr aber gleichsam wie ein Schatten nach*».

CAPITOLO SECONDO
LE FUNZIONI E GLI INTERESSI COINVOLTI
NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

SOMMARIO:1.- Le diverse funzioni della responsabilità patrimoniale in relazione all'oggetto dell'obbligazione e i suoi rapporti con le procedure dell'esecuzione forzata. - 2.- La posizione giuridica del creditore e del debitore: l'impossibilità di ravvisare un diritto di garanzia avente ad oggetto il patrimonio del debitore e l'inesistenza di alcun obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale. - 3.- Il diritto del creditore alla consistenza del patrimonio del debitore e la conseguente limitazione della sua libertà di disposizione patrimoniale.

1.- Le diverse funzioni della responsabilità patrimoniale in relazione all'oggetto dell'obbligazione e i suoi rapporti con le procedure dell'esecuzione forzata.

Fino ad ora si è detto che l'essenzialità della responsabilità patrimoniale rispetto al rapporto obbligatorio è tale per cui il debito non potrebbe ritenersi giuridicamente rilevante se non vi fosse la responsabilità patrimoniale a garantire il soddisfacimento coattivo del creditore in caso di inadempimento.

A questo punto, per comprendere come si manifesti concretamente il fondamentale rilievo della responsabilità patrimoniale è necessario riflettere sulle funzioni che essa è chiamata a svolgere.

Alla luce del collegamento tra responsabilità patrimoniale e inadempimento è facile intuire che il ruolo da essa svolto non può che declinarsi diversamente in ragione del differente contenuto della prestazione originariamente dovuta.¹²⁶

¹²⁶ Tale rilievo è stato approfondito in particolare da NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5 ss.; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 20 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 493; DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 148 ss., GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 1116 ss.; GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 166 ss. V. più approfonditamente *infra*.

Nelle pagine seguenti ci si domanderà, pertanto, come differiscano le sue funzioni a seconda che l'oggetto della prestazione originaria consista in una somma di denaro, piuttosto che in un diverso *dare, facere, o non facere*.

L'interrogativo testé prospettato cela al suo interno un ulteriore profilo problematico, ovvero quello del rapporto esistente tra la responsabilità patrimoniale e le procedure dell'esecuzione forzata.¹²⁷

É cosa nota che il nostro ordinamento, in ragione del diverso contenuto dell'obbligazione, riconosce al creditore la possibilità di valersi dell'esecuzione forzata per espropriazione oppure dell'esecuzione forzata in forma specifica.¹²⁸

A lungo la dottrina si è domandata se entrambe le forme di esecuzione debbano essere ricondotte alla responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* o se si debba concludere, piuttosto, che l'esecuzione in forma specifica, per le peculiari modalità attraverso cui si esplica, sia ad essa estranea.

La scelta dell'una o dell'altra soluzione non è certo priva di conseguenze pratiche, che si riflettono *in primis* sull'applicabilità del meccanismo della

¹²⁷ Tra i tanti che si sono occupati del rapporto tra responsabilità patrimoniale e procedure dell'esecuzione forzata si ricordano: GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 166 ss.; BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 148 ss.; MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 71 ss. e dello stesso autore v. anche *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 328 ss.; LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 335; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11 ss.; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale..*, op. cit., 170 ss.; MIRAGLIA C., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3 ss.; MONTESANO L., voce "Esecuzione specifica", in *Enc. dir.*, XV, Giuffrè, Milano, 1966, 526 ss.; MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 224 ss.; GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 1118; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 20 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 493 ss.; DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 151 ss.; NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5 ss.; ANDRIOLI V., *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1962, 245 ss.; BARBERO D., *Il sistema del diritto privato*, Utet, Torino, 1992, 642 ss.; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 27 ss.; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 7 ss.; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2^oed., 22 ss.; BOZZI G., *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ., Obbligazioni*, Vol. III, a cura di Lipari - Rescigno - Zoppini, Giuffrè, Milano, 2009, 57 ss.

¹²⁸ Con riferimento all'esecuzione per espropriazione e all'esecuzione in forma specifica v. BONSIGNORI A., *Esecuzione forzata in genere, Dig. It. Disc. priv., Sez. civ., VII*, Utet, Torino, 1991, 567 ss.; MONTESANO L., "Esecuzione specifica", op. cit., 526 ss.; CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie esecutive*, Cedam, Padova, 2012, 381 ss.; MAZZARELLA F., *Esecuzione forzata (Diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XV, 1966, Giuffrè, Milano, 448 ss.; SATTA S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 6 ss.;

responsabilità patrimoniale rispetto ad obbligazioni aventi qualsivoglia contenuto e, dunque, sulle funzioni da essa svolte, nonché sull'eventuale azionabilità dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale in funzione del futuro esperimento dell'esecuzione in forma specifica.

Secondo parte della dottrina tanto l'esecuzione forzata per espropriazione quanto quella in forma specifica devono ricondursi alla responsabilità patrimoniale del debitore.¹²⁹

I motivi addotti a fondamento di tale affermazione si identificano principalmente nella considerazione che, se in forza del dettato dell'art. 2740 c.c. tutti i beni del debitore rappresentano la garanzia del suo adempimento, a maggior ragione sarà a disposizione del creditore il bene dovuto quando lo si possa specificatamente individuare nel patrimonio del primo e fare di questo l'oggetto dell'azione esecutiva.¹³⁰

Qualora l'esecuzione in forma specifica si concretasse, invece, nell'attuazione coattiva di un'obbligazione di *facere*, di *non facere*, o di prestare il consenso, dovrebbe ammettersi, comunque, la sua riconducibilità alla responsabilità patrimoniale, in quanto le spese relative alla procedura esecutiva sostenute dal creditore sono destinate a riversarsi sul patrimonio del debitore.¹³¹

¹²⁹ Sono di questo avviso: BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 148 ss.; CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, op. cit., 313; NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5 ss.; ANDRIOLI V., *Appunti di diritto processuale civile*, op. cit., 245 ss.; BONSIGNORI A., *Esecuzione forzata in genere*, op. cit., 571; LA ROCCA G., *L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici*, in *Foro it.*, 1996, I, 882 ss.

¹³⁰ Così NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5, secondo cui «la soggezione del debitore all'azione esecutiva del creditore diretta esclusivamente sul bene oggetto del rapporto obbligatorio, è certamente una forma di responsabilità nel senso in cui ne parla l'articolo in esame (l'art. 2740 c.c.)». V. anche RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 7, secondo cui può parlarsi di responsabilità patrimoniale del debitore solamente nel caso di esecuzione diretta per rilascio, anche se si tratta di una responsabilità limitata alla determinata cosa.

¹³¹ PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 27-29, secondo cui l'attuazione del diritto del creditore tramite l'esecuzione in forma specifica comporta un esborso di spese destinato a ricadere sul patrimonio del debitore e richiama a titolo esemplificativo l'esecuzione forzata degli obblighi di fare. «Ma anche negli altri casi vi sono pur sempre spese, in maggiore o minore misura, per il pagamento delle quali risponde il patrimonio del debitore. Ci riferiamo non soltanto alle spese inerenti alla materiale distruzione di ciò che è stato fatto in violazione

L'esecuzione in forma specifica e l'esecuzione per espropriazione sono state descritte come i due diversi atteggiamenti attraverso cui si concretizza la responsabilità patrimoniale del debitore, che si differenzerebbero solamente per il fatto che attraverso il primo il creditore ottiene coattivamente quel medesimo bene originariamente dovuto.¹³²

Sulla base di tali premesse parte della dottrina, dopo aver definito la responsabilità patrimoniale quale «sanzione per l'inadempimento e mezzo di realizzazione del diritto del creditore», ha altresì affermato che essa conserva entrambe queste funzioni tanto con riferimento alle obbligazioni originariamente pecuniarie, quanto nei riguardi delle obbligazioni suscettibili di esecuzione in forma specifica. Nei confronti delle obbligazioni non pecuniarie e non suscettibili di esecuzione in forma specifica, è stato detto, invece, che la responsabilità patrimoniale, grazie alla mediazione della

agli obblighi del debitore, ma anche a quelle necessarie per ottenere la sentenza che tenga luogo del contratto non concluso». Più restrittiva è invece la posizione di BARBERO D., *Il sistema del diritto privato*, op. cit., 642, il quale limita la riconducibilità dell'esecuzione in forma specifica alla responsabilità patrimoniale alle sole ipotesi in cui essa non abbia ad oggetto la consegna di un bene o la conclusione di un preliminare, in quanto è solo al di fuori di queste ipotesi essa si risolve in definitiva in un'esecuzione sul patrimonio del debitore.

¹³² BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 149, il quale dopo aver chiarito che nell'esecuzione forzata per espropriazione viene attuato il solo debito secondario, ovvero quello di risarcimento del danno, mentre nell'esecuzione in forma specifica si realizza anche il debito primario, afferma che (pag. 157): «è arbitrario restringere il concetto di responsabilità a quella sola responsabilità che ha per funzione quella di assicurare al creditore una soddisfazione obiettivamente differente alla prestazione dovuta. Responsabilità non è soltanto quella che ponga il creditore in grado di conseguire solo un surrogato o il risarcimento per inadempimento del debito, ma anche quella che lo ponga in grado di conseguire la prestazione medesima dovuta. Ciò vuol dire che in tal caso la responsabilità sarà perfettamente adeguata al debito». In altri termini, a suo dire, l'aspettativa di soddisfazione sarà, a fronte dell'esecuzione in forma specifica, perfettamente adeguata alla aspettativa di prestazione: «Essa coinciderà e si confonderà con essa». V. anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5, secondo cui «la responsabilità patrimoniale che si realizza attraverso l'esecuzione per espropriazione è perfettamente analoga, dal punto di vista del risultato che si vuole garantire al creditore, a quella che si realizza attraverso l'esecuzione in forma specifica. Si tratta in ogni caso di fare conseguire al creditore il bene dovuto, quel che diversifica le due forme o più precisamente i due atteggiamenti concreti della responsabilità del debitore è il mezzo predisposto dalla legge, che nell'un caso è l'aggressione diretta del bene dovuto, nell'altro è la conversione dei beni aggrediti nel bene dovuto».

sanzione di risarcimento del danno *ex art.* 1218 c.c., assolve non già funzione soddisfattoria dell'obbligo originario, bensì di quello risarcitorio.¹³³

Per quanto suggestiva possa apparire l'idea che, se grazie al dettato dell'art. 2740 c.c. tutti i beni del debitore sono potenzialmente a disposizione del creditore, a *fortiori* lo sarà lo specifico oggetto dell'esecuzione in forma specifica, una simile impostazione non può trovare accoglimento per diverse ragioni.¹³⁴

La prima ragione si fonda sul dato letterale dell'art. 2740 c.c., secondo cui il debitore risponde dell'inadempimento con *tutti* i suoi beni.

Parte della dottrina ha sostenuto che solamente l'esecuzione forzata per espropriazione realizzerebbe la responsabilità patrimoniale, poiché solo in questo caso potrebbe realmente dirsi che il debitore adempie con tutti i suoi beni, mentre attraverso l'esecuzione specifica il creditore, anziché aggredire la massa indifferenziata rappresentata dal patrimonio di costui, si dirige su di uno specifico bene preventivamente individuato.¹³⁵

¹³³ NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5-8, il quale distingue tre diverse ipotesi in cui è chiamata ad operare la responsabilità patrimoniale: la prima è quella in cui l'obbligazione inadempita abbia ad oggetto la consegna di una cosa certa e determinata, ovvero un *facere fungibile*, o ancora la prestazione del consenso oppure, infine, un *non facere*. Egli ritiene che in questa ipotesi il creditore trovi diretta soddisfazione attraverso gli strumenti dell'esecuzione in forma specifica. La seconda ipotesi è quella in cui l'obbligazione abbia ad oggetto *ab origine* una somma di denaro. Ecco che in questo caso il creditore viene soddisfatto grazie all'attivazione dell'esecuzione per espropriazione. Infine nelle obbligazioni non pecuniarie e non suscettibili di esecuzione in forma specifica «la responsabilità patrimoniale non può immediatamente funzionare né come sanzione per l'inadempimento né come mezzo di realizzazione del diritto del creditore. Perché ciò accada occorre che l'obbligazione avente un oggetto diverso dal denaro si trasformi, o meglio, dia luogo al sorgere di un'obbligazione pecuniaria (...) In questo caso il bene che il creditore consegue coattivamente è diverso da quello originariamente dovuto, ma è lo stesso di quello dovuto per effetto dell'obbligo secondario di risarcimento».

¹³⁴ Si è mostrata particolarmente critica nei confronti di questa impostazione MIRAGLIA C., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3, secondo cui essa «pone sullo stesso piano fattispecie disomogenee. Altro è la destinazione del patrimonio del debitore, quale oggetto della responsabilità patrimoniale e potenziale dell'azione esecutiva, altro è il bene dovuto quale oggetto dell'obbligazione».

¹³⁵ MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit. 74, che escludendo qualsiasi connessione tra responsabilità patrimoniale ed esecuzione forzata in forma specifica afferma che «si tratta di una verità così evidente da apparire addirittura strano che sia stato sostenuto l'opposto». La *ratio* di questa affermazione sta nel fatto che «il rispondere (da parte del debitore) dell'adempimento con tutti i suoi beni presenti o futuri mal si concilia con la consegna di un bene *ab origine* specificamente determinato e che potrebbe

Nemmeno la considerazione secondo cui l'esecuzione in forma specifica delle obbligazione di fare, di non fare o di prestare il consenso, può comportare un esborso di spese destinato a risolversi in un'esecuzione sul patrimonio del debitore, se costui non le rimborsi spontaneamente, depone a favore della sua riconducibilità alla responsabilità patrimoniale, giacché si tratta di un'ulteriore esecuzione per espropriazione che va ad "affiancarsi" a quella specifica già realizzata, ma che è ben diversa da essa.¹³⁶

essere del creditore procedente, o con il compimento di attività materiali quali occorrono nella esecuzione di obblighi di fare e non fare, per non dire poi dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto». In altre parole, a suo dire, l'esecuzione specifica su di un bene non si concilia con il contenuto della responsabilità patrimoniale la quale è lontana da ogni preventiva individuazione dei beni da espropriare. Dello stesso autore v. anche *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 329, dove chiarisce che tra il rispondere con tutti i beni, piuttosto che con un solo bene, sussiste una differenza qualitativa e non solo quantitativa. Nel secondo caso, infatti, nessuna azione potrà esercitarsi in ordine ai beni non vincolati dalla garanzia, nemmeno i mezzi di conservazione della stessa. Sul punto v. meglio *infra*. GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 167, il quale esclude che l'esecuzione in forma specifica trovi fondamento nella responsabilità patrimoniale anche perché «in queste ipotesi può accadere che l'esecuzione forzata non abbia ad oggetto un bene del debitore, ma per avventura un bene del creditore medesimo: così ad es. nell'esecuzione forzata per consegna o rilascio» e conclude nel senso che «il terreno in cui opera, allo stadio esecutivo, la responsabilità patrimoniale è più ristretto di quello in cui opera l'esecuzione forzata». ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11, secondo cui l'esecuzione in forma specifica è estranea alla responsabilità patrimoniale in quanto essa si realizza *ex art. 2740 c.c.* attraverso la massa indifferenziata dei beni appartenenti al debitore. MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale...*, op. cit., 170, secondo cui «il riferimento al patrimonio del debitore, contenuto nell'art. 2740 c.c., pone in evidenza come la responsabilità "patrimoniale" si attui solo tramite l'aggressione dei beni del debitore, cioè tramite l'esecuzione per espropriazione». BOZZI, G., *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, op. cit., 62, il quale evidenzia che nell'esecuzione forzata in forma specifica non si ravvisa un adempimento del debitore con i tutti i propri beni indistintamente. LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 282, il quale adduce una ulteriore conferma dell'estraneità dell'esecuzione specifica alla responsabilità patrimoniale che si ricaverebbe proprio dal dato normativo: «il legislatore, infatti, ponendo la tutela dei diritti, (intero libro sesto del codice civile), come *genus* di cui la tutela giurisdizionale è solo una specie, ha inquadrato la responsabilità patrimoniale (titolo terzo dello stesso libro: artt. 2740 a 2906), che certamente intende con esclusione della tutela specifica, proprio come un *quid medium* tra obbligazione e tutela giurisdizionale, mentre dell'esecuzione specifica ha trattato solo come specie della tutela giurisdizionale (art. 2930-2933)».

¹³⁶ GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 1118, nell'affermare che l'esecuzione forzata in forma specifica non è un mezzo di realizzazione della responsabilità patrimoniale, chiarisce che «anche l'esecuzione in forma specifica può, peraltro, comportare una ulteriore esecuzione in forma generica: per l'obbligazione di rimborsare le spese dell'esecuzione in forma specifica, e del risarcimento del danno per il ritardo».

La seconda obiezione mossa contro la riconducibilità dell'esecuzione in forma specifica alla responsabilità patrimoniale sembra avere carattere ancor più decisivo e difficilmente superabile.

Non si deve dimenticare, infatti, che la regola di cui all'art. 2740 c.c. deve essere necessariamente coordinata con il principio della *par condicio creditorum* di cui è espressione l'art. 2741 c.c.

Alcuni autori hanno rilevato che, se si riconducesse l'esecuzione in forma specifica alla responsabilità patrimoniale, si dovrebbe configurare una deroga alla *par condicio creditorum*, fuori dalle cause legittime di prelazione di cui all'art. 2741 comma 2 c.c., in virtù della destinazione di un bene compreso nel patrimonio del debitore alla soddisfazione esclusiva del relativo creditore.¹³⁷

¹³⁷ MONTESANO L., "Esecuzione specifica", op. cit., 526, secondo cui «la responsabilità patrimoniale va coordinata in ogni caso all' "eguale diritto" dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione». Per questo motivo l'esecuzione in forma specifica non rientra nell'ambito della responsabilità patrimoniale, dal momento che «le deroghe alla generale soggezione di tutti i beni del debitore a quella responsabilità sono certamente di stretta interpretazione (art. 14 disp. prel.): e la legge sembra consentire deroghe siffatte solo in rapporto al pegno, ai privilegi e alle ipoteche». In conclusione Montesano afferma che è innegabile l'estraneità della esecuzione specifica alla responsabilità patrimoniale e che, pertanto, «le norme degli art. 2930, 2931, 2933 c.c., che qualificano espressamente i processi in esame come strumenti per tutelare rapporti obbligatori, meglio si coordinano, nell'ordinamento positivo, a principi sanzionatori in tutto diversi dalla responsabilità patrimoniale, nel cui ambito - come si è visto poc'anzi - l'esegesi e il sistema non sembrano includere la specifica destinazione di un dato bene o *genus* alla realizzazione coattiva di un credito non pecuniario». Dello stesso autore v. anche *Azione surrogatoria e realizzazione giudiziale della vendita o promessa di vendita di cosa altrui, esecuzione forzata specifica e obblighi di trasferire o costituire diritti (specialmente in riguardo alla par condicio creditorum)*, in *Giur. it.*, 1997, I, 671 ss., dove, con riferimento al significato dell'art. 2741 c.c., chiarisce che: «Questo principio significa, infatti, che salve le eccezioni di cui si è detto, nessun bene del debitore può essere predestinato, già prima dell'aggressione esecutiva, alla soddisfazione esclusiva e preferenziale di uno o più determinati crediti». Sul punto v. anche MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 224-226, secondo cui «l'idea oggi ampiamente condivisa è quella, viceversa, di un più stretto collegamento tra gli artt. 2740 e 2741 c.c., e quindi di un ambito operativo della responsabilità patrimoniale limitato alla sola espropriazione, quale unico meccanismo strutturalmente preordinato al superamento del microcosmo conflittuale creditore *cum titolo*-debitore ed all'intervento di tutti gli altri creditori». *Contra* questa impostazione v. LA ROCCA G., *L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici*, op. cit., 882 ss., secondo cui attraverso l'esecuzione in forma specifica si potrebbe senza alcuna difficoltà derogare il dettato dell'art. 2741 c.c., 1 comma, in quanto l'elenco delle cause legittime di prelazione di cui al secondo comma non è tassativo: «in altre parole, l'art. 2741 c.c. fa, sì, "salve le cause legittime di prelazione", ma ne rinvia la concreta individuazione alla legge, di guisa non è escluso che

L'estraneità dell'esecuzione in forma specifica alla regola della concorsualità *ex art. 2741 c.c.* è confermata, per altro, dal fatto che l'eventuale conflitto tra detta esecuzione, per consegna o rilascio, e l'esecuzione per espropriazione, quando siano dirette sul medesimo oggetto, è risolto dall'art. 607 c.p.c.¹³⁸

A tal proposito giova ricordare non solo che questa regola non si spiegherebbe se l'esecuzione specifica *ex art. 2930 c.c.* appartenesse alla responsabilità patrimoniale e dovesse quindi applicarsi l'art. 2741 c.c., ma anche che, stando alle indicazioni di autorevoli esponenti della dottrina processualista, la *ratio* dell'art. 607 c.p.c. è proprio quella di evitare il conflitto tra consegna e responsabilità patrimoniale, il che rappresenta un'ulteriore

cause di prelazione ("legittime" perché previste dalla legge) possano essere isolate dall'interprete» e, a suo dire, l'esecuzione in forma specifica sarebbe una di queste. Nel senso della compatibilità dell'esecuzione forzata con il principio della *par condicio creditorum* v. anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 22; BONSIGNORI A., *Esecuzione forzata in genere*, op. cit., 572.

¹³⁸ Questo rilievo è stato prospettato da MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 328.

Con riferimento all'art. 607 c.p.c. v. CRIVELLI A., *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Vol. I, Utet, Torino, 2012, 1294 ss.; MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali*, Vol. IV, Giappichelli, Torino, 2012, 177 ss. L'art. 607 c.p.c., inerente alla consegna per esecuzione o rilascio, stabilisce che: «Se le cose da consegnare sono pignorate, la consegna non può avere luogo, e la parte istante deve fare valere le sue ragioni mediante opposizione a norma degli articoli 619 e seguenti». L'art. 607 c.p.c. disciplina, dunque, l'ipotesi in cui, al momento della consegna forzata, la cosa risulti già soggetta a precedente pignoramento. Ecco che in questo caso la consegna non può avere luogo e il creditore istante dovrà far valere le sue ragioni attraverso l'opposizione di terzo all'esecuzione di cui agli artt. 619 ss.

Il profilo inerente all'estraneità della regola della concorsualità all'esecuzione in forma specifica è stato riconosciuto e approfondito anche da NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 18 ss., il quale non ritiene, tuttavia, che questo sia un valido motivo per negare la riconducibilità dell'esecuzione in forma specifica alla responsabilità patrimoniale. In particolare, Nicolò riconosce che l'art. 2741 c.c. trova applicazione solo con riferimento all'esecuzione per espropriazione, mentre il conflitto tra creditori che tendano a conseguire in forma specifica il medesimo bene si risolve non già in virtù del principio della *par condicio creditorum*, bensì con altri principi di carattere sostanziale che determinano la prevalenza dell'uno sull'altro: «il principio della *par condicio creditorum* può trovare applicazione in quanto: a) si tratti di esecuzione per espropriazione; b) si tratti di creditori aventi diritto a una somma di denaro, come oggetto primario o secondario della loro pretesa. In ogni altra ipotesi il principio è inapplicabile e il concorso di azioni si risolve necessariamente nel senso della prevalenza dell'una o dell'altra».

conferma dell'estraneità dell'esecuzione in forma specifica alle regole proprie della responsabilità patrimoniale.¹³⁹

Le considerazioni fin qui prospettate inducono, dunque, ad accogliere l'idea che «i vari tipi di esecuzione forzata in forma specifica non necessitano, per essere compresi, dell'intermediazione della responsabilità patrimoniale».¹⁴⁰

Un'ulteriore ragione a conferma di tale conclusione si coglie nelle parole di chi ha chiarito che i principi a cui deve ricondursi l'esecuzione forzata in forma specifica non hanno nulla a che vedere con la responsabilità patrimoniale del debitore, ma devono individuarsi piuttosto «in quella clausola generale secondo cui *il debitore deve adempiere esattamente al proprio obbligo* e il creditore ha il diritto di pretendere ciò anche nelle forme coattive».¹⁴¹

¹³⁹ MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 328, dopo aver richiamato l'art. 607 c.p.c. con riferimento all'ipotesi in cui il creditore abbia agito per la consegna della cosa dovuta e un'altro l'abbia prima pignorata per farla espropriare, afferma che «pignoramento ed espropriazione prevalgono sulla consegna coattiva. La esposta regola sarebbe inspiegabile e priva di senso se l'una e l'altra forma coattiva costituissero entrambe manifestazioni della responsabilità patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c.». Se così fosse dovrebbe, a suo dire, aprirsi un concorso tra i due creditori, che, invece, è escluso dalla legge. Alla luce di tali elementi Monteleone ritiene che «se un dato certo è ritraibile dal nostro ordinamento, è proprio quello che induce ad escludere qualsiasi punto di contatto tra mezzi esecutivi previsti dagli artt. 2930-33 c.c. e la garanzia patrimoniale di cui agli artt. 2740-41 e 2900-2906 c.c.». V. anche MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 226, il quale, dopo aver valorizzato il rapporto esistente tra gli artt. 2740 e 2741 c.c., conclude nel senso «di un fondamento binario dell'esecuzione forzata: l'esecuzione specifica si rappresenta, cioè, come un mezzo di realizzazione coattiva del diritto vantato, mentre l'espropriazione, ricollegandosi alla responsabilità patrimoniale, condivide l'ulteriore funzione di assicurare il pari soddisfacimento degli altri creditori».

Tra i processualisti che hanno attribuito all'art. 607 c.p.c. la *ratio* di cui sopra si ricordano: MANDRIOLI C., voce *Esecuzione per consegna o per rilascio*, in *Dig. it. Disc. priv.*, Sez. civ., VII, 1998, 616 ss.; DENTI V., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 1953, 177 ss.

¹⁴⁰ MIRAGLIA C., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3.

¹⁴¹ Il corsivo è di DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 151, secondo cui i referenti dell'esecuzione forzata in forma specifica vanno individuati «in quella clausola generale "di esatto adempimento" che è presente nel codice, sia pure in forme non del tutto chiare (arg. ex art. 1218 e 1453). Tanto significa che il debitore dovrebbe essere tenuto, in via primaria, ad assicurare l'adempimento dell'obbligo, e, solo in via secondaria, il risarcimento del danno». V. anche MIRAGLIA C., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3, sostiene che l'esecuzione in forma specifica «può essere ricondotta alla clausola di esatto adempimento desumibile non solo *ex adverso* dal principio dell'art. 1218 c.c., ma anche dalla disciplina complessiva dell'obbligazione, che legittima la pretesa del creditore ad ottenere in via

Tuttavia proprio alla luce del dettato dell'art. 2740 c.c., suscita un certo interesse la ricostruzione che, pur negando l'appartenenza *sic et simpliciter* dell'esecuzione in forma specifica alla responsabilità patrimoniale, ha delimitato l'area funzionale di quest'ultima ai rapporti obbligatori aventi come contenuto una prestazione di dare.¹⁴²

Nello specifico, questa dottrina valorizza il riferimento dell'art. 2740 c.c. ai beni del debitore, giacché questi sarebbero idonei a garantire l'adempimento di costui tanto con riferimento alle obbligazione pecuniarie, quanto alle obbligazione di dare aventi ad oggetto un bene diverso.¹⁴³

Anche a voler enfatizzare in questi termini il riferimento ai beni del debitore operato dall'art. 2740 c.c., questo non sembra essere ancora sufficiente per fondare la riconducibilità dell'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di dare alla responsabilità patrimoniale.

Per raggiungere questo risultato, infatti, sarebbe necessario anche il superamento degli ulteriori ostacoli che vi si frappongono, *in primis* quello

coercitiva la realizzazione del proprio interesse all'adempimento in natura, al quale corrisponde simmetricamente l'interesse del debitore ad essere liberato mediante l'adempimento *ex art. 1210 c.c.*». Nello stesso senso v. anche MONTESANO L., "Esecuzione specifica", op. cit., 525, chiarisce che «l'art. 1218 non esclude, infatti, che il creditore abbia diritto innanzitutto all'esatto adempimento della prestazione e che perciò questo diritto - finché o purché la specifica esecuzione dell'obbligo sia materialmente o giuridicamente possibile - preceda o accompagni quello al risarcimento».

¹⁴² Si tratta della ricostruzione di BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 22.

¹⁴³ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., *ibidem*, secondo cui proprio il richiamo ai beni di cui all'art. 2740 c.c. «porta ad individuare con chiarezza i beni tutelabili dalla garanzia patrimoniale. Poiché i beni del debitore non possono costituire strumenti di soddisfazione dell'interesse del creditore alla prestazione nei rapporti obbligatori, aventi puro contenuto di fare o di non fare, è naturale la delimitazione dell'area funzionale della responsabilità patrimoniale ai rapporti obbligatori aventi contenuto di dare. Non va viceversa limitata la funzione e quindi la giustificazione della garanzia patrimoniale ai soli rapporti obbligatori pecuniari» ed aggiunge che «è proprio il nesso tra garanzia patrimoniale ed esecuzione processuale che permette di ricollegare sia le garanzia specifiche (pegno e ipoteca) che la garanzia patrimoniale generica a qualsiasi obbligazione avente come contenuto un dare (comprese quelle risarcitorie per l'inadempimento degli obblighi di fare o non fare)». Non solo. Barbiera ritiene pienamente ascrivibile al quadro di riferimento dell'art. 2740 c.c. anche l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto *ex art. 2932 c.c.* in quanto, a suo dire, «essa consente, attraverso un processo non esecutivo, una soddisfazione dell'interesse del creditore al bene analoga a quella consentita con le altre azioni di esecuzione specifica, come quella di consegna o rilascio» (al riguardo v. spec. pag. 16). In senso critico v. MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 327.

rappresentato dal coordinamento della responsabilità patrimoniale con il principio della *par condicio creditorum*, ed indizi in tal senso sono davvero difficili da reperire.¹⁴⁴

Come si anticipava, la soluzione prospettata a proposito dell'estraneità dell'esecuzione in forma specifica al sistema della responsabilità patrimoniale non è certo priva di conseguenze, che si riflettono, in particolare, sull'esperibilità dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale anche per la tutela di diritti di credito diversi da quelli pecuniari.¹⁴⁵

Più volte la giurisprudenza si è trovata dinnanzi a ipotesi in cui il creditore si è avvalso dell'azione revocatoria in funzione del futuro esperimento dell'esecuzione in forma specifica. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il promissario acquirente intenda esercitare l'azione revocatoria per ottenere la

¹⁴⁴ Non vi è traccia di come si potrebbero superare detti ostacoli nella ricostruzione di Barbera. L'importanza del legame tra responsabilità patrimoniale e *par condicio creditorum* è ribadita da MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 328, il quale osserva che l'art. 2741 c.c. è una necessitata conseguenza dell'art. 2740 c.c. e che esso compendia uno dei caratteri essenziali della responsabilità patrimoniale, e cioè la sua intrinseca e potenziale concorsualità. V. anche CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommative esecutive*, op. cit., 398, «è chiaro che se si vuole che la portata dell'art. 2740 c.c. coincida alla perfezione con quella dell'art. 2741 c.c. e dei principi sul paritario concorso che ivi si fondano, ebbene allora va escluso che l'esecuzione in forma specifica possa attenere in alcun modo alla responsabilità patrimoniale».

Tuttavia, Consolo suggerisce un invito al ripensamento del rapporto tra gli artt. 2740 e 2741 c.c. e pone l'accento sulla necessità di distinguere il tipo di diritto - reale o obbligatorio - tutelato attraverso l'esecuzione in forma specifica per decidere della sua appartenenza o meno alla responsabilità patrimoniale. «La possibilità che uno *ius ad rem* sia soddisfatto "invadendo", per ottenere la consegna o il rilascio della *res*, il patrimonio del debitore, trova la propria conferma sistematica proprio e già nell'art. 2740 c.c. e nella responsabilità del debitore, che qui non sarà però una responsabilità patrimoniale generica, ma, se vogliamo, *specificata*». Diversamente, quando l'azione esecutiva è diretta a tutela di diritti reali, essa non avrà più nulla a che vedere con la responsabilità patrimoniale del debitore perché, in questo caso, con l'esecuzione si pretende un bene che è dell'esecutante e non si comprime a tal fine in alcun modo il patrimonio dell'esecutato. In questo senso v. anche LA ROCCA G., *L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici*, op. cit., 890.

¹⁴⁵ V. al riguardo MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 330 e dello stesso autore v. anche *Azione surrogatoria e realizzazione giudiziale della vendita o promessa di vendita di cosa altrui, esecuzione forzata specifica e obblighi di trasferire o costituire diritti (specialmente in riguardo alla par condicio creditorum)*, op. cit., 671 ss.; LA ROCCA G., *L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici*, op. cit., 890 ss.; GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 1118 ss.; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 12 e spec. 54 ss.

dichiarazione di inefficacia dell'alienazione intercorsa tra il promittente venditore ed il terzo, in vista dell'esercizio della tutela *ex art. 2932 c.c.*

Ebbene, la Cassazione ha concluso che «l'azione revocatoria non può essere esperita anche da chi intenda, a seguito del suo accoglimento, esercitare l'azione diretta all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto».¹⁴⁶

Tale affermazione si inserisce in un consolidato orientamento giurisprudenziale che spiega tale conclusione in ragione del fatto che, avendo l'azione revocatoria solamente la funzione di ricostruire la garanzia generica assicurata dal patrimonio del debitore, essa può essere esercitata solo in vista della sua liquidazione, non anche per realizzare finalità di reintegrazione in forma specifica.¹⁴⁷

Di conseguenza, la giurisprudenza ha ammesso l'esperibilità dell'azione revocatoria da parte del promissario acquirente di un bene immobile solamente qualora essa sia diretta alla ricostruzione del patrimonio del debitore per assicurargli il risarcimento del danno patito in conseguenza

¹⁴⁶ Così da ultimo Cass. civ., 11.5.2009, n. 10744, in *Vita not.*, 2009, 1457 ss., che, in motivazione, ha spiegato che si potrebbe riconoscere l'ammissibilità dell'azione revocatoria in funzione del futuro esperimento dell'esecuzione in forma specifica, solo a patto di riconoscere alla revocatoria effetti reali di recupero del bene alla sfera giuridica dell'alienante, mentre la sua caratteristica è proprio quella di essere un semplice strumento di conservazione della garanzia patrimoniale generica.

¹⁴⁷ Così Cass. civ., 13.12.1972, n. 3588, in *Foro it.*, 1973, I, 1479 ss., che ha stabilito la non esperibilità dell'azione revocatoria dell'atto di costituzione di ipoteca su un immobile, oggetto di un preliminare di vendita, da parte del promissario acquirente al fine di rimuovere l'atto di disposizione fraudolentemente compiuto dal *dominus* sulla *res debita* per consentire poi l'acquisto del creditore come se l'atto di disposizione non fosse stato compiuto. V. anche: Cass. civ., 30.3.1976, n. 1479, in *Foro it.*, 1976, I, 1875, la quale ha nuovamente affermato che l'azione revocatoria ha la funzione di ricostruire la garanzia generica e non può essere esperita con effetti restitutori, allo scopo di consentire al creditore di ottenere l'attuazione in forma specifica dell'obbligazione inadempita (nella specie è stato escluso che l'azione potesse consentire all'affittuario di un bene di invalidare la rinuncia del dante causa all'usufrutto sullo stesso). Con riferimento alla funzione della revocatoria quale strumento volto esclusivamente a ricostruire la garanzia patrimoniale generica v. anche Cass. civ., 14.6.2007, n. 13972, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6 ss.; Cass. civ., 25.1.2000, n. 791, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 130 ss. V. anche Cass. civ., 19.12.1996, n. 11349, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1170 ss.; Cass., 25.5.2001, n. 7127, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1055 ss., Cass., civ., 18.2.1991, n. 1691, in *www.dejure.it.*, che hanno negato l'esperibilità dell'azione revocatoria da parte del promissario acquirente per valersi poi del rimedio *ex art. 2932 c.c.*

dell'inadempimento, ma non anche l'adempimento in forma specifica dell'obbligo di contrarre.¹⁴⁸

A ben vedere, negare che la ricostruzione della garanzia generica assicurata dal patrimonio del debitore per il tramite dell'azione revocatoria possa essere domandata dal promissario acquirente di un determinato bene, se non per ottenere il risarcimento del danno, significa negare la stessa riconducibilità dell'esecuzione in forma specifica alla responsabilità patrimoniale. Infatti, se entrambe le forme di esecuzione rientrassero nel novero della garanzia patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*, non si spiegherebbe perché la giurisprudenza reputa la ricostruzione del patrimonio debitorio funzionale alla sola esecuzione per espropriazione.¹⁴⁹

Analoga motivazione ha portato la Cassazione ad escludere che possa ricorrere all'utilizzo del sequestro conservativo il creditore la cui pretesa si sostanzia in un *facere*: sulla base del presupposto che il sequestro conservativo concretizza anticipatamente la garanzia generica *ex art. 2740 c.c.*, la Suprema Corte ha affermato che esso ha la stessa funzione del pignoramento, quale

¹⁴⁸ Cass. civ., 10.10.2008, n. 25016, in *Vita not.*, 2009, 341 ss., dove si legge che: «Il promissario acquirente di un bene immobile può proporre l'azione revocatoria nei confronti del promittente venditore, ove quest'ultimo, prima della stipula del contratto definitivo, si spogli della proprietà dell'immobile promesso in vendita, con atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. In tal caso, tuttavia, l'azione revocatoria non può avere per effetto di far acquistare all'attore la proprietà dell'immobile, come una sorta di risarcimento in forma specifica, ma solo la più limitata finalità di garantirgli il risarcimento del danno patito in conseguenza dell'inadempimento del promittente venditore». Tale soluzione era già stata prospettata da Cass., 13.12.1972, n. 3588, cit., secondo cui il pregiudizio che legittima il promissario acquirente all'esperimento della revocatoria è solo quello che il patrimonio del debitore sia depauperato in modo tale da non garantire in modo sufficiente il soddisfacimento del credito pecuniario del risarcimento del promissario stesso.

¹⁴⁹ La funzionalità dell'azione revocatoria alla sola esecuzione per espropriazione è stata affermata da Cass. civ., 30.3.1976, n. 1479, cit.; Cass., 10.10.2008, n. 25016, cit. In dottrina v. al riguardo MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 330: «se l'esecuzione specifica fosse al pari dell'espropriazione forzata una manifestazione della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*, il sequestro conservativo ed ogni altro mezzo di conservazione della garanzia dovrebbero indifferentemente trovare ingresso per qualunque diritto di credito tutelabile con qualunque mezzo». V. anche GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 1119, il quale afferma che «il binomio responsabilità-garanzia appare preordinato alla sola esecuzione in forma generica».

«primo atto del processo esecutivo per espropriazione forzata», sicché non può essere esperito per la tutela di crediti aventi ad oggetto un *facere*.¹⁵⁰

Inoltre, la giurisprudenza di merito ha espressamente rimarcato che, data «la funzione cautelare», propria dal sequestro conservativo, «volta a garantire la fruttuosità della futura esecuzione per espropriazione e l'effettività della responsabilità patrimoniale del debitore *ex art. 2740 c.c.*, in tale contesto i beni del debitore non rilevano nella loro specifica individualità, ma in relazione al loro valore e alla loro attitudine ad essere trasformati in somme di denaro».¹⁵¹

L'opinione della giurisprudenza è parzialmente diversa con riferimento all'azione surrogatoria, tanto è vero che, talvolta, essa ha acconsentito alla sua esperibilità al fine di ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto.¹⁵²

¹⁵⁰ Cass. civ., 11.2.1989, n. 1479, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 194 ss., la quale ha aggiunto che, essendo il sequestro conservativo un pignoramento anticipato, possono formarne oggetto quegli stessi beni che potrebbero essere ad esso sottoposti: «non è pignorabile e dunque sequestrabile un credito consistente nella pretesa ad un *facere*, soprattutto se tale *facere* consiste nella prestazione del consenso necessario alla conclusione di un contratto». In senso conforme v. anche Cass. civ., 23.4.1981, n. 2425, in *Arch. civ.*, 1981, 763 ss.

¹⁵¹ Così Trib. Torino, 5.5.2009, in *www.dejure.it*. Negli stessi termini v. anche Trib. Napoli, 14.5.2012, n. 6143, in *www.dejure.it*.

¹⁵² Cass. civ., 11.5.2009, n. 10744, cit., dove alla Suprema Corte è stato chiesto di accertare se l'azione surrogatoria spettasse anche al creditore che attraverso la stessa volesse recuperare al patrimonio del debitore un bene sul quale esercitare l'azione di cui all'art. 2932 c.c. In questi termini v. anche Cass. civ., 14.10.2008, n. 25136, in *Vita not.*, 2009, 343 ss., secondo cui è ammissibile l'esercizio in via surrogatoria dell'azione di cui all'art. 2932 c.c., da parte del promissario acquirente nei confronti non solo del promissario alienante inadempiente ma anche del suo dante causa che abbia promesso l'alienazione dello stesso immobile in virtù di precedente preliminare (come accade nei cosiddetti preliminari a catena), «in quanto l'azione surrogatoria non svolge più una funzione meramente conservativa ma principalmente satisfattiva delle ragioni del creditore, tanto più evidente nei contratti concatenati». V. anche Cass. civ., 8.2.1996, n. 51, in *Foro it.*, 1996, I, 880 ss., la quale ha affermato che «la domanda, proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c. contro il promittente venditore, che a sua volta sia destinatario di altra promessa di vendita da parte di un terzo, contiene implicitamente la domanda in via surrogatoria di trasferimento coattivo del bene dal terzo al promittente venditore, purché l'attore abbia dedotto il pregiudizio che gli derivava dall'inadempimento del contratto intercorso tra il convenuto ed il terzo». Ha, invece, negato incidentalmente in motivazione il carattere satisfattivo dell'azione revocatoria Cass. civ., 12.4.2012, n. 5805, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 485 ss. Il carattere anche satisfattivo dell'azione surrogatoria non è affatto pacifico per la dottrina. Tra i tanti che hanno approfondito il tema si ricordano: MONTESANO L., *Azione surrogatoria e realizzazione giudiziale della vendita o promessa di vendita di cosa altrui...*, op. cit., 672 ss.; LA ROCCA G., *L'esercizio in via surrogatoria del*

In realtà tale affermazione non deve trarre in inganno a proposito della riconducibilità dell'esecuzione in forma specifica alla responsabilità patrimoniale, in quanto si spiega, piuttosto, attraverso il discusso riconoscimento, in alcune fattispecie di azione surrogatoria, di una sua funzione satisfattiva e non esclusivamente conservativa della garanzia patrimoniale generica, tanto è vero che la Cassazione si è spinta fino a riconoscere «la neutralità della surrogatoria rispetto al tipo di tutela, la cui esperibilità l'attore mira con essa a salvaguardare».¹⁵³

Non essendo questa la sede per indugiare ulteriormente sulle funzioni proprie dell'azione surrogatoria, ciò che preme sottolineare è, piuttosto, che le indicazioni giurisprudenziali permettono constatare che, anche secondo la Suprema Corte, l'esecuzione in forma specifica è estranea all'area di operatività della responsabilità patrimoniale.

In conclusione, come rilevato da autorevole dottrina, «l'esecuzione in forma specifica costituisce un mezzo di realizzazione del credito», in quanto il creditore consegue coattivamente la medesima prestazione oggetto dell'obbligazione, «ma non una forma di attuazione della responsabilità patrimoniale».¹⁵⁴

Qualora l'esecuzione forzata in forma specifica non dovesse essere possibile, il creditore, grazie alla mediazione della sanzione di risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.*, potrà valersi dell'esecuzione in forma generica.¹⁵⁵

A questo punto non resta che domandarsi come si differenziano le funzioni svolte dalla responsabilità patrimoniale in ragione dell'eterogeneità del contenuto della prestazione originariamente dovuta.

diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici, op. cit., 882; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 66 ss.

¹⁵³ Così Cass. civ., 11.5.2009, n. 10744, cit.

¹⁵⁴ GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 1118; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale..*, op. cit., 170; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 20. Questa idea è stata prospettata anche da BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 148 ss., sebbene in senso critico verso la concezione che esclude dal novero della responsabilità patrimoniale l'esecuzione in forma specifica per le ragioni precedentemente illustrate.

¹⁵⁵ In proposito si rinvia a quanto già osservato nel Cap. 1, § 1.

Occorre premettere che, in ogni caso, la responsabilità patrimoniale svolge una «funzione di coercizione indiretta» sul comportamento del debitore, il quale, essendo consapevole che le conseguenze del mancato adempimento sono destinate a riversarsi sul suo patrimonio, è indotto ad adempiere.¹⁵⁶

Sono invece assenti nel meccanismo della responsabilità patrimoniale finalità sanzionatorie, in quanto, come suggerito dalla dottrina, il suo scopo è semplicemente quello di eliminare l'effetto negativo dell'inadempimento.¹⁵⁷

Quello di deterrente all'inadempimento non è, però, il solo ruolo della responsabilità patrimoniale, la quale svolge le ulteriori funzioni di garanzia dell'adempimento e di soddisfazione dell'interesse del creditore.

Sono proprio queste altre funzioni che si declinano diversamente a seconda che l'obbligazione sia o meno pecuniaria.

¹⁵⁶ DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 149, il quale sottolinea, che per questa ragione la responsabilità patrimoniale rappresenta uno strumento di garanzia delle aspettative creditore, o meglio, uno strumento di tutela in via preventiva del credito. Condividono l'idea della funzione di coercizione indiretta della responsabilità patrimoniale PRATIS, C.M. *Della tutela dei diritti*, op. cit., 28; BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, op. cit., 146, secondo cui la responsabilità patrimoniale ha per funzione preliminare quella di porre il debitore in uno stato di coazione: «di esercitare cioè sulla volontà riluttante di lui una pressione (coazione) che, determinando nella sua mente un giudizio di convenienza, lo induca, attraverso tale giudizio, al volontario adempimento del debito». SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 24, parla di funzione di deterrente a qualsiasi inadempimento e chiarisce che la responsabilità patrimoniale conserva detta funzione qualsiasi sia l'oggetto dell'obbligazione.

¹⁵⁷ CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 538 ss.; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11, secondo cui «il meccanismo della responsabilità patrimoniale non ha alcuna finalità punitiva, ossia di comminatoria di un male maggiore di quello arrecato al creditore attraverso l'inadempimento, bensì persegue uno scopo soltanto esecutivo, ossia di eliminazione dell'effetto negativo dell'inadempimento». V. anche BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2^o ed., 19-20, secondo cui il carattere sanzionatorio della responsabilità patrimoniale è contraddetto dall'inesistenza di conseguenze a carico del debitore che abbia leso l'aspettativa del creditore alla garanzia. Sul punto si rinvia a quanto già osservato nel Cap. 1, § 1, nota 61. Hanno invece affermato il carattere sanzionatorio della responsabilità patrimoniale NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 5; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 28; CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie esecutive*, op. cit., 383, il quale attribuisce alla responsabilità patrimoniale il ruolo di sanzione e deterrente che presidia il corretto funzionamento del rapporto obbligatorio e ne garantisce l'esito soddisfacente. RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 7, il quale pur attribuendo alla responsabilità patrimoniale carattere sanzionatorio, rileva che questa funzione è relegata in posizione subordinata rispetto allo scopo di soddisfazione dell'interesse del creditore.

Dal momento che la responsabilità patrimoniale si concretizza nella sola esecuzione per espropriazione, è perfettamente evidente che essa realizza forzatamente il diritto del creditore solamente per le obbligazioni pecuniarie. Per le obbligazioni aventi un oggetto diverso, al contrario, la responsabilità patrimoniale non ha mai la funzione di realizzare il diritto del creditore, ma solo l'equivalente monetario del danno cagionato dall'inadempimento.¹⁵⁸

Appare così particolarmente significativa l'individuazione da parte di alcuni autori di una «funzione diretta» dell'art. 2740 c.c. e di una sua «funzione sussidiaria».¹⁵⁹

La funzione diretta e principale dell'art. 2740 c.c. è, dunque, quella di assicurare la soddisfazione coattiva del diritto del creditore ad una prestazione pecuniaria inadempita dal debitore.

Qualora il creditore vanti, invece, un credito non pecuniario, l'art. 2740 c.c. svolge un compito secondario, che entra in gioco solo ove non operi l'esecuzione in forma specifica, e che permette al creditore di realizzare il

¹⁵⁸ GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 168, chiarisce che non è esatto far coincidere il fenomeno della responsabilità patrimoniale con quello per cui il creditore ottiene, a mezzo del processo di esecuzione, il soddisfacimento del suo interesse, in quanto questo accade solamente quando il credito abbia per oggetto (originario o succedaneo) il denaro). «Solo quando oggetto della prestazione è già originariamente il denaro si può veramente dire che il diritto del creditore si realizza forzatamente mediante l'espropriazione dei beni del debitore. Solo in questo caso si potrebbero perciò palesare adeguate le espressioni adoperate dagli artt. 2740-2741, in quanto solo in questo caso si potrebbe veramente dire, sia pure in senso traslato, che il debitore adempie con i suoi beni». BOZZI G., *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, op. cit., 62, il quale afferma che la funzione della responsabilità patrimoniale si differenzia in ragione della «natura e struttura di ciascuna obbligazione» e che essa svolge la sua funzione in modo diretto solo per le obbligazioni pecuniarie. MAZZAMUTO, S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., 226, il quale ribadisce che «nelle obbligazioni pecuniarie la forma di tutela è sicuramente soddisfacente (di una originaria pretesa) - così come accade nella tutela specifica - ma il percorso attuativo è segnato dalla responsabilità patrimoniale, dalla *par condicio creditorum* e dall'espropriazione». DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 148, secondo cui proprio per l'intrinseca struttura della responsabilità patrimoniale di esecuzione sul patrimonio per ottenere la sua conversione in somme di denaro, essa garantisce la soddisfazione coattiva dei soli crediti di denaro, i quali potranno poi essere crediti originariamente pecuniari, ovvero crediti risarcitori». In questo senso v. anche ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 493.

¹⁵⁹ V. in particolare SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 24, chiarisce che «l'art. 2740 c.c. opera a due livelli: o come risposta immediata all'insoddisfazione del creditore, il quale ad esempio non riceve il denaro che gli spetta, o come rimedio all'impossibilità o al suo disinteresse a ricevere in sede di esecuzione coattiva la prestazione che gli compete con le relative procedure».

proprio diritto al risarcimento del danno da inadempimento sul patrimonio del debitore.¹⁶⁰

Ne deriva che la responsabilità patrimoniale garantisce l'adempimento e la soddisfazione dell'interesse del creditore alla prestazione solo con riferimento alle obbligazioni pecuniarie, mentre negli altri casi essa assicura esclusivamente il suo interesse al risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo.¹⁶¹

Un ultimo accenno deve farsi rispetto al ruolo di tutela preventiva del credito che abbiamo attribuito alla responsabilità patrimoniale, in ragione della possibilità riconosciuta al creditore di valersi dei mezzi di conservazione della stessa.¹⁶²

Ebbene, anche detta finalità si esplica pienamente solo con riferimento alle obbligazioni pecuniarie. Come si è avuto modo di constatare, i mezzi di

¹⁶⁰ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 26, sostiene che le pretese non pecuniarie del creditore possono ricevere «una tutela indiretta se si possa quantificare l'incidenza economica del relativo inadempimento in relazione ai danni causati al creditore, dando così vita ad un'obbligazione pecuniaria che consente di fare valere la responsabilità ai sensi dell'art. 2740 c.c.» e sottolinea che il denaro corrisposto al creditore non è propriamente un surrogato della mancata prestazione, in quanto il risarcimento comprende anche le ulteriori perdite derivanti dall'inadempimento. A riguardo v. anche GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 169, il quale precisa che si parla di risarcimento del danno come equivalente pecuniario della prestazione solo nel senso che «l'obbligo di risarcimento del danno opera un mutamento dell'oggetto della prestazione, in quanto una somma di denaro subentra al suo posto (...) Ma sarebbe un gravissimo errore pensare che l'equivalenza debba intendersi nel senso che quella somma corrisponde alla valutazione pecuniaria della prestazione inadempita: essa invece corrisponde alla valutazione pecuniaria del danno che è stato conseguenza dell'inadempimento».

¹⁶¹ GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 1119, chiarisce che «la responsabilità garantisce l'adempimento delle sole obbligazioni pecuniarie, fuori da queste, essa garantisce, più limitatamente, il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo». V. anche ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 493 ritiene che la responsabilità patrimoniale realizzi la sua funzione in modo diretto solo rispetto alle obbligazioni pecuniarie. Per le obbligazioni suscettibili di esecuzione in forma specifica e per quelle non pecuniarie ad essa non assoggettabili «sarebbe improprio invocare il concetto di responsabilità patrimoniale: in esse ciò che si realizza non è infatti la prestazione originariamente dovuta, né l'equivalente economico di essa, ma solo l'equivalente economico del danno procurato con l'inadempimento». V. anche DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 149, afferma che, di conseguenza, nella maggior parte dei casi, la responsabilità patrimoniale non garantisce la soddisfazione dell'interesse primario del creditore, ma solo la soddisfazione di un interesse rispetto al primo equivalente, ovvero un interesse avente ad oggetto somme di denaro.

¹⁶² Si rinvia a quanto osservato a riguardo nel Cap. 1, § 1.

conservazione della garanzia patrimoniale possono esercitarsi solo in vista dell'esecuzione per espropriazione, sicché, rispetto alle obbligazioni aventi un oggetto diverso dal denaro, il creditore potrà avvalersene esclusivamente in vista alla ricostruzione del patrimonio del debitore per ottenere il risarcimento del danno patito in conseguenza dell'inadempimento, ma non anche per assicurarsi il buon esito dell'esecuzione coattiva della prestazione dovuta.

Possiamo, allora, concludere che «in ogni obbligazione trova applicazione il caratteristico meccanismo della garanzia/responsabilità patrimoniale, ma non perché la c.d. esecuzione specifica ne costituisca pure espressione, ma perché l'espropriazione forzata dei beni del debitore rappresenta per ogni diritto di credito l'approdo finale per porre rimedio all'inadempimento».¹⁶³

2.- La posizione giuridica del creditore e del debitore: l'impossibilità di ravvisare un diritto di garanzia avente ad oggetto il patrimonio del debitore e l'inesistenza di alcun obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale.

Al fine di cogliere la rilevanza dei cambiamenti che hanno interessato i principi fondamentali della responsabilità patrimoniale e le diverse prospettive entro cui sono destinati ad affermarsi, appare di particolare interesse individuare il contenuto in cui si sostanzia la posizione giuridica dei soggetti del rapporto di responsabilità-garanzia, nonché le modalità attraverso cui operano gli strumenti di tutela dei contrapposti interessi di cui essi sono portatori.

Nell'occuparci del rapporto esistente tra i concetti di responsabilità patrimoniale e garanzia, si è accennato al fatto che, in ragione del dettato dell'art. 1949 del Codice civile del 1865, parte della dottrina riteneva non

¹⁶³ Sono parole di MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 330.

soltanto che tali concetti fossero due lati dello stesso istituto, ma anche che il creditore vantasse un vero e proprio diritto di garanzia sul patrimonio del debitore.¹⁶⁴

Il contenuto di tale diritto di garanzia è stato poi tratteggiato attraverso differenti coloriture.

Secondo una teoria maturata durante il vigore del vecchio codice, e rimasta tuttavia isolata, il lato attivo del rapporto di garanzia altro non sarebbe se non un diritto di pegno.¹⁶⁵

In realtà, fu proprio il suo stesso fautore a porre in evidenza le peculiarità caratterizzanti tale diritto e divergenti da quelle proprie del consueto diritto di pegno, qualificandolo, nello specifico, quale «pegno generale», avente ad oggetto l'intero patrimonio del debitore.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Sul punto si rinvia a quanto osservato nel Cap. 1, § 1. La tesi del diritto di garanzia sul patrimonio del debitore è stata sostenuta da ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op. cit., 688 ss. ed entro una diversa prospettiva anche da PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile*, op. cit., 51 ss.; BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 98 ss.

¹⁶⁵ ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op. cit., 688 ss. Per arrivare a tale conclusione Rocco è partito dall'idea che nel processo esecutivo si realizza un preesistente diritto del creditore e ne ha determinato il contenuto attraverso l'analisi dei diversi momenti in cui si articola il procedimento di esecuzione forzata. Posto che il processo di esecuzione forzata si sostanzia nella «realizzazione del diritto del creditore di vendere i beni del debitore allo scopo di soddisfarsi sul prezzo», egli ha affermato che in ciò si sostanzia il lato attivo del rapporto di garanzia: «il processo di esecuzione per via di espropriazione è semplicemente la realizzazione del diritto del creditore di vendere i beni del debitore allo scopo di soddisfarsi sul prezzo. Questa facoltà di vendere i beni e di pagarsi sul prezzo è dunque il contenuto del diritto del creditore (..) Fra le varie categorie di diritti privati ve n'ha uno il cui contenuto è precisamente identico, il diritto di pegno». Rocco descrive il diritto di pegno quale «diritto al valore pecuniario della cosa, o per essere più precisi, è il diritto di realizzare e far proprio il valore della cosa (..) Ebbene, questo è appunto lo scopo dell'esecuzione forzata in via di espropriazione». In sintesi, dunque, il diritto sul patrimonio del debitore è stato assimilato al pegno poiché, analogamente ad esso, consente al creditore a fronte dell'inadempimento di agire sui beni del debitore.

¹⁶⁶ ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op. cit., 691 ss., ha precisato, inoltre, che l'esercizio effettivo del diritto di pegno generico inizia solo con il pignoramento, giacché prima di questo momento il debitore può sottrarre i propri beni a tale diritto tramite l'alienazione. Rocco ha evidenziato le ulteriori peculiarità dell'oggetto del diritto di pegno attribuito dall'art. 1949 c.c. e ha affermato che «il diritto di pegno di cui all'art. 1949 cade su tutto il patrimonio del debitore considerato come *universitas*; il diritto di pegno del creditore singolo invece ha per oggetto una cosa determinata individualmente. Mentre il pegno generale comprende le cose appartenenti al patrimonio del debitore solo come *universitas*, e finché restano tali, il pegno singolare colpisce la cosa in sé individualmente considerata, e la segue anche quando è uscita dal patrimonio». A proposito del

Non sfuggiva, inoltre, che il diritto di pegno che l'art. 1949 avrebbe attribuito indistintamente a tutti i creditori del medesimo debitore, non conferiva ad essi alcun privilegio, sicché si concluse che il diritto del creditore avente ad oggetto il patrimonio del debitore era «un diritto di pegno nella sua forma essenziale».¹⁶⁷

Sono immediatamente percepibili le numerose critiche a cui una siffatta impostazione si è prestata e le ragioni per cui essa non ha avuto alcun seguito.¹⁶⁸

Invero, non vi era allora, così come non vi è attualmente, alcuna disposizione normativa che permettesse di concepire un siffatto pegno generico, tanto più che non è dato configurare alcun diritto di pegno che non si

particolare oggetto di tale diritto di pegno egli ha precisato ancora che «nel diritto reale sull'*universitas* il potere cade effettivamente sulle cose componenti il complesso e non sul complesso, ma le cose vi sono soggette solo in quanto appartengono al complesso (...) Il diritto reale sopra un'*universitas* ha per oggetto cose determinate non individualmente, ma dal fatto della loro appartenenza all'*universitas*».

¹⁶⁷ ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore*, op. cit., 692, ha affermato che non vi è alcuna difficoltà a concepire un diritto di pegno che non attribuisca al titolare alcun privilegio e si è spinto fino a negare che il privilegio fosse un elemento essenziale del pegno, giacché il privilegio non avrebbe fatto parte del suo contenuto ma sarebbe stato solamente «una conseguenza di puro fatto del suo esercizio». Alla luce di tali premesse Rocco ha concluso nel senso che il diritto di pegno sul patrimonio del debitore fosse un pegno «sceverato da tutti gli elementi che in questa figura giuridica si sogliono innestare, ma che non sono della sua essenza. Qui appare appunto il pegno, ridotto ai suoi termini più semplici, come puro e semplice diritto al valore pecuniario di una cosa altrui». Da qui l'idea che «ogni diritto di credito è dunque accompagnato da un diritto di pegno sul patrimonio del debitore, il quale nasce contemporaneamente all'obbligazione, e non al momento della esecuzione».

¹⁶⁸ La tesi di Rocco, sebbene rivisitata, ha trovato parziale accoglimento da parte di BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 102, secondo cui l'art. 2740 c.c. ha attribuito al creditore un diritto sui beni del debitore, che spetta al creditore già prima dell'espropriazione, limitato alla garanzia del credito e che egli ha descritto come diritto di garanzia «munito di limitatissima realtà». Si tratta a suo dire una realtà «anormale» «perché non vi è qui uno stato di transizione ad un ulteriore stato definitivo con piena realtà del diritto, ma si tratta di una situazione provvisoria, sì, ma in quanto ha una funzione di semplice garanzia». La posizione fortemente critica della dottrina maggioritaria nei confronti della tesi del Rocco è riassunta perfettamente dalle parole di COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 71, secondo cui «quando si dice che il diritto del creditore è un diritto reale su patrimonio del debitore si è completamente fuori dal diritto italiano oggi vigente». V. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 32, che descrive la tesi del Rocco quale teoria ad oggi dimenticata e ricordata come questione negletta.

accompagni al privilegio, il quale, al contrario, ne costituisce un elemento indefettibile.¹⁶⁹

Del resto, posto che, in ragione dell'art. 2786 c.c., lo spossessamento del debitore, o quanto meno l'impossibilità che costui disponga della cosa data in pegno senza la cooperazione del creditore, è elemento essenziale per la costituzione del pegno, per poter affermare che costui vanta un diritto di pegno generale dovrebbe ammettersi che, fin dal momento della nascita dell'obbligazione, il debitore si trovi nell'impossibilità di disporre

¹⁶⁹ Queste critiche sono condivise dalla maggior parte degli autori che si sono occupati di questo tema. Tra i tanti si ricordano GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, op. cit., 24 ss., il quale ha ritenuto inammissibile la tesi del Rocco principalmente poiché un diritto di pegno in senso lato non è affatto contemplato dalla legge, «né a sostegno di esso si può argomentare dalla disposizione dell'art. 1949, in quanto l'espressione che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori non vuole significare che questi beni formano oggetto di un diritto reale di pegno; se così fosse il creditore potrebbe agire anche contro i terzi per soddisfarsi sui beni che fossero stati alienati ad essi, il che non si verifica». Inoltre, ha aggiunto che nemmeno l'esistenza dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale giova alla tesi del diritto di pegno, perché essi non ne presuppongono l'esistenza. CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 551, ha negato la possibilità di attribuire al creditore un diritto reale avente ad oggetto il patrimonio del debitore poiché «vi è soltanto una soggezione del debitore, non affatto dei terzi all'interesse del creditore sui beni costituenti il patrimonio di quello, perché gli altri creditori tanto poco devono rispettare l'interesse di un creditore singolo su questo o quel bene del debitore che possono concorrere nel soddisfacimento con lui». Altra ragione che Carnelutti ha addotto al fine di negare l'ammissibilità della tesi del Rocco si è sostanziata nell'impossibilità di concepire un diritto di pegno che non si accompagni al privilegio: «casi di pegno senza privilegio non esistono, se Rocco è riuscito a farne vedere qualcuno ai suoi lettori si tratta di una singolare illusione». V. anche CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 20 ss., il quale contro la tesi del Rocco ha affermato che, da un lato che non è affatto provato che la prelazione non sia un elemento essenziale del pegno, dall'altro ha negato la possibilità di concepire un diritto di pegno avente il patrimonio come *universitas*. Alle critiche prospettate dalla dottrina più risalente deve aggiungersi la considerazione che la possibilità di immaginare un pegno che abbia ad oggetto l'intero patrimonio del debitore è ad oggi impedita dal principio di specialità del pegno, il quale, a differenza del privilegio, che può essere anche generale, ha ad oggetto sempre un singolo specifico bene.

Contro la tesi del pegno generico si sono espressi anche POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, op. cit., 68 ss.; PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale*, op. cit., 45 ss.; COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 72-73; COVIELLO L., *L'obbligazione negativa*, op. cit., 22 ss.; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 10; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 30-31; BETTI E., *Teoria generale dell'obbligazione*, pag. 146 ss., il quale ha aggiunto che «se un diritto di pegno preesistesse, non sarebbe necessario un apposito atto di pignoramento». In tempi più recenti la tesi del diritto di pegno è stata criticata anche da SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 32, secondo cui non è possibile qualificare la posizione del creditore nel rapporto di responsabilità quale diritto reale, in quanto «la soggezione al potere di esecuzione riguarda il rapporto tra debitore e creditore e si attua solo tra loro». BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, op. cit., 486 ss.

autonomamente dei propri beni, mentre la disciplina dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale è indice del contrario.¹⁷⁰

Chiarito che il contenuto della posizione giuridica del creditore nel rapporto di responsabilità non si sostanzia in un diritto di pegno, altra dottrina ha ritenuto che il creditore sia titolare di un diritto di garanzia *sui generis*, senza forza di prelazione, che si manifesterebbe dapprima sotto forma di controllo sull'attività del debitore e, a seguito dell'inadempimento, quale diritto di aggredire forzatamente il suo patrimonio.¹⁷¹

Il lato attivo della responsabilità patrimoniale si sostanzierebbe, dunque, in un diritto del creditore sul patrimonio del debitore, avente carattere

¹⁷⁰ L'art. 2786 c.c. rende necessaria per la costituzione del pegno la consegna al creditore della cosa o del documento che ne conferisce l'esclusiva disponibilità e precisa, nel suo secondo comma, che laddove la cosa sia consegnata ad un terzo o sia posta in custodia di entrambe le parti, il costituente deve essere posto nella impossibilità di disporre senza la cooperazione del creditore. Con riferimento alla disciplina del pegno si veda GABRIELLI E., *Pegno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Vol. XIII, Utet, Torino, 1995, 329 e dello stesso autore v. anche *Pegno (aggiornamento)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Vol. XIII, Utet, Torino, 661. V. anche BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XXVIII, Roma, 1992, 1 ss., che sottolinea come il debitore rimanga libero di disporre dei propri beni, restando i suoi atti pienamente validi ed efficaci salvo non ricorrano i presupposti per l'esperibilità dell'azione revocatoria. A proposito del potere di disposizione del debitore del proprio patrimonio v. *infra*.

¹⁷¹ Così PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile*, op. cit., 45 ss, secondo cui tale diritto di garanzia, che trae la sua fisionomia dalle disposizioni di cui agli articoli 1948 e 1949 del Codice civile del 1865, non poteva essere ricondotto ai concetti di pegno o ipoteca, bensì ad un più lato concetto di garanzia reale. «Il diritto del creditore non colpisce propriamente né le singole cose del debitore né il complesso delle medesime, ma assoggetta il debitore stesso ad un controllo relativamente alla sua attività patrimoniale» (pag. 49, nota 2). Tale diritto di garanzia sorge fin dal nascere del credito e attraversa, a suo dire, due distinte fasi, manifestandosi nella prima quale «controllo gestorio», nella seconda come diritto di aggressione del patrimonio del debitore, ovvero quale «diritto ad ottenere l'oggetto, o quanto meno il valore dell'oggetto della prestazione dovuta, ove la prestazione medesima non venga dal debitore, o da altri per lui, eseguita». Sul punto si rinvia a quanto già osservato in proposito nel Cap. 1, § 1. *Contra* l'idea che il creditore sia titolare di un diritto di controllo gestorio v. GANGI C., *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, op. cit., 543, il quale osserva che l'intervento del creditore sul patrimonio del debitore non è ammesso se non sotto determinate condizioni e definisce «artificiosa» la costruzione che trasforma il diritto di controllo gestorio in diritto di aggressione del patrimonio. Recentemente, si è richiamata all'idea che al creditore sia accordato una sorta di controllo gestorio sull'attività del debitore MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli 2012 (spec. pag. 41).

personale, e capace di trasformarsi in diritto reale qualora il creditore abbia concretamente avviato l'esecuzione forzata.¹⁷²

A fronte di tale diritto, il debitore sarebbe gravato da un vero e proprio obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale rappresentata dal suo patrimonio.¹⁷³

Il contenuto del lato passivo del rapporto di garanzia si identificherebbe, pertanto, nell'obbligo del debitore di astenersi dal compiere qualsiasi atto che sia tale da diminuire la garanzia che i suoi beni rappresentano per i creditori.¹⁷⁴

¹⁷² CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 227 ss., il quale ha sottolineato che il vincolo di garanzia sorge come vincolo personale e acquista carattere reale con l'esecuzione forzata: «diremo pertanto che in ogni diritto di credito si ha oltre un vincolo alla prestazione anche un vincolo di garanzia». La manifestazione del vincolo personale di garanzia è data dall'esperibilità da parte del creditore dell'azione revocatoria a fronte del venir meno della consistenza patrimoniale del debitore.

L'idea che il creditore esercita sul patrimonio del debitore un diritto di garanzia è stata ripresa attraverso una lettura in parte differente da BETTI E., *Teoria generale dell'obbligazione*, pag. 147 ss., il quale ha ritenuto che il creditore sia titolare di una garanzia generica su una porzione ideale del patrimonio del debitore pari al valore del credito. Nello specifico, Betti ha affermato che esso non è un diritto reale a sé stante, bensì un'aspettativa di soddisfazione che è concomitante al credito. In altri termini, secondo Betti, il diritto di garanzia sul patrimonio del debitore non è un vero e proprio diritto, ma solo una semplice aspettativa di soddisfazione, mentre il vero e proprio diritto reale di azione sui beni che ne fanno parte si crea solamente con il pignoramento. Questa aspettativa di soddisfazione che, Betti assimila ad una garanzia sui beni del debitore, è da lui qualificata come il «potere di costruirsi un diritto reale, un potere giuridico sostanziale - (che egli vede insito all'obbligazione e abbiamo già chiarito che, sotto questo profilo, la tesi non può essere accolta, in quanto la responsabilità patrimoniale è un elemento esterno alla struttura dell'obbligazione. V. Cap. 1, § 2.2.) - al quale è coordinato quel potere giuridico processuale che è l'azione esecutiva». Di conseguenza, egli conclude che il termine attivo del rapporto di garanzia rientra nei rapporti di diritto potestativo. Favorevole alla tesi del diritto di garanzia è anche MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, op. cit., 61.

¹⁷³ CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 232, ha affermato che «dovere di prestazione e dovere di conservare la garanzia patrimoniale sono ambedue elementi dell'obbligazione, e correlativamente diritto alla prestazione e diritto alla conservazione elementi del credito». MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, op. cit., 61, ha affermato che «del principio della responsabilità illimitata, è parallelo quello della integrità del patrimonio del debitore, che dà luogo ad un dovere del debitore medesimo», a cui corrisponde il diritto del creditore a non vederla compromessa. L'autore ha però avvertito che tale principio funziona nei limiti dell'interesse soddisfacente del creditore, poiché, in caso contrario, «si dovrebbe giungere alla conseguenza che chi ha un debito non possa disporre neppure di parte dei propri beni, ovvero che il creditore abbia una sorta di diritto reale sui beni del debitore». V. anche BETTI E., *Teoria generale dell'obbligazione*, pag. 175 ss.

¹⁷⁴ La tesi dell'obbligo del debitore di mantenere integro il suo patrimonio è stata sostenuta anche da alcuni autori che hanno negato che il creditore sia titolare un diritto di

In altri termini, stando a questa ricostruzione, nel porre in essere atti di disposizione del suo patrimonio che ne diminuiscano l'entità, il debitore commetterebbe un atto illecito, dal momento che si renderebbe inadempiente all'obbligo su di lui gravante di non alterarne la consistenza, donde la possibilità per il creditore di reagire alla lesione del suo diritto di garanzia attraverso il ricorso ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.¹⁷⁵

Anche questa teoria, che altro non è se non una rivisitazione della precedente, non può essere accolta, né sotto il profilo dell'esistenza di un diritto di garanzia in capo al creditore, né sotto quello della configurabilità di un vero e proprio obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale gravante sul debitore.¹⁷⁶

garanzia. Così COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 91, il quale ha ritenuto che esista un vero e proprio obbligo di conservare la garanzia patrimoniale in capo al debitore, in funzione di un eventuale esecuzione e ha argomentato tale conclusione attraverso l'individuazione del fondamento della revocatoria fallimentare. Egli ha rinvenuto il fondamento di tale azione nell'illegittimità dell'atto compiuto dal debitore «in quanto è stato posto in essere da persona che non aveva più il diritto di disporre delle proprie attività; si fa così riferimento alla violazione di un'indisponibilità patrimoniale». Partendo dalla considerazione che, dal punto di vista del fondamento della revoca non c'è nessuna differenza tra quella ordinaria e quella fallimentare, egli ha concluso nel senso che, anche con riferimento alla revocatoria ordinaria, deve ritenersi che esista un obbligo del debitore di non disporre del suo patrimonio.

¹⁷⁵ CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, op. cit., 232 ss.; BETTI E., *Teoria generale dell'obbligazione*, pag. 195 ss., il quale argomentando dal generale dovere di correttezza ex art. 1775 c.c., ha configurato in capo al debitore un vero e proprio «onere di vigilanza» sul suo patrimonio ai fini della tutela dei propri diritti e un dovere di astensione dal compimento di atti illeciti, in quanto lesivi dell'aspettativa di garanzia del creditore. In proposito v. anche NATOLI U., voce *Azione revocatoria. Revocatoria ordinaria*, in *Enc. dir.*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 888 ss., il quale ritiene che il Codice civile permetta di identificare ex art. 1775 un dovere del debitore di comportarsi in modo da evitare comunque qualsiasi pregiudizio per le ragioni creditorie. In tal senso v. anche MAFFEI ALBERTI A., *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970.

¹⁷⁶ Hanno diffusamente criticato l'idea che il lato attivo del rapporto di responsabilità si sostanzia in un diritto di garanzia: COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 71 ss.; COVIELLO L., *L'obbligazione negativa*, op. cit., 22 ss.; GANGI C., *Le obbligazioni*, op. cit., 20 ss.; POLACCO V., *Obbligazioni*, op. cit., 68 ss.; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 4-5.; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 24-25; GIAMPICCOLO G., *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, Vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1959, 951 ss.; NICOLO R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. al C.C.*, a cura di Scialoja - Branca, Zanichelli, Bologna, 1953, 4 ss., secondo cui «l'esistenza di un diritto di garanzia avente ad oggetto tutti i beni del debitore è una mera illusione».

La dimostrazione che il creditore non è titolare di alcun diritto di garanzia è data dalla disciplina dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.¹⁷⁷

Se davvero il creditore fosse titolare di un diritto di garanzia avente ad oggetto l'intero patrimonio del debitore, è evidente che a fronte di qualsiasi atto di disposizione o di omissione di quest'ultimo tale da causarne una diminuzione egli sarebbe legittimato a reagire, dal momento che, attraverso quel comportamento, il debitore andrebbe a ledere il suo specifico diritto e si renderebbe inadempiente all'obbligo di conservazione su di lui gravante.¹⁷⁸

Tuttavia, le disposizioni normative che dettano le condizioni di esperibilità dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale dimostrano che, affinché il creditore possa valersene, non basta che il debitore disponga dei

¹⁷⁷ Al riguardo si vedano gli interessanti spunti di NICOLÒ R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 4., secondo cui «se con l'espressione "garanzia patrimoniale" la legge avesse voluto alludere al c.d. diritto di garanzia del creditore sui beni del debitore, si sarebbe allora dovuto distinguere tra il sequestro, che sarebbe veramente un mezzo di conservazione, e la revocatoria e la surrogatoria, che sarebbero invece mezzi di realizzazione specifica del diritto di garanzia, dato che per il loro effetto vi sarebbe la reintegrazione piena del diritto violato. Invece la qualifica unitaria adottata dalla legge dimostra che tutti questi istituti hanno una funzione conservativa nel senso che tendono a prevenire una lesione irreparabile del diritto di credito e a conservare la posizione dei beni del creditore che sono necessari e sufficienti per la realizzazione coattiva del credito».

¹⁷⁸ GIAMPICCOLO G., *Azione surrogatoria*, op. cit., 951, che ha approfondito il tema in relazione all'individuazione del fondamento dell'azione surrogatoria. «Se di quel diritto - (quello di garanzia) - si potesse ammettere l'esistenza e la surrogatoria fosse un mezzo a sua difesa, qualunque comportamento omissivo del debitore che comportasse un depauperamento patrimoniale, venendo ad integrarne una lesione, dovrebbe autorizzare l'esperimento della surrogatoria, laddove il rimedio è invece concesso nella sola ipotesi in cui si profili il pericolo di insolvenza del debitore». Analogo percorso argomentativo è seguito con riferimento all'azione revocatoria da BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, op. cit., 3. NICOLÒ R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 194, che con riferimento al presunto obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale chiarisce che «se così sussistesse tale obbligo l'onere della prova del dolo o della colpa non dovrebbe essere a carico del creditore che agisce in revocatoria, ma dovrebbe essere il debitore provare che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile». V. anche GANGI C., *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, op. cit., 542, secondo cui affermare che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia dei diritti dei creditori non basta per ammettere l'esistenza di un vero e proprio diritto reale di garanzia autonomo e distinto dal diritto personale alla prestazione».

propri beni in modo da recare una semplice diminuzione del suo patrimonio, ma occorre un *quid pluris*.¹⁷⁹

Innanzitutto, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901 c.c., non è affatto sufficiente la sussistenza del presupposto oggettivo dell'*eventus damni*, consistente nel pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore, ma è necessario, altresì, il *consilium fraudis* del debitore, se l'atto di disposizione è a titolo gratuito, nonché la *participatio fraudis* del terzo acquirente, qualora l'atto di disposizione sia a titolo oneroso.¹⁸⁰

É proprio alla luce di tali premesse che parte della dottrina, impegnata nel tentativo di ricostruire il fondamento dell'azione revocatoria, ha espressamente negato la possibilità di richiamare il presunto obbligo di conservazione anche laddove si volesse fondare l'inefficacia dell'atto di disposizione compiuto dal debitore in un illecito contrattuale, potendosi al più

¹⁷⁹ Con riferimento ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale v. BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, op. cit., 1 ss.; GIAMPICCOLO G., *Azione surrogatoria*, op. cit., 951ss.; DI MARTINO G., *Revocatoria (aggiornamento)*, in *Enc. giur.*, Vol. XXVIII, Treccani, Roma, 2001, 1 ss.; PAJARDI P., *Il sistema revocatorio. Ordinario, fallimentare, penale, tra teoria e applicazioni*, Giuffré, Milano, 1990; NATOLI U., *Azione revocatoria*, op. cit., 888 ss.; COSSU C., *Revocatoria ordinaria (azione)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Vol. XVII, Utet, Torino, 1999, 452 ss.; BREGOLI A., *Effetti e natura della revocatoria*, Giuffré, Milano, 2001; FORTINO M., *Il sequestro conservativo tra garanzia del creditore e tutela del debitore*, Giuffré, Milano, 1988; PATTI S., *L'azione surrogatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, Vol. XX, a cura di Rescigno, Utet, Torino, 1985, 119 ss.; D'ERCOLE S., *L'azione revocatoria*, *ivi*, 163 ss.; PERCHIUNNO V., *Il sequestro conservativo*, *ivi*, 195.

¹⁸⁰ Per un'attenta analisi dei presupposti che consentono al creditore di valersi della revocatoria si rinvia a BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, op. cit., 3 ss.; DI MARTINO G., *Revocatoria (aggiornamento)*, op. cit., 1 ss. Occorre precisare che, con riferimento all'*eventus damni*, non si richiede che il creditore risulti immediatamente ed effettivamente pregiudicato, ma è sufficiente che, in conseguenza dell'attività del debitore, si profili il pericolo dell'infruttuosità dell'eventuale e futura azione esecutiva. V. anche D'ERCOLE S., *L'azione revocatoria*, op. cit., 167 ss. il quale sintetizza con estrema chiarezza i requisiti cui è subordinato l'esperimento dell'azione revocatoria: a) esistenza di un valido rapporto di credito; b) effettività del danno, inteso come lesione della garanzia patrimoniale del credito conseguente al compimento dell'atto di disposizione da parte del debitore; b) ricorrenza in capo al debitore ed eventualmente al terzo un determinato atteggiamento psicologico, qualificabile diversamente a seconda che l'atto sia anteriore o successivo al sorgere del credito, ovvero oneroso o gratuito. A tali requisiti devono aggiungersi, inoltre, quelli inerenti specificamente all'atto di disposizione compiuto dal debitore.

invocare la contrarietà del suo comportamento al principio di buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c.¹⁸¹

Ulteriori conferme nella direzione dell'inesistenza di alcun obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale si traggono dalla disciplina dell'azione surrogatoria.

Se realmente il patrimonio del debitore fosse gravato da un diritto di garanzia, a fronte di qualsivoglia comportamento omissivo del debitore tale da determinarne un mancato accrescimento il creditore dovrebbe poter esperire l'azione surrogatoria. Al contrario, la legge consente l'intervento del creditore solamente quando l'inerzia del debitore si accompagna al c.d. pericolo di insolvenza, ovvero ad «una situazione patrimoniale tale da mettere concretamente in pericolo il soddisfacimento del credito».¹⁸²

¹⁸¹ Così BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, op. cit., 2. Non essendo possibile affrontare nello specifico il tema inerente al fondamento della revocatoria, si ricorda brevemente che al riguardo sono state prospettate principalmente due diverse soluzioni, ovvero la tesi dell'illecito e la tesi della limitazione del potere dispositivo del debitore. La prima tesi ricollega l'inefficacia dell'atto di disposizione alla natura illecita del comportamento del debitore, (indipendentemente dall'esistenza di una qualsiasi limitazione del suo potere dispositivo), e si richiama all'illecito extracontrattuale qualora l'atto sia stato compiuto prima del sorgere dell'obbligazione, contrattuale se posto in essere successivamente, con la precisazione che la natura contrattuale dell'illecito deriva dalla contrarietà del comportamento del debitore al dovere di buona fede, e non già ad un suo obbligo nei confronti del creditore. Tra i principali esponenti di questa teoria si ricordano COSSU C., *Revocatoria ordinaria (azione)*, op. cit., 455; NATOLI U., *Azione revocatoria*, op. cit., 889; BREGOLI A., *Effetti e natura della revocatoria*, op. cit., 18 ss. Favorevole è anche FORTINO M., *Il sequestro conservativo tra garanzia del creditore e tutela del debitore*, op. cit., 58-59.

La seconda teoria ritiene, invece, che solamente quando l'atto dispositivo è anteriore al sorgere del credito il suo fondamento debba essere ravvisato in un illecito - (di tipo extracontrattuale) - compiuto dal disponente a danno del creditore. Qualora l'atto di disposizione sia successivo, stando a tale ricostruzione, il fondamento della sua inefficacia deve essere rinvenuto nella qualità di debitore del suo autore e, specificamente, nell'attenuazione del potere di costui di disporre dei propri beni. Così NICOLÒ R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 195; MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 83-84. V. anche BIANCA C. M., *Diritto civile. La responsabilità*, op. cit., 486 ss., il quale rinviene il fondamento della revocatoria nella sua funzione di conservare la garanzia generica contro gli atti di disposizione che aggravano l'eventualità dell'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare il creditore.

¹⁸² PATTI S., *L'azione surrogatoria*, op. cit., 140, ha chiarito che l'intervento surrogatorio del creditore è legittimo soltanto in presenza del suo interesse conservativo. Tale interesse si configura quando il pericolo di insolvenza ed il comportamento omissivo del debitore fanno prevedere un danno alle ragioni del creditore. GIAMPICCOLO G., *Azione surrogatoria*, op. cit., 951 ss. I presupposti della legittimazione all'azione surrogatoria sono: a) l'esistenza di un credito; b) il pericolo di insolvenza del debitore; c) l'inerzia pregiudizievole

Infine, anche il sequestro conservativo non può essere domandato *sic et simpliciter*, ma occorre che il creditore abbia fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito così come indicato dal Codice di rito.¹⁸³

Le considerazioni fin qui prospettate dimostrano che la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. non comporta né la nascita di un diritto di garanzia del creditore sui beni del debitore, né un obbligo del debitore di non alterare la consistenza del proprio patrimonio: soltanto a fronte dell'assunzione da parte del debitore di un comportamento che integri i presupposti richiesti

del medesimo. Con riferimento al secondo requisito Giampiccolo ha precisato che di fatto il creditore avrebbe sempre interesse a vedere incrementato, o per lo meno non diminuito, il patrimonio del debitore: «più larga è infatti la garanzia patrimoniale, più sicura è, per ogni anche lontana evenienza, la realizzazione del credito. Tale interesse però diviene un interesse protetto e giustifica la cautela, solo quando si profili per il creditore un pericolo effettivo di lesione al suo diritto, e cioè un pericolo di insolvenza del debitore. Finché, dunque, il patrimonio di quest'ultimo è in condizioni di garantire un adempimento quantitativamente e qualitativamente esatto della prestazione dovuta, non v'è luogo a possibile intervento del creditore». Inoltre, non basta il pericolo di insolvenza affinché il creditore possa sostituirsi al debitore nell'amministrazione del suo patrimonio. Occorre, infatti, un'inerzia pregiudizievole del debitore che sia in rapporto causale con un contegno omissivo dell'obbligato, che quel pericolo determini o aggravi (se già esistente). In proposito la Cassazione ha chiarito che ai fini dell'esperibilità da parte del creditore dell'azione surrogatoria non è sufficiente che il debitore trascuri la realizzazione dei suoi diritti, ma occorre altresì che la sua inerzia possa avere riflessi negativi sulla garanzia che, a norma dell'art. 2740 c.c., il suo patrimonio costituisce per i creditori: «occorre cioè un interesse specifico, determinato dal pregiudizio che possa derivare alle ragioni del creditore, essendo in definitiva l'azione surrogatoria diretta a tutelare il diritto di quest'ultimo contro il pericolo dell'insolvenza del suo debitore». Così Cass., 31.1.1984, n. 741, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 1. V. anche NICOLO R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 68.

¹⁸³ Con riferimento al sequestro conservativo v. FORTINO M., *Il sequestro conservativo tra garanzia del creditore e tutela del debitore*, op. cit., 104 ss. Il Codice civile non individua i presupposti e le condizioni di legittimazione per la richiesta del provvedimento, limitandosi ad indicare quale legittimato ad agire il creditore e a disporre il rinvio al Codice di rito. Il codice di procedura civile, detta puntualmente i presupposti del sequestro conservativo, che delinea quale tipica misura cautelare. In ragione dell'art. 671 c.p.c. perché sia autorizzato il sequestro occorre che il giudice ravvisi, la sussistenza di un credito e la fondatezza del timore di perdere la relativa garanzia, che la dottrina ritiene corrispondano al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora* che caratterizzano in genere i procedimenti cautelari. Con specifico riferimento al *periculum in mora* la dottrina ha osservato che la necessità che il timore appaia fondato è diretta ad assicurare il debitore dal rischio di aggressioni assolutamente pretestuose. Così ZUMPARO M., *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enc. dir.*, Vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, 112 ss. A proposito del *periculum in mora* la giurisprudenza ha precisato tale presupposto «non può consistere nel mero timore soggettivo del creditore di perdere la garanzia del proprio credito, ma deve invece corrispondere ad una situazione di pericolo reale ed obiettiva, in cui si concreti la possibilità che il patrimonio del debitore venga sottratto o diminuito in modo da non soddisfare più la funzione di garanzia che gli è propria». Così Trib. Modena, 23.2.2011, in *www.dejure.it*

dalla legge è possibile per il creditore arginare il pericolo di una eventuale esecuzione forzata infruttuosa.¹⁸⁴

3.- Il diritto del creditore alla consistenza del patrimonio del debitore e la conseguente limitazione della sua libertà di disposizione patrimoniale.

Considerato che non è possibile ritenere il debitore gravato da alcun obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale, né concepire il suo patrimonio quale oggetto di uno specifico diritto di garanzia del creditore, tuttavia, rimane da definire quale sia il contenuto del lato attivo e del lato passivo della responsabilità patrimoniale.

¹⁸⁴ V. MIRAGLIA C., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 7, conclude nel senso che il debitore non ha alcun dovere di mantenere integro il proprio patrimonio, «nemmeno nei limiti sufficienti ad assicurare il valore economico della prestazione». NERVI L., *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, Cedam, Padova, 2001, spec. 50 ss., secondo cui nell'ordinamento non è dato riscontare specifiche previsioni normative da cui ricavare l'esistenza di un preciso vincolo di soddisfazione del patrimonio del debitore al soddisfacimento delle pretese creditorie. GATTI M., *La Cassazione, l'actio pauliana e l'araba fenice: brevi riflessioni in merito all'oggetto dell'azione revocatoria (Nota a Cass., sez. III, 27 marzo 2001, n. 4422)*, in *Giust. civ.*, 2002, 1065 ss., «Dobbiamo forse ritenere che la regola posta dal primo comma dell'art. 2740 c.c. abbia la forza di rendere il debitore assolutamente incapace di disporre dei propri beni? Tanto appare davvero inverosimile ed inconcepibile, atteso altresì che nel delineare la disciplina di limiti all'attività patrimoniale del debitore il legislatore deve sempre tenere conto del conflitto di interessi tra creditore e debitore (rappresentato dalla contrapposizione tra tutela del credito e tutela della libertà di agire) e non di rado anche del conflitto tra creditore e terzi». ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 21, secondo cui, posto che gli atti compiuti dal debitore e pregiudizievoli per la garanzia patrimoniale non comportano alcuna sanzione o effetto punitivo a carico dell'autore, la responsabilità patrimoniale si configura, invece che come lesione di un diritto di natura reale o come violazione di un obbligo di conservazione, come assoggettamento del debitore alle iniziative del creditore. BREGOLI A., *Effetti e natura della revocatoria*, op. cit., 20, il quale ha osservato che il presunto obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale non può essere ricavato dagli artt. 1175 e 1375 che non possono creare delle limitazioni alla libertà delle parti al di fuori del programma che le vede debitore e creditore. BARBIERA L., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2^o ed., 19 ss., il quale ha affermato che la responsabilità patrimoniale non configura la violazione di un dovere del debitore di mantenere integro il patrimonio, ma soltanto una sua soggezione ai poteri del creditore. Sul punto v. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 35 ss.; NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Le azioni surrogatoria e revocatoria)*. *Appunti delle lezioni*, op. cit., 2 ss.

Con riferimento alla posizione del creditore, parte della dottrina ha affermato che il suo interesse alla conservazione della garanzia patrimoniale non assume una posizione autonoma, qualificabile a sua volta come diritto soggettivo, non essendo altro che un aspetto del suo diritto all'adempimento.¹⁸⁵

In altri termini, stando a questa impostazione, «accanto all'interesse all'adempimento non è isolabile una distinta posizione sostanziale in forza della quale il titolare, ossia il creditore, possa tutelarsi in vario modo»: oggetto di tutela è sempre e solo il diritto del creditore alla prestazione, o meglio, il diritto ad essere soddisfatto coattivamente a fronte dell'inadempimento del debitore.¹⁸⁶

¹⁸⁵ BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, op. cit., 1 ss., ha escluso che l'interesse alla conservazione del patrimonio del debitore possa costituire il presupposto di una situazione di vantaggio autonoma rispetto al credito. Questa impostazione è stata sostenuta già dalla dottrina maggioritaria più risalente, secondo cui il contenuto del lato attivo del rapporto di responsabilità non sarebbe altro che il diritto del creditore alla prestazione. COVIELLO L., *L'obbligazione negativa*, op. cit., 22 ss., il quale ha affermato che il creditore ha solamente diritto alla prestazione, e che in caso di inadempienza tale diritto si realizza sui beni del debitore e gli permette di conseguire o lo stesso oggetto della prestazione dovuta o un equivalente economico del contenuto di esso. GANGI C., *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, op. cit., 543, il quale partendo dalla considerazione che l'esecuzione forzata realizza il diritto personale del creditore alla prestazione, ovvero il suo equivalente, ha concluso che il creditore non ha un diritto immediato sul patrimonio del debitore, bensì il solo diritto alla prestazione, inteso quale «potere giuridico di esigere dal debitore l'adempimento della prestazione o eventualmente l'equivalente pecuniario di essa». POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, op. cit., 68 ss., il quale ha sottolineato che il creditore ha sempre e solo il diritto personale alla prestazione, che rimane tale anche allo stadio esecutivo, durante il quale cambia solo il suo oggetto. CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, op. cit., 588, secondo cui «non vi è mai nel contenuto dell'obbligazione una duplicità di elemento, personale e reale: il diritto, che il creditore esercita sul patrimonio del debitore, non è altro se non il diritto di credito e precisamente il diritto di credito originario se viene consentita l'esecuzione in forma specifica, un diritto di credito succedaneo o surrogato se non viene consentita». NICOLÒ R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 4, il quale ha sottolineato che i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale mirano a proteggere non il supposto diritto di garanzia, bensì lo stesso diritto di credito, ossia il diritto di conseguire il bene dovuto anche attraverso l'esecuzione forzata. Negli stessi termini v. anche GIAMPICCOLO G., *Azione surrogatoria*, op. cit., 951; COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, op. cit., 59 ss.

¹⁸⁶ In questi termini si è espresso ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 20, il quale ha precisato che, rispetto ai beni del debitore, il creditore non è titolare di una posizione sostanziale diversa dall'azione esecutiva. «L'interesse del creditore a conservare il patrimonio del debitore è solo un aspetto dell'interesse ad essere soddisfatto onde, pur non relegabile tra quelli di mero fatto, non si sostanzia in una posizione soggettiva di tipo reale, né genera uno specifico obbligo del debitore di mantenere integro il proprio patrimonio». NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Le azioni surrogatoria e revocatoria)*. *Appunti delle lezioni*, op. cit., 3, secondo cui «l'interesse

Il diritto del creditore alla prestazione abbraccerebbe, dunque, anche l'interesse conservativo del creditore, che si sostanzia nell'affidamento da lui riposto nella consistenza patrimoniale del debitore sia sotto il profilo quantitativo, sia sotto quello qualitativo, così da potere esercitare l'esecuzione forzata in modo non soltanto sufficiente ma anche agevole.¹⁸⁷

Pertanto, sarebbe a fronte della lesione di questo specifico aspetto del diritto all'adempimento che l'ordinamento permette al creditore di reagire attraverso l'impiego dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.¹⁸⁸

(conservativo) del creditore non può assumere una propria posizione autonoma, e quindi, la veste di un'autonoma (rispetto al credito) situazione di vantaggio (a sua volta qualificabile in termini di diritto soggettivo) avente a contenuto una pretesa, cui dovrebbe poi, corrispondere, nel debitore, uno specifico obbligo a mantenere nel proprio patrimonio beni sufficienti ad assicurare che, in caso di inadempimento, il creditore possa ottenere coattivamente l'equivalente pecuniario della prestazione». Questa tesi è condivisa anche da MIRAGLIA C., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 7, la quale ha affermato che «il potere di ingerenza del creditore non discende da una situazione di preminenza qualificabile come diritto soggettivo autonomo dal diritto di credito, poiché ad esso non fa riscontro nella posizione debitoria alcun obbligo correlativo». V. anche ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 497 ss.; CRISCUOLO F., *Azioni di garanzia e autonomia del debitore*, in *Interessi e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, a cura di Di Raimo F., Collana *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da Perlingieri P., Napoli, 2006, 417 ss., secondo cui i poteri di controllo sul patrimonio del debitore di cui è titolare il creditore non sono assistiti da strumenti di tutela che consentano di qualificarli in termini di posizioni soggettive autonome, ma soltanto come interessi strumentali rispetto a quello all'adempimento. Nello stesso senso v. anche DI RAIMO R., *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 319 ss.

¹⁸⁷ ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 13 ss. La giurisprudenza ha più volte chiarito che ai fini della legittimazione del creditore a valersi dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale è sufficiente una compromissione anche solo qualitativa del suo patrimonio, «tale da rendere più incerta o difficoltosa la realizzazione del credito». Così recentemente Cass., 5.2.2013, n. 2651, in *Guida al diritto*, 2013, 14, 67. In questi termini si è già espressa Cass., 29.3.2007, n. 7767, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 3, secondo cui, «in tema di azione revocatoria ordinaria non è richiesta, a fondamento dell'azione, la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, che può consistere non solo in una variazione quantitativa del patrimonio del debitore, ma anche in una modificazione qualitativa di esso. Tale rilevanza quantitativa e qualitativa dell'atto di disposizione deve essere provata dal creditore che agisce in revocatoria, mentre è onere del debitore, per sottrarsi agli effetti di tale azione, provare che il suo patrimonio residuo sia tale da soddisfare ampiamente le ragioni del creditore». Conformi anche Cass. 15.2.2007, n. 3470, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6; Cass., 4.7.2006, n. 15265, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8. V. anche Corte d'Appello di Bari, 11.12.2012, n. 1293, in *www.dejure.it.*; Trib. Milano, 24.4.2012, n. 4870, in *www.dejure.it.*; Trib. Bari, 24.7.2012, n. 2636, in *www.dejure.it.*

¹⁸⁸ In questa prospettiva, la dottrina ha precisato che i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale stanno a sostegno dell'unico diritto spettante al creditore di esigere la prestazione e di aggredire, quindi, all'occorrenza, il patrimonio del debitore. Così GANGI C., *Le*

Tali considerazioni hanno indotto parte della dottrina a descrivere il lato attivo della responsabilità quale «aspettativa giuridicamente tutelata del creditore» a che il patrimonio del debitore mantenga una consistenza tale da permettergli di portare a termine con successo l'eventuale esecuzione forzata.¹⁸⁹

A questo punto, si tratta di capire se sia esatto ritenere che l'interesse del creditore alla consistenza patrimoniale del debitore sia soltanto un aspetto del suo diritto all'adempimento o se, al contrario, esso si sostanzia in una distinta posizione sostanziale, oggetto di specifica tutela da parte dell'ordinamento.

A tal fine è utile, innanzitutto, guardare più da vicino il contenuto della posizione giuridica del debitore.

Se, da un lato, non è certamente possibile ipotizzare che il debitore sia gravato da un obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale, dall'altro lato, è innegabile che, proprio perché in presenza di determinati presupposti

obbligazioni, op. cit., 25; BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, op. cit., 1; GIAMPICCOLO G., *Azione surrogatoria*, op. cit., 951; NICOLÒ R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 4; MIRAGLIA C., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 7, ha sottolineato che i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale permettono di sanzionare il comportamento illecito del debitore che ha violato l'obbligo di prestare.

¹⁸⁹ Così ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 21; PAJARDI P., *Il sistema revocatorio. Ordinario, fallimentare, penale, tra teoria e applicazioni*, op. cit., 22 ss., il quale ha parlato di «legittima aspettativa giuridica» del creditore e ha sottolineato che la conseguenza della titolarità di tale aspettativa è rappresentata dal diritto del creditore di opporsi alla dispersione della garanzia patrimoniale ed ingerirsi così nella gestione patrimoniale del debitore. V. anche PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 24-25, secondo cui al concetto di responsabilità patrimoniale corrisponde il concetto di «preminenza dei creditori rispetto ai beni del debitore. Parliamo di posizione di preminenza e non di potere, in quanto, in base all'art. 2740 c.c. non spettano ai creditori particolari diritti o poteri sui beni del debitore». RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 4 ss., secondo cui allo stato di soggezione del debitore, non fa riscontro da parte del creditore un potere «perché la posizione del creditore è tutelata con tale efficacia da rendere superflua un'attività su di esso. Quindi, se si ritiene che del diritto soggettivo sia elemento essenziale un potere, nel nostro caso non si ha, in correlazione alla responsabilità del debitore un vero diritto del creditore, ma solo una posizione di favore di costui creata dall'ordinamento giuridico. Questo interesse del creditore, giuridicamente protetto, costituisce un *prius* rispetto ad alcuni diritti soggettivi». *Contra* l'idea che il creditore sia titolare di una mera aspettativa alla conservazione del patrimonio del debitore v. SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 40, secondo cui la cautela di cui tale soluzione è espressione è comprensibile dato che non vi è una regola espressa che delinea in modo inequivocabile la consistenza della pretesa del creditore. «Tuttavia il difetto di una definizione non impedisce di parlare di diritto in senso tecnico, una volta accertata l'esistenza e la misura delle forme di protezione dell'ovvia pretesa del creditore, a che il debitore non renda impossibile la sua soddisfazione». Al riguardo v. più dettagliatamente *infra*.

l'ordinamento consente al creditore di reagire contro i suoi atti di disposizione od omissione, non è possibile parlare di una libertà incondizionata del debitore rispetto i suoi beni.¹⁹⁰

Pertanto, in forza della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., il debitore subisce una limitazione del suo potere di disposizione patrimoniale.¹⁹¹

Occorre precisare che, se per la soddisfazione coattiva del credito è potenzialmente a disposizione del creditore l'intero patrimonio del debitore, in concreto egli potrà aggredire solamente una quantità di beni che risulti

¹⁹⁰ Hanno ritenuto, invece, che non sia possibile concepire nemmeno una semplice limitazione del potere di disposizione del debitore BREGOLI A., *Effetti e natura della revocatoria*, op. cit., 20 ss., il quale ha criticato «la vaghezza dell'idea della limitazione al potere dispositivo del debitore» e ha ritenuto che essa sia priva di agganci normativi. (v. spec. pag. 20, nota 45). A suo dire, questa tesi è un'inutile attenuazione dell'altra che ravvisa nel debitore l'obbligo di conservazione della garanzia patrimoniale e ne individua principalmente due limiti: in primo luogo, essa contrasterebbe, sul piano sostanziale, con il principio di libertà economica, inoltre, dal punto di vista logico, sembrerebbe incompatibile con la previsione della sanzione subordinata solo all'esistenza degli elementi *ex art. 2901 c.c.* V. anche FORTINO M., *Il sequestro conservativo tra garanzia del creditore e tutela del debitore*, op. cit., 71 ss., secondo cui per spiegare il fondamento giuridico della revocatoria, così come degli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, non occorre affatto richiamarsi ad un affievolimento del potere di disposizione del debitore, che, al contrario, a suo dire, rimane integro durante tutta la vita del rapporto obbligatorio fino a quando non sopraggiunge l'inadempimento. L'unico obbligo che incombe sul debitore è allora quello di adempiere «e, alla stregua di esso, deve essere valutato il suo comportamento e può essere consentito al creditore invadere la sua sfera giuridica». V. anche MIRAGLIA C., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 7.

¹⁹¹ NICOLÒ R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 194, secondo cui l'inefficacia che consegue al vittorioso esperimento della revocatoria rileva l'attenuazione del potere del debitore di disporre dei propri beni. «Che l'inefficacia dell'atto di disposizione del debitore sia una conseguenza di una limitazione qualitativa del suo potere di disposizione mi pare indubbio». V. anche GANGI C., *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, op. cit., 543, il quale ha sostenuto che il debitore è libero di amministrare il suo patrimonio ed è anche libero di disporre dei beni che lo compongono. PAJARDI P., *Il sistema revocatorio. Ordinario, fallimentare, penale, tra teoria e applicazioni*, op. cit., 22, secondo cui il dovere del debitore di adempiere l'obbligazione abbraccia anche la conservazione dell'aspettativa del creditore propedeutica al suo soddisfacimento. COSSU C., *Revocatoria ordinaria (azione)*, op. cit., 452 ss., il quale ha affermato che tramite l'istituto della garanzia generica, poiché i beni del debitore vengono ad essere destinati alla soddisfazione del creditore, «il debitore è meno libero e i suoi comportamenti sono vincolati in relazione e in proporzione al debito di cui egli deve rispondere». E' proprio nella restrizione alla sfera di iniziativa patrimoniale del debitore che, a suo dire, il diritto del creditore trova il suo primo momento di attuazione. Il debitore, dunque, non è tenuto ad una assoluta astensione, ma solo alla necessità di mantenere integra la garanzia patrimoniale rappresentata dal proprio patrimonio. Si vedano al riguardo anche NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Le azioni surrogatoria e revocatoria)*. *Appunti delle lezioni*, op. cit., 3.

proporzionata rispetto al credito di cui è titolare, sicché «quanto più ampia sarà la quota del patrimonio che occorrerà considerare per la soddisfazione del creditore, tanto più ristretti saranno gli spazi di libertà del debitore».¹⁹²

Ecco perché si ritiene di dover accogliere l'idea che la responsabilità patrimoniale determina «una limitazione condizionata» del potere dispositivo del debitore: quest'ultimo è libero di disporre dei suoi beni fin tanto che il suo comportamento non vada ad integrare i presupposti che legittimano la reazione del creditore a preservarsi dalla dispersione della garanzia patrimoniale rappresentata dal suo patrimonio.¹⁹³

¹⁹² Sono parole di COSSU C., *Revocatoria ordinaria (azione)*, op. cit., 452 ss., il quale ha aggiunto che «la libertà del debitore è quindi un territorio che ha per confini la garanzia patrimoniale cui corrisponde la responsabilità patrimoniale: tanto più ampia è la garanzia e la responsabilità patrimoniale cui il debitore è tenuto, tanto meno il debitore può liberamente operare e non curarsi delle ragioni del creditore. Ma poiché l'attuazione della responsabilità patrimoniale è in misura corrispondente all'interesse creditorio, ne deriva che, per precisare la misura della libertà del debitore, è decisiva circostanza il rapporto tra la garanzia generica e la responsabilità». NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale...*, op. cit., 2, secondo cui il creditore ha interesse alla conservazione dell'integrità del patrimonio del debitore nella misura necessaria e sufficiente per avere la certezza di ottenere il soddisfacimento del proprio interesse. PAJARDI P., *Il sistema revocatorio. Ordinario, fallimentare, penale, tra teoria e applicazioni*, op. cit., 22, il quale ha negato che al creditore spetti l'asservimento del patrimonio del debitore, altrimenti la sua libertà economica, giuridica e negoziale sarebbe troppo gravemente compromessa. Al creditore spetta solo «il mantenimento di quella situazione di fatto dello stato patrimoniale del debitore in rapporto al quale si è accesa la sua fiducia». V. anche BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, op. cit., 1, la quale ha sottolineato che i limiti di rilevanza dell'interesse del creditore sono segnati dalla prospettiva dell'esecuzione forzata. Si richiamano al principio di proporzionalità anche ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 505; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 33. Per un approfondimento a proposito delle modalità attraverso cui operano principi di adeguatezza e proporzionalità in relazione ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale si veda PERLINGIERI P., *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 2011, 1304 ss.

¹⁹³ BARBIERA L., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 20; DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, op. cit., 148 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 498, il quale ha osservato che le forme di tutela dell'interesse alla conservazione della garanzia patrimoniale che l'ordinamento offre al creditore si risolvono sempre in «limiti all'agire patrimonialmente rilevante del debitore». SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 33, secondo cui è possibile configurare un divieto a che l'alterazione del patrimonio del debitore giunga ad un livello tale da compromettere la soddisfazione dell'interesse del creditore, secondo il principio di proporzionalità. V. anche MONTELEONE G., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 83, il quale ha affermato che, in linea di principio, le azioni del debitore rispetto al suo patrimonio sono libere e discrezionali. Il creditore può, però, intervenire e limitare così l'autonomia patrimoniale del debitore quando le sue scelte rispetto al patrimonio «alterino negativamente il rapporto di garanzia che deve sempre sussistere in favore del credito». L'autore ha concluso nel senso che,

Il creditore, dunque, è titolare di una serie di poteri sostanziali (si pensi alla decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.*) e processuali (l'esercizio dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale) rispetto ai quali il debitore, pur senza essere gravato da uno specifico obbligo di conservazione dei propri beni, versa in stato di soggezione, sicché - come rilevato da autorevole dottrina - si può parlare di una «funzionalizzazione dell'autonomia privata» del secondo.¹⁹⁴

Considerando che il creditore è titolare di un potere di controllo sull'attività del debitore assistito da specifici strumenti di tutela, quali sono, anzitutto, i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, non sembra

di conseguenza, «l'autonomia patrimoniale del debitore, subisce delle limitazioni e compressioni rispetto a quello che generalmente è il suo normale ambito». IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, Cedam, Padova, 2003, (spec. pag. 110 ss.), secondo cui, se è vero che il vincolo di destinazione gravante sul patrimonio del debitore per proteggere l'interesse dei creditori «è del tutto compatibile con la conservazione di una precisa sfera di libertà in capo al debitore», proprio la disciplina dell'azione revocatoria, così come quella della surrogatoria e del sequestro conservativo, dimostra che, sebbene entro limiti ristretti, al creditore è attribuito uno «strumento di controllo sull'attività del debitore nella prospettiva di un corretto funzionamento della garanzia patrimoniale legata alla responsabilità. La natura relativa di questo controllo, stabilito nell'esclusivo interesse del creditore e nella sola prospettiva dell'esecuzione, non esclude che la conservazione della garanzia in genere rappresenti un vincolo di cui il debitore debba tenere conto nel corso del rapporto obbligatorio».

¹⁹⁴ L'espressione è di ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 21. V. anche MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, op. cit., 321, che parla di uno *status* giuridico del debitore differenziato da quello di altri soggetti nel senso che egli versa in una particolare condizione di soggezione rispetto ad una serie di poteri, che il creditore può esercitare al suo indirizzo in ambito patrimoniale prima dell'inadempimento, precisando, però, che non si tratta di uno stato giuridico nel senso proprio e rigoroso del termine. Dello stesso autore v. anche *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, op. cit., 87, dove, alla luce di tali premesse, egli ha concluso nel senso che è possibile parlare di una «condizione patrimoniale differenziata tipica del debitore». V. anche MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, op. cit., 56, la quale, riflettendo in merito al fondamento della revocatoria, ha fatto riferimento ad un «difetto di legittimazione del debitore a compiere atti idonei a deteriorare la garanzia patrimoniale». CRISCUOLO F., *Azioni di garanzia e autonomia del debitore*, op. cit., 419, il quale ha parlato dell'esistenza di un vincolo gravante sul debitore di orientare genericamente la propria condotta al soddisfacimento del titolare del credito. Contro l'affermazione secondo cui il debitore verserebbe in uno *status* differenziato si sono espressi BREGOLI A., *Effetti e natura della revocatoria*, op. cit., 20; MIRAGLIA C., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 7. Per un'attenta analisi dei poteri sostanziali e processuali che spettano al creditore si vedano ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 498 ss.; BARBIERA L., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 15 ss.

possibile relegare il lato attivo della responsabilità ad una semplice aspettativa.¹⁹⁵

Al contrario, il creditore è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo potestativo che riassume in sé le facoltà che gli sono concesse dell'ordinamento per preservare la consistenza del patrimonio del debitore, senza che costui possa fare nulla per impedirlo.¹⁹⁶

Questa soluzione sembra essere confermata anche da alcune decisioni della Cassazione, la quale, in tema di azione revocatoria, ha riconosciuto che la posizione del creditore «ha natura di diritto potestativo all'esercizio dell'azione, relativamente al quale, pertanto, non corrisponde l'obbligo di un soggetto a una prestazione, bensì la mera soggezione all'iniziativa altrui».¹⁹⁷

¹⁹⁵ Questa tesi, che si ritiene ampiamente condivisibile, è stata prospettata da SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 35 ss., il quale ha precisato che «la pretesa del creditore di potersi soddisfare, siccome munita di mezzi di protezione, non rimane nell'ambito delle mere aspettative ma assurge a dignità superiore, come accade ogni volta che una pretesa trovi tutela nella legge (...) Che tale pretesa assuma la consistenza di diritto soggettivo si può dedurre dall'esistenza della tutela attribuita». L'autore prospetta la condivisibile idea che al fine di verificare la configurabilità di un diritto soggettivo del creditore alla consistenza patrimoniale non assume rilievo lo strumento di cui all'art. 1186 c.c., in quanto il suo obiettivo è diverso da quello dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, «perché serve ad impedire che il creditore debba attendere una prestazione che con tutta probabilità non arriverà». Con riferimento al potere di controllo del creditore v. anche MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, op. cit., 60.

¹⁹⁶ Hanno qualificato il lato attivo della responsabilità quale diritto potestativo: SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 35 ss., il quale ha precisato anche che «l'azione non è concessa in relazione alla cessione di un determinato bene, ma alla diminuzione della garanzia complessiva costituita dal patrimonio: non essendo cioè vietato al debitore di cedere singoli cespiti, ma solo di rendere concretamente inattuabile la garanzia patrimoniale». BARBIERA L., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2° ed., 20, che ha qualificato il lato attivo della responsabilità come riassuntivo delle facoltà concesse dall'ordinamento al creditore per soddisfare il suo interesse incidendo sui situazioni soggettive del debitore senza bisogno della sua collaborazione. BIANCA C.M., *Diritto civile. Le garanzie reali e la prescrizione*, op. cit., 5 e dello stesso autore v. anche *Diritto civile. La responsabilità*, Vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, 448 ss., secondo cui, però, il patrimonio del debitore è assoggettato a tale diritto ma non vincolato, in ragione della «esigenza di salvaguardare il principio della libera circolazione dei beni: principio che sarebbe gravemente vulnerato se i debitori, in quanto tali, dovessero conservare i propri beni in vista di una eventuale azione espropriativa dei creditori». Aveva fatto cenno al diritto potestativo già BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 147 ss.

¹⁹⁷ Così Cass., 15.2.2007, n. 3379, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, I, 1281 ss., la quale ha recepito l'orientamento giurisprudenziale formatosi a proposito dell'azione revocatoria fallimentare. V. al riguardo Cass., 6.8.2010, n. 18438, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1192 ss., dove si legge che in tema di revocatoria fallimentare, la situazione giuridica vantata dalla massa non integra un diritto di credito esistente prima del fallimento, rappresentando, invece, un vero e

Il creditore, dunque, vanta un diritto potestativo «a che il debitore non alteri la consistenza del patrimonio», o più precisamente, «al mantenimento di una integrità proporzionata» del medesimo.¹⁹⁸

A fronte di tale diritto, il debitore versa in una condizione di soggezione che si manifesta attraverso due distinte modalità. Dapprima essa si traduce nella limitazione del suo potere di disposizione patrimoniale, in quanto egli è onerato di astenersi dal porre in essere quei comportamenti che legittimano il creditore ad attivarsi contro la dispersione della garanzia patrimoniale.¹⁹⁹

Qualora l'agire del debitore abbia poi oltrepassato tale limite egli non potrà sfuggire alle eventuali azioni creditorie volte alla tutela del predetto diritto all'integrità proporzionata del suo patrimonio.

Si percepisce, allora, che la vera difficoltà consiste nella ricerca di un adeguato punto di equilibrio tra il potere di controllo del creditore, volto a preservare il suo diritto ad una consistenza proporzionata del patrimonio del debitore, e il potere di iniziativa economica di quest'ultimo.

proprio diritto potestativo all'esercizio dell'azione revocatoria. Tale decisione è conforme a Cass., 8.1.2003, n. 58, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 18 ss., Cass., S.U., 5.9.1996 n. 8086, in *Dir. Fall.*, 1996, II, 811 ss.; Cass., 13.6.1996, n. 5443, *ivi*; Cass., 19.7.1996, n. 6497, in *Fall.*, 1997, 153 ss. Con riferimento all'azione revocatoria ordinaria v. in questi termini già Cass., 17.1.1984, n. 402, in *Giur.it.*, 1984, I, 912 ss.

¹⁹⁸ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 35 ss., secondo cui il creditore ha un diritto personale, a che il debitore non pregiudichi le sue aspettative in ordine alla consistenza adeguata del proprio patrimonio.

Che questo sia l'oggetto del diritto del creditore è confermato anche da alcune decisioni della giurisprudenza, dove si legge che «la funzione del sequestro conservativo è quella di stabilizzare il patrimonio: in sostanza, il sequestro conservativo serve a rendere inoffensiva per il creditore la disposizione giuridica del bene da parte del debitore, poiché i suoi effetti consistono nell'apposizione di un vincolo giuridico sullo stesso bene tale da rendere improponibile la sua disposizione». Così Trib. Bari, 30.4.2009, in *www.dejure.it*. Già Cass., 8.1.1966, n. 142, in *Giur. it.*, 1966, I, 853 ss., ha specificato che l'azione revocatoria mira direttamente a proteggere il diritto del creditore alla garanzia generica che gli spetta fin dal sorgere del credito sul complesso dei beni del debitore, ripristinandone la consistenza attraverso la revoca degli atti fraudolenti posti in essere per diminuirli.

¹⁹⁹ Di particolare interesse con riferimento alla posizione del debitore è l'impostazione di ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 21, il quale ha parlato di onere a suo carico nascente dal dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., sostenendo, tuttavia, - contrariamente a quanto qui si condivide - che il creditore sia titolare di una semplice aspettativa e non già di un diritto potestativo. SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 40-41, secondo cui la disciplina dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale dimostra che il debitore «non può svuotare liberamente il proprio patrimonio quando non abbia ancora assolto i propri debiti».

Tale profilo è tanto più delicato non appena si considera che non è possibile determinare a priori la misura in cui debbano essere sacrificate le loro contrapposte esigenze, ma lo si dovrà fare di volta in volta alla luce dei principi che informano il sistema della responsabilità patrimoniale, *in primis* quelli di proporzionalità e adeguatezza.²⁰⁰

²⁰⁰ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 40, ha sottolineato che la consistenza del diritto del creditore non è rigida e immutabile, in quanto non è possibile stabilire «rapporti quantificabili in modo meccanico tra debito, ammontare del patrimonio e relativa lesione», sicché è rimessa al giudice «la valutazione concreta di un'alterazione patologica o meno del valore dei beni del debitore». BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, op. cit., 415 ss., secondo cui «l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale diviene invece rilevante quando l'attività o l'inerzia del debitore pregiudicano effettivamente la possibilità di soddisfare il credito sui beni del debitore». PERLINGIERI P., *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 1307, il quale ha ricordato che il principio di proporzionalità, volto a impedire che il debitore sia pregiudicato oltre la misura necessaria al soddisfacimento del creditore, opera non soltanto in sede di esecuzione forzata, ma anche nel settore dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: «l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale è limitato alla misura necessaria e sufficiente, quella che l'art. 2743 c.c., con riguardo al pegno e all'ipoteca, definisce sicurezza». In conclusione, egli ha affermato che «i principi di proporzionalità e di adeguatezza informano il sistema dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, sì da considerare abusiva una condotta processuale di chi procede all'esercizio dell'azione revocatoria, sequestro e iscrizione ipotecaria, in loro violazione». V. anche CRISCUOLO F., *Azioni di garanzia e autonomia del debitore*, op. cit., 434; MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, op. cit., 58-60.

CAPITOLO TERZO

IL GRADUALE SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO DI UNIVERSALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE

SOMMARIO:1.- La responsabilità patrimoniale del debitore nel Codice civile tra principio di universalità e *par condicio creditorum*. – 1.1.- Le origini del principio di universalità della responsabilità patrimoniale: il dogma vero o presunto dell'unicità del patrimonio. – 1.2. - I patrimoni destinati allo scopo. La differente chiave di lettura del principio di unicità e indivisibilità del patrimonio elaborata dalla pandettistica tedesca. – 1.2.1. La rinnovata attenzione per la teoria dei patrimoni destinati allo scopo nei *mixed legal system* della Scozia e del Québec. – 2. - Oltre il dogma dell'unicità del patrimonio: la ricostruzione della vera *ratio* dell'art. 2740 c.c.

1.- La responsabilità patrimoniale del debitore nel Codice civile tra principio di universalità e par condicio creditorum.

I principi cardine del sistema della responsabilità patrimoniale si ricavano dagli artt. 2740 e 2741 c.c., che si riferiscono rispettivamente all'oggetto della responsabilità patrimoniale e al diritto dei creditori di agire in via esecutiva sul patrimonio del debitore.

È noto che il principio di universalità della responsabilità patrimoniale e quello della *par condicio creditorum* costituiscono gli assi portanti dell'intero sistema della responsabilità patrimoniale e che la loro rilevanza fondamentale nasce dall'essere stati percepiti come espressivi di valori naturali, ancor prima che giuridici, nonché di principi di rilievo costituzionale.²⁰¹

²⁰¹ Per questi rilievi v. ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 23. V. anche VASSALLI F., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici vari*, Vol. III, a cura di Vassalli, Giuffrè, Milano, 1960, 605 ss., il quale ha affermato che «il diritto privato di oggi si distingue dal diritto privato di ieri per ciò che in esso è assai più operante la considerazione di fini che sono sopraordinati ai fini individuali: con tutto un nuovo e diverso orientamento delle regole, dandosi al diritto civile una configurazione diversa da quella del diritto civile anteriore». BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 6, secondo cui le norme contenute negli artt. 2740 e 2741, poiché incidono sulla tutela della persona, sono coperte dal principio costituzionale supremo di cui all'art. 2 e impongono la verifica della legittimità delle disposizioni di legge che possono riflettersi sulla concreta conformazione della responsabilità patrimoniale. Tale verifica deve essere effettuata tenendo quale riferimento negli articoli 3 e 47 della Costituzione. ROPPO V.,

Il primo comma dell'art. 2740 c.c. sancisce il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, sicché l'oggetto della garanzia patrimoniale è rappresentato da tutti i beni del debitore, compresi quelli futuri.²⁰²

In mancanza di una nozione legale di patrimonio, la dottrina ha chiarito che i beni a cui si riferisce l'art. 2740 c.c., non sono altro che «le cose, materiali e immateriali, costituenti oggetto di diritti soggettivi del debitore».²⁰³

Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1 ss., il quale ha affermato che le norme di riferimento circa la «tutela costituzionale del credito», devono rinvenirsi, sotto il profilo sostanziale nell'art. 41 Cost., intesa quale norma che «garantisce una posizione individuale di vantaggio, e cioè quel diritto di iniziativa economica che trova nel diritto di credito (...) una fondamentale condizione di operatività», mentre sotto il profilo processuale nell'art. 24 Cost.

²⁰² La dottrina ha ampiamente discusso a proposito del significato dell'espressione "beni presenti e futuri" di cui all'art. 2740 c.c.: secondo un primo orientamento i beni che costituiscono oggetto della garanzia patrimoniale sono sia quelli presenti nel patrimonio del debitore al tempo in cui è sorta l'obbligazione, anche se successivamente fuoriusciti da esso, sia quelli sopravvenuti. È di questo avviso NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 10; RESCIGNO P., voce *Obbligazioni*, op. cit., 206; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 506. Il secondo orientamento ritiene, invece, che i beni oggetto della responsabilità patrimoniale siano soltanto quelli che fanno parte del patrimonio del debitore nel momento in cui si realizza l'esecuzione forzata, così D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, op. cit., 433; GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 175; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11, che ha criticato l'utilizzo da parte dei codificatori dell'espressione "presenti e futuri", in quanto il debitore risponderebbe solamente con i beni che fanno parte del suo patrimonio quando il creditore agisce esecutivamente. Pertanto, «i beni che erano nel suo patrimonio nel momento in cui l'obbligazione è sorta si sottraggono al potere di aggressione del creditore se escono dal patrimonio prima che inizi la attuazione della responsabilità». Si ritiene di dover preferire la prima impostazione, anche alla luce del fatto che per il creditore è possibile recuperare i beni usciti fraudolentemente dal patrimonio del debitore avvalendosi dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Sul punto si rinvia a quanto osservato nel cap. 2, § 2. In proposito v. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 49, che ritiene preferibile la lettura estensiva della nozione di beni presenti e futuri, proprio alla luce del ruolo svolto dai mezzi di tutela preventiva del credito. Della stessa idea è ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 6. V. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 76 ss., il quale ha precisato che «mentre il creditore può agire direttamente sui beni che trova nel patrimonio del debitore al momento del pignoramento, per aggredire altri che ne sono usciti dovrà previamente ottenere la revoca dell'atto di disposizione e quindi far rientrare il bene nel patrimonio per poterlo pignorare. Anche da questo profilo vi è quindi la conferma che i beni con i quali si risponde sono i beni che si trovano al momento del pignoramento».

²⁰³ ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 3. V. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 77 ss., il quale ha riferito della necessità di distinguere i beni di cui all'art. 810 c.c., da quelli contemplati dall'art. 2740 c.c., sul presupposto che per i beni a cui si riferisce l'art. 810 c.c. sussista il requisito della materialità. I beni di cui all'art. 2740 c.c. devono invece intendersi in senso ampio, sicché la nozione di patrimonio agli effetti della responsabilità patrimoniale è comprensiva anche di utilità che non sono beni materiali: «alla stessa nozione vanno allora ricondotti anche i beni immateriali e

L'oggetto della responsabilità patrimoniale si identifica, pertanto, in «ogni utilità economica di cui un soggetto possa essere titolare e possa disporre».²⁰⁴

L'art. 2740 c.c. non si limita, tuttavia, a dettare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, enunciando nel secondo comma anche quello di tipicità delle sue limitazioni.

Da ciò deriva l'abitudine a immaginare il sistema della responsabilità patrimoniale costruito sullo schema rigido di regola-eccezione e a percepire le ipotesi di limitazione della stessa come residuali.²⁰⁵

La lettura congiunta del primo e del secondo comma dell'art. 2740 c.c. ha permesso alla dottrina di affermare che l'espressione «limitazione della responsabilità patrimoniale» indica tecnicamente le ipotesi in cui «una certa categoria di beni appartenenti al debitore è sottratta all'azione esecutiva di tutti o di alcuni dei suoi creditori».²⁰⁶

quindi i diritti d'autore, inventore ed i brevetti (...), nonché i crediti, essendo anche questi "beni" perché possono appunto formare oggetto di diritti al pari delle energie (art. 814 c.c.)».

²⁰⁴ Si tratta della concezione proposta da SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 77.

²⁰⁵ In tale senso v.: BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2° ed., 5 ss.; ROPPO V., *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 215; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 172, il quale ha sottolineato che soltanto rapportando il primo comma dell'art. 2740 c.c. al secondo si comprende il significato del principio che assoggetta l'intero patrimonio del debitore alla garanzia dei creditori. SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 51, che ha descritto in senso critico il rapporto tra primo e secondo comma dell'art. 2740 c.c. in termini di «frattura sistematica».

²⁰⁶ Si è espresso in questi termini NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11. V. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 77, il quale ha affermato che si configura una limitazione di responsabilità «ogni volta che il debitore, appunto in quanto responsabile con l'intero patrimonio, veda nondimeno sottratti alcuni dei propri beni da tale responsabilità». NERVI L., *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, op. cit., 58, ha affermato che stabilire limitazioni di responsabilità patrimoniale significa «escludere dall'aggressione delle pretese creditorie una parte del patrimonio del debitore, il quale ne resterebbe pienamente "sovrano"». MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 181, ha messo in evidenza la differenza tra le ipotesi di limitazione della responsabilità e quelle in cui la limitazione riguarda, invece, il debito. In tale ultima fattispecie è il debito ad essere limitato, mentre il creditore può aggredire coattivamente qualsiasi bene, in conformità alla regola generale di cui all'art. 2740, co. 1. Il tipico esempio è la limitazione preventiva della responsabilità per colpa lieve, ammissibile ai sensi dell'art. 1229 c.c.

La dottrina è solita raggruppare le limitazioni della responsabilità patrimoniale previste dal legislatore in tre diverse categorie: si distinguono le limitazioni per la qualità dei beni, quelle legate alla qualità dei debiti, e, infine, quelle dipendenti dalla relazione esistente tra determinati beni e determinati crediti.²⁰⁷

Nella prima categoria vengono ricomprese tutte le ipotesi in cui il legislatore sottrae determinati beni all'azione esecutiva del creditore perché li ritiene destinati a soddisfare interessi maggiormente meritevoli di tutela rispetto alle ragioni creditorie: il tipico esempio è quello dell'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli minori (art. 324 c.c.), che, ai sensi dell'art. 326,

²⁰⁷ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 514 ss. Ha ripreso la tripartizione prospettata da Roppo anche MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 8. In termini parzialmente analoghi, anche se orientato verso una bipartizione delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, v. NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11 ss., che ha distinto a seconda che le limitazioni di responsabilità trovino la loro giustificazione « nella particolare qualità di alcuni beni che la legge ritiene opportuno sottrarre all'azione esecutiva di tutti o di alcuni dei creditori, ovvero nella qualità di alcuni crediti che la legge vuole siano realizzati solo su alcuni beni del debitore ». Una diversa classificazione è stata proposta da BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 35 ss., che ha individuato le seguenti ipotesi di limitazioni della responsabilità patrimoniale, ovvero: a) la sottrazione totale di alcuni beni alla garanzia di ogni credito (c.d. impignorabilità assoluta), che riguarda ad esempio i beni demaniali (art. 828, comma 2) e l'usufrutto legale di cui all'art. 326 c.c.; b) la sottrazione di alcuni beni al soddisfacimento di crediti diversi da quelli a cui sono stati destinati (c.d. impignorabilità relativa), che riguarda ad esempio i beni della legittima recuperati dall'erede con beneficio di inventario, sottratti alla garanzia dei crediti verso il defunto (art. 557, comma 3). All'interno di questa seconda categoria Barbiera ha individuato un secondo tipo di impignorabilità relativa, « quello della garanzia assicurata da alcuni beni per alcuni crediti, non per la totalità del valore dei beni, ma per una quota parte » e un terzo tipo, quello della « garanzia assicurata da alcuni beni per alcuni crediti, non per la totalità del valore dei beni, ma per una quota dello stesso » ed è a quest'ultima categoria che riconduce l'ipotesi della accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. V. anche BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova, 1996, 186 ss., che ha sottolineato la necessità di distinguere « l'impignorabilità giustificata dalla natura intrinseca di alcune categorie di beni, con l'insequestrabilità derivante da una particolare destinazione, senza per l'altro considerare che l'impignorabilità derivante dalla natura e dalla funzione dei beni (..) non configura tanto una limitazione della responsabilità, quanto una destinazione esterna a carattere permanente che viene impressa al bene (..) che non può essere oggetto di esecuzione da parte di qualsiasi categoria di creditori ». DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2005, 53 ss.; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 76 ss.

comma 1, c.c., non può essere oggetto di alienazione, di pegno o di ipoteca, né di esecuzione da parte dei creditori dei coniugi.²⁰⁸

Nella seconda categoria vengono annoverati i casi in cui determinati debiti, in ragione della loro peculiare natura, sono destinati a gravare soltanto su una parte del patrimonio del debitore, come accade *ex art.* 490, comma 2, c.c., qualora il chiamato all'eredità accetti con beneficio di inventario.²⁰⁹

La terza categoria delle limitazioni della responsabilità patrimoniale comprende le ipotesi in cui alcuni beni del debitore, a causa del particolare scopo a cui sono stati destinati, vengono sottratti alla garanzia patrimoniale generica, per rispondere soltanto dei debiti inerenti alla destinazione loro impressa.²¹⁰

²⁰⁸ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 514, che ha ricondotto a tale tipologia di limitazione della responsabilità anche la previsione dell'art. 695 c.c., relativa alla sostituzione fedecommissaria, e quelle di cui agli artt. 514 ss. c.p.c. che contengono l'elenco dei beni impignorabili. Per un approfondimento a proposito della categoria dei beni assolutamente impignorabili si rinvia a SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 87 ss. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 78, che ha ricondotto all'interno di tale categoria anche i fondi speciali per la previdenza e assistenza dei lavoratori (art. 2117 c.c.)

²⁰⁹ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 515, il quale ha precisato che l'accettazione beneficiata dell'eredità può essere ricondotta a tale categoria solo se si assume quale presupposto che l'erede sia debitore a pieno titolo e per il loro pieno ammontare anche rispetto ai debiti già del *de cuius*. Favorevole a ricomprendere l'ipotesi di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario tra le ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale sono anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 12; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 200 ss., il quale ha affermato che l'erede è debitore in relazione al fatto di assumere tale qualità, dal momento che la successione comporta la continuazione dei rapporti giuridici che si trasmettono all'erede. V. anche ZACCARIA A., *Rapporti obbligatori e beneficio di inventario. Tipologie e disciplina dell'attuazione*, Giappichelli, Torino, 1994, secondo cui che l'accettazione beneficiata dia luogo ad un fenomeno di separazione di patrimoni può trarsi dalla constatazione che «l'erede risponde, per i debiti ereditari, non *pro viribus*, ma *cum viribus hereditatis*», sicché i creditori ereditari non possono aggredire i beni personali dell'erede, nemmeno nel limite del valore dei beni ereditari (v. pag. 33 ss.). Secondo Zaccaria l'accettazione beneficiata dell'eredità comporterebbe, quale conseguenza, che l'erede diventi titolare di due masse patrimoniali distinte, una riservata esclusivamente alla soddisfazione dei suoi creditori personali, l'altra, quella ereditaria, possibile oggetto di aggressione dei creditori ereditari e personali, con preferenza dei primi sui secondi. *Contra* GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 175, secondo cui in questa ipotesi è il debito ad essere limitato, e non già la responsabilità.

²¹⁰ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 516 ss., secondo cui «la *ratio* della terza classe di limitazioni legali della responsabilità patrimoniale sta in una combinazione delle due precedentemente esaminate: determinati beni di un soggetto, in virtù di una sorta di "plusvalore" che ad essi deriva dalla loro peculiare destinazione, sono esonerati dal rispondere di determinati debiti del soggetto stesso, che a loro volta appaiono connotati da

Tra le fattispecie appartenenti a quest'ultima categoria si può richiamare a titolo esemplificativo l'istituto del fondo patrimoniale, in relazione al quale l'art. 170 c.c. impedisce l'esecuzione per i debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.²¹¹

In proposito, si deve segnalare che parte della dottrina ritiene più opportuno distinguere le ipotesi di vere e proprie limitazioni della responsabilità da quelle che si sostanziano, invece, in un particolare regime patrimoniale che dà origine ad «una responsabilità patrimoniale specializzata in quanto finalizzata ad un certo scopo», quale sarebbe il fondo patrimoniale.²¹²

Naturalmente anche questi peculiari regimi, rappresentando una forma di specializzazione della responsabilità patrimoniale, devono essere disciplinati dalla legge in ragione del dettato dell'art. 2740 c.c.²¹³

Alla luce di tali precisazioni si può affermare che il secondo comma dell'art. 2740 c.c. impone tanto il divieto delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, quanto quello della sua specializzazione attraverso la

qualcosa come un “minusvalore” non già in assoluto, ma precisamente in rapporto alla specifica destinazione cui quei beni sono tendenzialmente finalizzati». NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 12 ss.; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 8.

²¹¹ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 516 ss.; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 8; NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 12. Alla terza categoria di limitazioni della responsabilità vengono ricondotti anche i frutti dei beni soggetti all'usufrutto legale dei genitori, (art. 326, comma 2) c.c., che a causa della loro destinazione si sottraggono all'azione esecutiva dei creditori dei genitori o, ancora, i frutti dei beni costituiti in fondo patrimoniale.

²¹² DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 16 ss., che utilizza l'espressione «regime patrimoniale» intendendo riferirsi ad «una serie di regole organizzative, fonti di diritti e obblighi, attraverso le quali si tende a dare un certo assetto al patrimonio, così da farlo uscire da quello stato indifferenziato e amorfo in cui esso, per definizione, si trova». L'autore precisa altresì che tali regimi patrimoniali possono sussistere perché rispondenti a particolari interessi meritevoli di tutela, i quali «debbono avere carattere generale, e cioè non riguardare singoli, determinati soggetti, ma categorie, gruppi di interessi, e via dicendo». V. anche SPADA P., *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 837 ss., che utilizza l'espressione «articolazioni del patrimonio». Sulla natura di regime patrimoniale del fondo patrimoniale v. *infra*, Cap. IV, § 2.

²¹³ DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 22 ss., il quale ha precisato che il regime patrimoniale non può non essere il risultato di una norma di legge quanto alla sua conformazione, giacché i privati non possono creare regimi veri e propri, dato il principio dell'art. 2740 c.c. e i limiti posti all'autonomia privata nell'ambito dei contratti, mentre ciò che è rimesso alla volontà dei privati è la scelta tra un regime e l'altro.

conformazione di specifici regimi patrimoniali, salvi i casi tipizzati dal legislatore.

La conclusione che sembra apparentemente imporsi, a fronte della lettura del primo e del secondo comma dell'art. 2740 c.c., è che il nostro sistema della responsabilità patrimoniale è costruito sulla regola generale della sua universalità e indivisibilità da parte dell'autonomia privata, nonché sulla regola della *par condicio creditorum*.²¹⁴

Tale concezione spiega, innanzitutto, la tradizionale avversità nei confronti dei c.d. patrimoni separati, ovvero quei complessi di beni formanti un nucleo a sé stante nel patrimonio del debitore, «che in forza di uno specifico vincolo di destinazione, sono sottratti alla funzione di garanzia svolta dal restante patrimonio generale, essendo riservati al soddisfacimento di dati creditori».²¹⁵

²¹⁴ Tra i tanti si vedano BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, op. cit., 2° ed., 28 ss.; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 8 ss.; NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 9 ss.; ROPPO V., *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 250 ss.

²¹⁵ È questa la definizione di patrimonio separato che da BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 189 ss., la quale ha precisato, inoltre, che «la separazione del patrimonio suppone uno stesso titolare del patrimonio generale e della massa patrimoniale separata. In ciò si coglie il dato tecnico della separazione quale deroga al principio della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore». MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, op. cit., 66, che con riferimento alla nozione di patrimonio separato ha affermato: «I beni, ai quali resta circoscritta la responsabilità per dati debiti, sono quasi sempre sottratti - al tempo stesso - alla responsabilità per i restanti debiti verso gli altri creditori, e, come tali formano un gruppo a sé stante, nel patrimonio del debitore, restando riservati, ossia devoluti in via esclusiva, a soddisfare dati creditori, sino a concorrenza dei crediti». IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 13 ss., che ha messo in evidenza la differenza tra i patrimoni dei soggetti di diritto e i c.d. patrimoni separati: «gli uni configurati come unitari in virtù dell'appartenenza ad un solo soggetto di diritto (quale unico titolare delle situazioni giuridiche interne al patrimonio), gli altri dominati dalla destinazione allo scopo quale precipuo elemento di unificazione». ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 32 ss., ha affermato che la separazione del patrimonio si risolve in «una tecnica giuridica che incide sul principio di indivisibilità del patrimonio, senza ricorrere al fenomeno della duplicazione soggettiva: essa infatti modifica il regime della responsabilità patrimoniale, nel senso che deroga al principio di universalità della stessa, potendo anche sottrarre alcuni beni al fallimento». V. anche DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 81 ss.; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 185 ss.; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 39 ss.; BIGLIAZZI GERI L., *Patrimonio autonomo e separato*, op. cit., 281; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, Padova, 2005, 161 ss., secondo cui «La persona fisica può essere proprietaria dei beni in due modi diversi: in modo individuale, ciò che corrisponde allo statuto proprietario che lo schema

Il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale ha determinato, inoltre, la convinzione che anche laddove si riconosca la configurabilità teorica dei patrimoni separati, poiché essi implicano una deroga al principio di universalità, dovranno ritenersi ammissibili solamente nei casi tipizzati dal legislatore.²¹⁶

La concezione tradizionale del sistema della responsabilità patrimoniale, in ossequio al principio di universalità, ha dunque portato a considerare i patrimoni separati tipizzati quali mere eccezioni dal carattere residuale che solo la legge può stabilire.²¹⁷

Non solo. Il principio di universalità della responsabilità patrimoniale e di tipicità delle sue limitazioni si sono espansi anche in un'altra direzione, ovvero quella della inammissibilità sia degli atti unilaterali del debitore, sia di

dell'art. 832 c.c. sintetizza, o in modo fiduciario, e in questa seconda accezione i beni appartengono sempre alle persone fisiche, ma solo per una specifica finalità. Il modo per conseguire tale risultato è il loro isolamento all'interno del patrimonio generale dei soggetti stessi». Con riferimento alla nascita dei patrimoni separati v. *amplius infra*, § 1.2.

²¹⁶ Sul punto v. *ex multis* SICCHIERO G., *I patti di limitazione della responsabilità del debitore*, op. cit., 92; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, op. cit., 72 ss.; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 162. La stretta competenza del legislatore circa le limitazioni della responsabilità patrimoniale è stata riconosciuta anche da Cass., 26.7.2005, n. 15601, in *Mass. Giur. It.*, 2005, 7/8. V. anche Cass., 15.9.1995, n. 9727, in *Giur. civ. Mass.*, 1995, 1664, dove si legge che «Poiché le limitazioni della responsabilità patrimoniale sono ammesse solo nei casi stabiliti dalla legge (art. 2740 c.c.), le somme di denaro ed i crediti dello Stato o di altri enti pubblici possono essere esclusi dall'azione esecutiva soltanto se una apposita norma di legge (o un provvedimento amministrativo che nella legge trovi fondamento) imprime loro un vincolo di destinazione ad un pubblico servizio in modo da creare un collegamento diretto tra quelle entrate ed un determinato servizio pubblico, restando insufficiente a tal fine la semplice iscrizione della somma nel bilancio preventivo dello Stato o dell'ente pubblico». Nello stesso senso v. anche Cass., 10.7.1986, n. 4496, in *Giust. civ. Mass.*, 7 ss.

²¹⁷ In giurisprudenza il carattere eccezionale della separazione patrimoniale è stato affermato da Cass., 28.4.2004, n. 8090, in *Giust. civ.*, 2005, 1050 ss., secondo cui per configurare un patrimonio separato «non è sufficiente il riferimento del patrimonio stesso ad uno scopo, essendo anche necessario che intervenga una disciplina particolare, diversa da quella che regola il residuo patrimonio del soggetto, perché la separazione è uno strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra soggettività e unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo l'insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, in deroga ai principi fissati dagli art. 2740 e 2741 c.c.».

eventuali accordi tra debitore e creditore, diretti a limitare l'oggetto della garanzia patrimoniale.²¹⁸

Alla luce di questa descrizione il sistema della responsabilità patrimoniale si presenta semplice e lineare. Ma questa non è altro che un'apparenza.

Come si avrà modo di constatare nel prosieguo di questo lavoro, si assiste ormai da tempo all'emersione di una controtendenza rispetto ai principi di universalità e della *par condicio creditorum*, dovuta al moltiplicarsi delle fattispecie di patrimoni separati normativamente previsti.²¹⁹

Dinnanzi al mutato quadro normativo all'interprete si presentano diverse alternative.

Si potrebbe, anzitutto, continuare ad aderire alla concezione tradizionale del sistema e considerare i patrimoni separati un fenomeno dal carattere eccezionale.²²⁰

²¹⁸ DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 52, sostiene che per effetto dell'art. 2740, comma 2, c.c., non sono ammesse limitazioni della responsabilità nemmeno in forma pattizia. Con riferimento alla ammissibilità delle limitazioni contrattuali della responsabilità patrimoniale durante il vigore del codice previgente v. NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, op. cit., 9 ss.; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 6; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 182. Interessanti spunti sono offerti da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 47, il quale ha osservato che nella concezione tradizionale del sistema, la nullità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale «aventi un'efficacia *inter partes* fra creditore e debitore» costituisce «il secondo assioma della responsabilità patrimoniale». V. anche SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 91 ss. Sul punto v. più approfonditamente *infra*, Cap. V.

²¹⁹ Al fine di cogliere la portata del fenomeno in crescita basta tenere a mente i seguenti esempi: il fondo patrimoniale *ex art.* 167 ss. c.c.; i patrimoni delle s.p.a. dedicati ad uno specifico affare *ex art.* 2447- *bis* ss. c.c.; l'atto di destinazione *ex art.* 2645 *ter*; i fondi pensione di cui al d.lgs. 21.4.1993, n. 124, assorbito poi dal d. lg. 5.12.2005, n. 252; la cartolarizzazione dei crediti di cui alla l. 30.4.1999, n. 30, art. 3, comma 2; i fondi comuni di investimento di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; il c.d. *trust* interno, operativo nel nostro ordinamento grazie alla l. 16.10.1989, n. 364 di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1.7.1985 sulla legge applicabile ai *trust* e sul loro riconoscimento. Per l'analisi di alcune delle fattispecie di patrimoni separati v. Cap. IV.

²²⁰ SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 8 ss.; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 36 ss., il quale ha affermato che i fondamenti su cui poggia l'art. 2740 c.c. sarebbero rimasti inalterati e che le leggi che hanno introdotto i patrimoni separati non avrebbero dato luogo ad alcuna ricodificazione della materia.

Non è questa tuttavia una soluzione che ci sembra accettabile poiché è lontana dal vigente sistema normativo e finisce per trascurare tanto le esigenze di tutela del ceto creditorio, tanto quelle dell'autonomia privata volte all'utilizzo della tecnica della separazione patrimoniale.

Al contrario, si può immaginare che, a causa delle mutate esigenze rispetto a quelle esistenti al tempo della redazione del Codice civile, sia cambiato l'atteggiamento del legislatore nei confronti del fenomeno della separazione patrimoniale, sicché lo schema regola-eccezione di cui all'art. 2740 c.c. risulterebbe invertito in favore della specializzazione della responsabilità.²²¹

Vi è, infine, una terza via da percorrere. Si tratta di verificare se sia stato davvero il Codice civile ad imporre di leggere il rapporto tra l'universalità della responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni in termini di regola-eccezione, oppure se, in realtà, ciò sia frutto di una concezione radicata nella dottrina e nella giurisprudenza, pur essendovi sempre state nel nostro ordinamento le basi per utilizzare una diversa chiave di lettura del sistema della responsabilità patrimoniale.²²²

In tale prospettiva, assume fondamentale importanza l'individuazione della vera *ratio* sottesa all'art. 2740 c.c., nonché della reale influenza che ha

²²¹ Questo tema è ampiamente sviluppato in BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 242 ss. V. anche LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1996. Hanno affermato il ribaltamento del rapporto regola-eccezione tra il primo e il secondo comma dell'art. 2740 c.c. BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il cod. civ. comm.*, op. cit., 1°ed., 34 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 532; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 72 ss.; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 76 ss. V. anche MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 164, la quale ha osservato in senso critico che l'idea dell'unità del patrimonio come regola generale comporta un notevole disagio rispetto al concreto svolgersi del traffico giuridico, teso alla creazione di patrimoni separati privi di personificazione e alla specializzazione della garanzia patrimoniale e come esso sia superato proprio attraverso il moltiplicarsi dei patrimoni separati, «ipotesi previste dalla legge non più eccezionali perché statisticamente dominanti».

²²² Di lettura storicamente non fondata dell'art. 2740 c.c., in ragione della quale si è affermata la violazione da parte del *trust* del principio di unicità del patrimonio, ha parlato LUPOI M., *Trusts*, Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2001, 576 s.

avuto nella sua formulazione la teoria classica del patrimonio, tradizionalmente percepita come informatrice del nostro sistema.

1.1.- Le origini del principio di universalità della responsabilità patrimoniale: il dogma vero o presunto dell'unicità del patrimonio.

Come si ricordava nelle prime pagine del presente lavoro, le origini dei principi dettati dal legislatore attraverso gli artt. 2740 e 2741 c.c. si rinvennero negli artt. 1948 e 1949 del Codice civile del 1865, nonché negli artt. 2092 e 2093 del *Code civil*.²²³

Gli artt. 2740 e 2741 c.c. non fanno altro che riaffermare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale del debitore e della *par condicio creditorum*, senza apportare alcuna significativa innovazione rispetto alle disposizioni previgenti, sicché si deve concludere che essi informavano il sistema già prima dell'introduzione del Codice civile del '42.

Il solo elemento differenziatore è rappresentato dall'introduzione del principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, avvertito dalla dottrina maggioritaria come la vera portata innovativa dell'art. 2740 c.c., priva di riscontro negli ordinamenti a noi più vicini, come quello francese e tedesco.²²⁴

²²³ Sul rapporto tra l'art. 2740 c.c., l'art. 1948 del Codice civile del 1865 e l'art. 2092 del *Code civil* si rinvia a quanto osservato nel Cap. 1, § 1. Si ricorda, inoltre, che gli articoli 2092 e 2093 del *Code civil* nel 2006 sono stati oggetto di una nuova collocazione, pur essendo rimasti identici nel contenuto. Il testo del vecchio art. 2092 è stato trasposto nell'attuale art. 2284; mentre quello dell'art. 2093 nell'attuale art. 2285.

²²⁴ Sul carattere innovativo del secondo comma dell'art. 2740 c.c. v.: GIORGIANNI M., *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, op. cit., 175; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 7 ss., secondo cui, tuttavia, il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore esisteva già durante il vigore del Codice del 1865, anche se non era enunciato espressamente. Nello stesso senso v. anche BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 147 ss. Con riferimento all'elaborazione del libro VI del Codice civile del 1942 si veda VASSALLI F., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, op. cit., 615 ss. Per una ricostruzione dettagliata dell'evoluzione

Che davvero tale principio fosse sconosciuto alla legislazione previgente e agli altri ordinamenti giuridici non è poi così scontato come potrebbe sembrare, ma sul punto si avrà modo di tornare. Ciò che preme sottolineare è che fin dall'introduzione del Codice civile, la dottrina ha concentrato la propria attenzione quasi esclusivamente sul secondo comma dell'art. 2740 c.c., dando per scontata la portata di regola generale del principio di universalità della responsabilità patrimoniale.²²⁵

Tradizionalmente, il divieto sancito dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. è stato collegato all'essenzialità della responsabilità patrimoniale rispetto all'obbligazione. Come chiarito a suo tempo, la responsabilità patrimoniale costituisce, infatti, un elemento imprescindibile al fine di garantire il corretto funzionamento del rapporto obbligatorio, tanto è vero che «un debito senza responsabilità» - è stato detto - «è un non-debito».²²⁶

dell'istituto della responsabilità patrimoniale del debitore tra il *Code civil*, il Codice civile del 1865 e il Codice civile del 1942 v. MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione trust e responsabilità del debitore*, op. cit., 58 ss., che ha sottolineato come l'approccio dei codificatori alla responsabilità patrimoniale sia cambiato radicalmente dal 1865 al 1942. Nello specifico egli ha spiegato che, mentre il *Code civil* e il Codice civile del 1865 dimostravano uno scarso interesse per i principi generali della responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum*, che ritenevano destinati ad operare in ipotesi residuali (e cioè nei rari casi in cui il credito non fosse assistito da garanzie specifiche), i codificatori del 1942 hanno attribuito rilevanza fondamentale i predetti principi. Al riguardo v. anche CANDIAN A., *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (alle origini dell'art. 2740 codice civile)*, op. cit., 183.

²²⁵ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 23 ss., ha rilevato in senso critico che il principio di universalità e indivisibilità della responsabilità patrimoniale è stato a lungo considerato un principio autoevidente, al punto da non richiedere alcuna dimostrazione.

²²⁶ In questi termini si è espresso DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 48, il quale ha messo in luce il carattere indisponibile della responsabilità patrimoniale in ragione del fatto che si tratta di un rimedio connaturato all'obbligazione, alla quale essa conferisce giuridicità, e ha sottolineato che tale indisponibilità è indirettamente riconosciuta dal secondo comma dell'art. 2740 c.c., «che sembra ammettere, (ma) per forza di legge, solo "limitazioni" della responsabilità (e non la rinuncia ad essa)». BIANCA C.M., *Le garanzie reali e la prescrizione*, op. cit., 6 ss., secondo cui l'art. 2740, comma II, c.c., esprime il principio di fondo dell'impegnatività giuridica dell'obbligazione. In senso critico GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 155 ss., il quale ha sottolineato che il tradizionale ostacolo alla separazione dei patrimoni si rinviene nell'argomento per cui «non si potrebbe ammettere che sia lo stesso titolare a manipolare a suo piacimento ed a danno dei creditori il modo e il *quantum* della propria esposizione all'azione esecutiva di questi ultimi, giacché ciò equivarrebbe a riconoscergli un largo tasso arbitrario nell'adempimento delle sue obbligazioni».

La *ratio* del divieto delle limitazioni della responsabilità patrimoniale si spiegherebbe, dunque, in ragione dell'esigenza di tutelare i creditori contro l'eventualità che il debitore sottragga determinati beni alla garanzia patrimoniale generica, vanificando così il corretto funzionamento del rapporto obbligatorio.²²⁷

Non solo. Nella relazione al Codice civile sono stati gli stessi codificatori ad affermare che la ragione di fondo sottesa all'introduzione del principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale è stata quella di rafforzare il principio di universalità di cui al primo comma dell'art. 2740 c.c., «nell'interesse del credito e dell'economia».²²⁸

Sembrirebbe, allora, di dover affermare che il divieto espresso dall'art. 2740, comma 2, c.c. attenga certamente alla tutela del ceto creditorio, senza tuttavia esaurirsi in tale esigenza, essendo destinato a soddisfare anche interessi sovra-individuali.²²⁹

La riferibilità dell'art. 2740 c.c. anche a tali interessi ha spinto la dottrina maggioritaria a riconoscere in esso un principio attinente all'ordine pubblico, rafforzando la convinzione circa il carattere eccezionale delle

²²⁷ ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 1048; RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 7 ss. V. anche NERVI L., *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, op. cit., 58, secondo cui eventuali deroghe al principio di universalità della responsabilità patrimoniale «abbasserebbero la soglia minima di tutela prevista in favore del ceto creditorio». V. anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11 ss.; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 44; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione trust e responsabilità del debitore*, op. cit., 67 ss.; che hanno posto l'accento sul fatto che il secondo comma dell'art. 2740 c.c. è nato dall'esigenza sviluppatasi sotto la vigenza del Codice civile del 1865 di ridurre gli «espediti giuridici» attraverso cui il debitore poteva limitare la propria responsabilità, primo tra tutti quello della costituzione delle c.d. società anonime con socio unico, problema che i codificatori hanno tentato di arginare anche attraverso l'introduzione degli artt. 2363 e 2497 c.c. In proposito v. *amplius* la *Relazione al Re*, n. 943. V. inoltre SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 49, secondo cui la lettura combinata degli artt. 1322 e 2740 c.c. induce a ritenere che la responsabilità patrimoniale costituisca un limite per l'autonomia privata, nel senso che «le parti attraverso le loro determinazioni non possono modificare le posizioni di soggetti che, non avendovi preso parte, non sono stati messi in grado di difendere i propri interessi».

²²⁸ Ciò è detto espressamente nella *Relazione al Re* n. 1124.

²²⁹ VASSALLI F., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, op. cit., 615 ss.; ROPPO V., *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, op. cit., 1 ss.

limitazioni della responsabilità normativamente previste e l'impossibilità di una loro interpretazione analogica.²³⁰

Per ricostruire la reale portata dei principi dettati dal nostro Codice civile in materia occorre procedere per gradi, verificando innanzitutto la veridicità di ciò che viene dato forse troppo spesso per scontato, e cioè che l'art. 2740 c.c. sia la traduzione sul piano normativo dell'equazione un soggetto = un patrimonio elaborata dalla teoria classica.

Successivamente sarà necessario riflettere sulla vera *ratio* del secondo comma dell'art. 2740 c.c., poiché ciò permetterà di scoprire che esso può avere una portata applicativa differente da quella a cui si è abituati a pensare.

Si è consapevoli che l'analisi della teoria del patrimonio potrà sembrare, forse, un po' *démodé*. Tuttavia, essa appare necessaria per due diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto perché non si ritiene possibile discutere di quali siano i nuovi confini della responsabilità patrimoniale senza averne prima individuato con sufficiente chiarezza le originarie frontiere.

Inoltre, da alcuni anni la teoria del patrimonio è oggetto di una rinnovata attenzione da parte della dottrina di diversi ordinamenti giuridici, poiché essa è stata il punto di partenza per spiegare la natura e il funzionamento del *trust* adottato in alcuni paesi a sistema c.d. misto, quali la Scozia e il Québec.²³¹

²³⁰ Che il divieto delle limitazioni della responsabilità patrimoniale sia un principio ordine pubblico è riconosciuto da: PINO A., *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, 117 ss.; D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, op. cit., 438; NICOLÒ R., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11 ss.; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 43; GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, op. cit., 175; ROPPO V., *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 252, LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 151; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2° ed., 6; COSSU C., *Revocatoria ordinaria (azione)*, op. cit., 452; SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 334; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 6; BIANCA C.M., *Le garanzie reali e la prescrizione*, op. cit., 12 ss., il quale, con riferimento alla responsabilità patrimoniale e alla connessa *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741c.c., ha affermato che «si tratta di principi portanti dell'ordinamento giuridico sui quali è fondato il sistema dei rapporti obbligatori e che costituiscono condizioni necessarie di tutela dell'iniziativa economica».

²³¹ Sul punto v. gli spunti offerti da RICHARD L. H., *L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible?*, in *RJT*, 2002, 733 ss.; NACCARATO

Come si avrà modo di constatare, l'approccio alla teoria del patrimonio maturato in Scozia e nel Québec si rivelerà particolarmente utile per comprendere meglio quale sia stata la reale recezione di tale teoria nel nostro ordinamento e per scoprire che, al di là delle apparenze, non siamo poi così lontani dall'impostazione adottata in tali sistemi.²³²

È possibile che un principio di cui viene continuamente affermata l'erroneità e la contraddittorietà rispetto al dato positivo sia considerato la «pietra angolare» del sistema della responsabilità patrimoniale, al punto da aver influenzato la cultura giuridica degli ordinamenti di *civil law* per un intero secolo?²³³

La risposta è positiva, poiché è indubbio che ciò è accaduto con riferimento al principio di unicità e indivisibilità del patrimonio. Di non

M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, in *Les Cahiers de droit*, 2007, 505 ss.; KASIRER N., *Translating part of France's legal heritage: Aubry and Rau Patrimoine*, in *Revue générale de droit*, 2008, 450 ss.; ANDERSON R.G., *Words and Concepts: Trust and patrimony*, in *Judge and Jurist. Essays in memory of Lord Rodger of Earlsferry*, a cura di Burrows – Johnston – Zimmermann, Oxford University Press., 2013, 347 ss.; MATTHEWS P., *The compatibility of trust with the civil law notion of property*, in *The world of the trust*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2013, 313 ss.; RACZYNSKA M., *Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund*, in *The world of the trust*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2013, 454 ss. È interessante osservare che perfino in Francia, paese d'origine della teoria del patrimonio e sicuramente il più condizionato dalla stessa, si avverte oggi più che mai la necessità di sottoporla ad una revisione critica. In questo senso v. THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, Defrénois, Paris, 2007, che ha dimostrato come il diritto positivo francese abbia progressivamente preso le distanze dall'idea astratta dell'unità del patrimonio elaborata da Aubry e Rau. Per un approfondimento sul punto si rinvia, inoltre, a TERRÉ F., *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Lexis Nexis, Paris, 2011, il quale ha affermato che a seguito dell'introduzione nel 2010 dell'EIRL (*entrepreneur individuelle à responsabilité limitée*) il principio di unità del patrimonio sembra aver cessato di esistere anche in Francia. In effetti, a conferma di ciò può richiamarsi l'art. 526 – du *Code de commerce*, secondo cui «*Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale*».

²³² Sul punto v. più approfonditamente *infra* § 1.2.1 e § 2.

²³³ L'espressione virgolettata è di PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 68. V. anche MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 163; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 24, che ha osservato che l'art. 2740 c.c. rappresenta il dato positivo sui cui è stato costruito il principio secondo cui la garanzia patrimoniale dei creditori sarebbe unica e indivisibile, sottratta alla libera disponibilità dell'autonomia privata e, pertanto, suscettibile di essere derogata soltanto nelle ipotesi tipiche previste dalla legge. Secondo l'autore questo principio costituisce «il primo assioma della responsabilità patrimoniale». Sul punto v. anche DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op cit., 12 ss.

immediata evidenza è, invece, la ragione per cui questo si è verificato e soprattutto qual è, allora, il significato sotteso ai principi informatori del sistema.

Certamente la formulazione degli artt. 2740 e 2741 c.c. ha risentito dell'influenza della teoria classica del patrimonio, ma non sembra azzardato affermare che essi sono ben lontani dall'essere una fedele recezione della stessa.²³⁴

«*Le patrimoine est, en principe, un et indivisible, comme la personnalité même*».²³⁵

In questa nota affermazione di Aubry e Rau è racchiusa l'essenza della teoria classica del patrimonio, che ha imposto il fin troppo noto principio di unicità e indivisibilità del medesimo.

In realtà, la prima formulazione della teoria del patrimonio deve attribuirsi a Zachariä, del quale Aubry e Rau hanno tradotto l'opera e da cui hanno tratto ispirazione per affermare l'esistenza di un nesso indissolubile tra personalità e patrimonio.²³⁶

²³⁴ V. in tal senso MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 164, la quale ha osservato che l'assolutezza della concezione personalistica del patrimonio non si è imposta in Italia con la stessa forza con cui ciò è avvenuto in Francia, anche grazie alla sua rilettura attraverso i modelli della pandettistica tedesca.

²³⁵ AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, Vol. V, 5^{ed.}, Paris, 1907, § 574, 336 ss. La prima formulazione della teoria personalistica del patrimonio si rinviene già nella prima edizione dell'opera di Aubry e Rau, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, Vol. II, Paris, 1839, § 573, 334 ss., dove il legame tra personalità e patrimonio non era ancora stato enfatizzato come nelle successive edizioni, ma già si leggeva «*Il ne résulte encore que la même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine*». La teoria personalistica del patrimonio ha trovato pieno accoglimento da parte di PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 1915, I, 247 ss.; COLIN A. – CAPITAN H., *Cours élémentaire de droit civil*, 1939, I, 103 ss. V. la dettagliata analisi della teoria di Aubry e Rau proposta da THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 387 ss., la quale ha precisato che è soltanto nella quarta edizione dell'opera dei due professori di Strasburgo che per la prima volta appare l'idea che il patrimonio è «*un et indivisible et non plus seulement unique*».

²³⁶ ZACHARIÄ VON LIGHENTAL K.S., *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Vol. III, Heidelberg, 1837. L'opera di Zachariä è una trattazione del diritto civile francese dell'epoca, pertanto la teoria classica del patrimonio è nata dalla fusione tra la sistemazione del materiale normativo francese da parte di Zachariä e dalla rielaborazione dello stesso da parte di Aubry e Rau. Sul punto v. l'interessante analisi di ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 546 ss.

Invero, Zachariä si è limitato ad affermare che «*Das Vermögen einer Person ist die Rechtsidee der Einheit aller der Gegenstände, welche der Person gehören*», traendone la conseguenza che «*kann ferner eine und dieselbe Person nicht mehr als ein Vermögen besitzen*».²³⁷

Tuttavia, subito dopo aver enunciato tale principio, è stato lo stesso Zachariä a rilevare che, talvolta, la legge consente alla persona di possedere più patrimoni, sicché il principio di unicità del patrimonio non è assoluto, ma subisce delle eccezioni.²³⁸

²³⁷ ZACHARIÄ VON LIGHENTAL K.S., *Handbuch des Französischen Civilrechts*, op. cit., § 573, 422-423. Per Zachariä, dunque, il patrimonio di una persona è l'universalità giuridica di tutti i beni che le appartengono e da tale definizione deriva che una persona non può possedere più di un patrimonio. V. anche pag. 424 ss., dove egli ha affermato che il patrimonio considerato in sé e astrattamente dalla persona del suo proprietario è divisibile, mentre rispetto al suo proprietario, esso costituisce un oggetto indivisibile, come la persona del proprietario stesso. Questo specifico aspetto della teoria di Zachariä è stato ampiamente valorizzato da THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 376 ss. e 412, la quale ha messo in evidenza non soltanto il suo differente approccio al patrimonio, nella sua duplice dimensione astratta e materiale, rispetto a quello di Aubry e Rau, per quali esso non è altro che un'astrazione, ma, sulla base di queste premesse, ha altresì osservato che nella originaria formulazione della teoria del patrimonio, questo, nella sua dimensione materiale, era tutt'altro che indivisibile. L'assoluta indivisibilità del patrimonio non è, dunque, il frutto della originaria formulazione della teoria del patrimonio, come Aubry e Rau hanno fatto credere, bensì della loro successiva elaborazione. Nell'opera citata di Zachariä, l'autore spiega, inoltre, che l'uomo non acquista il suo patrimonio, ma fin tanto che porta in lui la qualità di persona giuridica ha in virtù della legge un patrimonio. Interessante è anche la spiegazione che Zachariä offre degli artt. 2092 e 2093 del Code civil (pag. 435): «*Wenn das Vermögen die Person selbst in Beziehung auf die Güter, über welche sie gebietet, ist, so haftet auch von Rechtswegen das Vermögen einer Person für deren Schulden*». L'individuazione dell'unità del patrimonio nella persona del suo proprietario e del patrimonio quale attributo della personalità si rinviene anche in SAVIGNY VON F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, Trad. italiana di Vittorio Scialoja, vol. I, Torino, 1886, 342.

²³⁸ ZACHARIÄ VON LIGHENTAL K.S., *Handbuch des Französischen Civilrechts*, op. cit., § 573, 423, secondo cui questa eventualità si verifica in due ipotesi. La prima si identifica nell'attribuzione da parte della legge alla stessa persona di una personalità multipla, così come accadrebbe, secondo Zachariä, nelle sostituzioni fedecommissarie. La seconda nel riconoscimento, sempre ad opera della legge, della possibilità di separare alcuni beni dal patrimonio di una persona, per formare un patrimonio a parte, così come nell'ipotesi di accettazione beneficiata dell'eredità. V. la dettagliata analisi di THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 378 ss., che ha posto l'accento sul fatto che nella originaria formulazione della teoria del patrimonio, Zachariä avesse configurato una vera e propria «*exception générale à l'unicité du patrimoine*», il cui fondamento è dato appunto dall'attribuzione da parte del legislatore «*à une seule et même personne d'une personnalité multiple*», nel senso di uno «*statut personnel multiple*». È interessante osservare che l'autrice rintraccia la base per una revisione della teoria della indivisibilità del patrimonio elaborata da Aubry e Rau proprio nella iniziale teoria del patrimonio di Zachariä. In particolare, secondo la Thomat-Raynaud, l'eccezione generale individuata da Zachariä troverebbe un riscontro nel

Questo dato è particolarmente interessante, poiché permette di constatare che, fin dagli arbori, il dogma dell'unicità e indivisibilità del patrimonio ha dovuto scontrarsi con la differente realtà positiva, senza, tuttavia, che ciò abbia indotto i suoi fautori ad interrogarsi sulla sua attendibilità.

Se Zachariä si limitò ad enunciare il nesso tra personalità e patrimonio nonché l'impossibilità per la stessa persona di possedere più di un patrimonio, salvo nelle ipotesi in cui ciò fosse eccezionalmente consentito dalla legge, è ad Aubry e Rau che si deve la compiuta formulazione della teoria personalistica del patrimonio.

*«L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité».*²³⁹

Da questa affermazione derivano secondo Aubry e Rau tre specifici corollari, e cioè che le persone possono avere un solo patrimonio, che tutte le persone hanno un patrimonio anche se non possiedono alcun bene e, infine, che

diritto positivo francese, che avrebbe attribuito due tipi di personalità speciale a taluni individui, in modo da proteggere gli interessi collettivi di cui sono essi portatori, e cioè la «*personnalité professionnelle*» e la «*personnalité fiduciaire*». Per attenuare il rigore dell'unicità del patrimonio una delle strade percorribili è, secondo l'autrice, non quella di rompere il legame tra persona e patrimonio, bensì la creazione da parte della legge «*des qualités juridiques qui vont permettre à une personne de posséder plusieurs patrimoines*». Di particolare interesse è anche il passaggio della Thomat-Raynaud in cui l'autrice mette in evidenza il mancato riferimento da parte di Aubry e Rau alla personalità multipla, nonostante essi abbiano richiamato alcuni degli esempi citati in tal senso da Zachariä (v. spec. 387 ss.). In proposito v. più dettagliatamente *infra*.

²³⁹ AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, op. cit., 333. V. l'interessante osservazione di ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 52, che ha messo in evidenza come nel pensiero di Aubry e Rau «la persona non ha (un diritto) sul patrimonio, ma è un patrimonio, nel senso che per il diritto privato essa si identifica con la vicenda patrimoniale che le compete». V. anche THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 37, che ha evidenziato come l'utilizzo del termine "idée" da parte di Aubry e Rau «*est révélateur de la façon dont ils envisagent le patrimoine. Celui-ci est un concept abstrait qui est employé par les philosophes. Ils adoptent ici une représentation intellectuelle du patrimoine distincte de sa représentation matérielle*». L'autrice spiega, così, come il patrimonio fosse concepito da Aubry e Rau come un contenitore astratto di natura pecuniaria e che l'ostacolo alla sua divisibilità deve identificarsi proprio in tale concezione astratta, posto che esso, nella sua dimensione materiale, è perfettamente divisibile.

la stessa persona non può avere più di un patrimonio nel senso proprio del termine.²⁴⁰

Il patrimonio è concepito, dunque, come un diritto innato. Esso è la personalità dell'uomo in relazione con i beni a lui appartenenti e, così come la personalità dell'uomo è indivisibile, lo è anche il patrimonio.²⁴¹

L'idea del patrimonio come emanazione della personalità è il risultato della combinazione di diversi elementi. Certamente è frutto del contesto storico culturale in cui essa ha avuto origine, fortemente influenzato dai principi illuministici tesi a enfatizzare il ruolo dell'individuo all'interno del sistema giuridico e «dove la proprietà rappresenta il diritto soggettivo per eccellenza e lo strumento di potere del singolo».²⁴²

²⁴⁰ AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, op. cit., 336, i quali hanno affermato altresì che il patrimonio è «*l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle (...) Suivant Zachariae, le patrimoine d'une personne pourrait se diviser en patrimoine immobilier, et en patrimoine mobilier (...) Mais il répugne à la raison que le patrimoine, dont les éléments sont purement intellectuels, puisse recevoir une division qui ne reposerait que sur les qualités naturelles des objets qui s'y trouvent compris*». Sul punto cfr. l'analisi di THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 58 ss.

²⁴¹ AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, op. cit., 347 ss., che hanno riconosciuto, tuttavia, che il patrimonio come universalità di beni, si distingue dalla persona stessa, sicché si instaura un rapporto tra persona e patrimonio che essi identificano nel diritto di proprietà dell'individuo sul patrimonio.

²⁴² BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 148, nota 113, ha puntualmente sottolineato che l'idea del patrimonio come attributo della personalità nasce nel «panorama ideologico della Francia di fine secolo, infervorata dai principi illuministici (...) L'interpretazione in chiave personalistica del patrimonio si pone quale retaggio delle codificazioni "borghesi" e si pone su un piano più ampio rispetto alla sistematica strettamente giuridica, assumendo il ruolo di principio di carattere filosofico e universale, la cui formulazione rappresenta solo una delle manifestazioni delle concezioni soggettivistiche del sistema». Nello stesso senso v. anche THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 33. V. anche ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 553 ss., che ha sottolineato come il successo della dottrina di Aubry e Rau si comprende solo se si tiene a mente che così come delineato, il patrimonio non è più solo uno strumento giuridico, ma un vero e proprio «*droit philosophique* (...) Non è possibile cogliere il valore metanormativo di questo concetto giuridico senza considerarne il ruolo giuspolitico in un sistema che riordina l'imputazione giuridica sul cardine dell'unità del soggetto di diritto e che assegna al diritto privato un valore costituzionale». Nell'indagare le ragioni del successo della teoria di Aubry e Rau, Zoppini ha osservato, altresì, che la connessione tra personalità e patrimonio mirava a rimuovere le situazioni di privilegio quanto ai riflessi patrimoniali afferenti alla responsabilità patrimoniale, nonché a garantire il rispetto della persona umana, perché ha negato in materia civile e commerciale la natura satisfattiva dei rimedi che comportano la costrizione fisica. V. anche MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo*

Inoltre, essa ha indubbiamente risentito anche della concezione personalistica dell'obbligazione propria del diritto romano, in cui oggetto dell'esecuzione era inizialmente la persona del debitore.²⁴³

Questi stessi elementi spiegano il favore con cui la teoria del patrimonio è stata accolta. Tuttavia, parte della dottrina ha puntualmente osservato che il successo della teoria di Aubry e Rau si deve anche ad una diversa ragione. Partendo dalla constatazione che negli ordinamenti di *civil law* il concetto di patrimonio riveste fondamentale importanza, pur senza ricevere una compiuta definizione normativa, la dottrina scozzese ha rilevato che è stato proprio il bisogno di trovare una fonte che spiegasse l'essenza della nozione di patrimonio a determinare un così grande entusiasmo per l'elaborazione di Aubry e Rau.²⁴⁴

scopo, op. cit., 163; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 28 ss.

²⁴³ RAYNAUD P., *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Paris, 1934, 175 ss., il quale ha affermato che la concezione personalistica del patrimonio non può ritenersi il frutto della pura immaginazione, essendo piuttosto il risultato di un percorso storico che trae le sue origini nel diritto romano. «*La conception personnaliste du patrimoine n'est au fond qu'une conséquence d'une notion plus générale, la notion de la personnalité de l'obligation*». Ma proprio in ragione dell'evoluzione che ha interessato il concetto stesso di obbligazione, Raynaud ha affermato «*Il serai peut-être permis de se demander alors s'il n'esta pas un peu artificiel de maintenir une si étroite corrélation entre le patrimoine et la personne qui a cessé de tenir la place prépondérante dans l'obligation dont le patrimoine est la garantie*». Nello stesso senso v. anche GUINCHARD S., *L'affectation des bien en droit privé français*, 1976, 330 ss. In direzione contraria, nel senso che il valore esplicativo della teoria del patrimonio dipende proprio dal fatto che «*le droit de gage reconnu aux créancier sur le patrimoine du débiteur exprime le caractère personnel de l'obligation envisagée sous l'angle de la responsabilité*» v. COETH CORDEY F., *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, in *Revue trim. droit civ.*, 1996, 819 ss. V. anche SPETH F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, Paris, 1957, 39 ss., che, pur rivenendo il collegamento della teoria del patrimonio nella concezione personalistica dell'obbligazione, ha altresì precisato che la nozione di patrimonio come l'insieme delle attività e delle passività di un individuo ha origine proprio nel diritto romano, senza che, tuttavia, vi fosse alcun ostacolo alla divisibilità del patrimonio. Al contrario, l'autore ha osservato che già il diritto romano conosceva la divisibilità del patrimonio, ad esempio attraverso l'istituto del *peculio*, per mezzo del quale il *pater familias*, poteva affidare a uno dei figli o ad uno schiavo la gestione di una parte del suo patrimonio, in modo che i beni oggetto del *peculio* servissero da garanzia esclusiva alle obbligazioni assunte dal beneficiario.

²⁴⁴ ANDERSON R.G., *Words and Concepts: Trust and patrimony*, op. cit., 355. V. anche RAIMON M., *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, Paris, 2002, 25 ss., il quale ha affermato che se da un lato il pregio che deve riconoscersi alla teoria di Aubry e Rau è quello di aver precisato la nozione di patrimonio, dall'altro, il suo vizio più

Chiariti il significato e le implicazioni della teoria in esame, una domanda è d'obbligo: qual è il fondamento normativo del principio di unità e indivisibilità del patrimonio? Invero, Aubry e Rau non dedicano troppa attenzione a tale profilo, limitandosi a richiamare il riferimento operato dall'art. 2092 del *Code civil* a tutti i beni del debitore.²⁴⁵

Ciò che invece i due giuristi sono stati costretti ad ammettere è che il diritto francese conosceva alcune «universalità giuridiche» distinte dal patrimonio. Tuttavia, al pari di Zachariä, essi non si sono preoccupati di trovare una spiegazione convincente per giustificare la loro esistenza a dispetto della pretesa insuperabilità del principio di indivisibilità del patrimonio.²⁴⁶

grande deriva dal fatto che l'esaltazione del legame esistente tra persona e patrimonio ha finito per occultare tutti gli altri componenti del patrimonio stesso. Cfr. anche THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 33, secondo cui la creazione della teoria del patrimonio si spiega proprio per la volontà di colmare la lacuna del *Code civil*. Inoltre, «la raison d'être de la création de la notion de patrimoine est de donner une liberté économique aux individus et d'affermir la liberté du commerce et de l'industrie».

²⁴⁵ AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, op. cit., 366 ss. Cfr. THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 21, secondo cui, anche se l'unità del patrimonio non è formulata espressamente dal *Code civil*, essa può appoggiarsi su alcune delle disposizioni ivi previste, e specificamente negli artt. 2092, 2093 e 732 in materia di successione, che fanno riferimento al concetto di universalità. In senso critico v. KASIRER N., *Translating part of France's legal heritage: Aubry and Rau Patrimoine*, in *Revue générale de droit*, op. cit., 460, il quale ha messo in evidenza la fragilità del fondamento testuale della teoria del patrimonio.

²⁴⁶ AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, op. cit., 338 s., hanno richiamato a titolo esemplificativo l'accettazione beneficiata dell'eredità; i beni dell'assente; il fidecommesso, la dote. V. le interessanti osservazioni di THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 387 ss., che ha messo in evidenza, anzitutto, che a partire dalla quarta edizione della loro opera, Aubry e Rau non utilizzano più il termine eccezioni per descrivere tali ipotesi, proprio per non inficiare l'assolutezza della loro teoria. L'autrice osserva ancora che il mancato riferimento alla personalità multipla operato da Zachariä, si spiega non soltanto per la volontà di adattare la teoria del patrimonio ai bisogni dei politici francesi, ma anche perché essa non era adatta alla concezione del diritto di proprietà propria di Aubry e Rau. «Le deux auteurs n'ont semble-t-il pas voulu faire apparaître l'idée d'une décomposition du droit de propriété (...) La conception de Zachariae faisant référence à des biens qui n'étaient pas libres, Aubry et Rau ont très cartâmes trouvé que un 'telle conception ne s'accordait pas avec la liberté de l'homme sur se bien». Inoltre, questa concezione, spiega la Thomat-Raynaud, era del tutto incompatibile con l'idea della personalità unica e indivisibile di Aubry e Rau.

La dottrina italiana è rimasta inizialmente affascinata dal pensiero di Aubry e Rau, individuandone i riferimenti normativi, pur senza un'esaustiva spiegazione, negli artt. 1948 e 1949 del Codice civile del 1865.²⁴⁷

Anche la nostra dottrina ha rilevato l'esistenza nel diritto positivo di masse patrimoniali separate, *in primis* l'eredità beneficiata, ma ha ritenuto che ciò non fosse sufficiente ad intaccare il principio di unicità del patrimonio, poiché la confusione di patrimoni sarebbe stata evitata «in virtù di una funzione giuridica, per la quale si viene in certo modo a personificare l'eredità stessa».²⁴⁸

Per la teoria personalistica del patrimonio, l'unico modo per spiegare i complessi patrimoniali aventi una disciplina speciale in tema di responsabilità è stato quello della loro personificazione, così da far salvo il principio di unità e indivisibilità del patrimonio.²⁴⁹

L'artificialità e le contraddizioni della teoria classica del patrimonio sono immediatamente percepibili, a partire dalla semplice constatazione che, pur dinnanzi agli evidenti contrasti con il diritto positivo, i suoi fautori non ne hanno tenuto conto.²⁵⁰

²⁴⁷ BIANCHI F.S., *Corso di diritto civile italiano. I beni*, Vol. IX, Tomo I, Torino, 1895, 7 ss., il quale ha osservato che i principi proclamati dagli articoli 1948 e 1949 c.c. si giustificano per il fatto che «finché dura la vita della persona, il patrimonio di lei non è suscettibile di divisione, nemmeno in quote astratte». VIVIANTE C., *Nota a Corte d'Appello di Bologna*, 8.6.1888, in *Foro it.*, I, 1888, 940 ss.; FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1939, 93 ss.

²⁴⁸ BIANCHI F.S., *Corso di diritto civile italiano. I beni*, op. cit., 16 s., il quale con riferimento all'accettazione beneficiata dell'eredità, ai beni dati in possesso temporaneo o definitivo agli eredi dell'assente, afferma non esservi alcuna ragione per considerarli come casi di derogazione al principio generale di unità del patrimonio. Con specifico riferimento all'accettazione beneficiata dell'eredità si legge che «non sono dunque, nel concetto giuridico, due distinti patrimoni che esistono presso la stessa persona, né una universalità giuridica distinta che esista nel patrimonio dell'erede, ma sono due distinti patrimoni appartenenti a due personalità diverse, quantunque l'esistenza di una di esse, quella dell'eredità, dipende da una finzione di legge». Per la costruzione dell'eredità beneficiata come persona giuridica dotata di autonoma soggettività v. anche VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Milano, 1942, 75 ss.

²⁴⁹ Per un approfondimento sul punto si rinvia a BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 148 ss.; ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 554 ss.;

²⁵⁰ KASIRER N., *Translating part of France's legal heritage: Aubry and Rau Patrimoine*, in *Revue générale de droit*, op. cit., 460, il quale ha osservato che ci sono così tante eccezioni nel diritto positivo alla concezione di Aubry e Rau, che essa è quasi «irrelevant

L'individuazione dell'essenza della teoria personalista del patrimonio ancora non chiarisce l'impatto decisivo che essa avrebbe avuto nella costruzione del nostro sistema della responsabilità patrimoniale.

Certo, la formulazione letterale dell'art. 2740 c.c. è almeno in parte il prodotto della tradizione normativa francese, tanto è vero che essa ricalca il dettato dell'art. 2092 del *Code civil*, ma ciò non è ancora sufficiente per affermare che tale disposizione rappresenti il consapevole accoglimento da parte del nostro Codice della concezione personalistica del patrimonio, come potrebbe a prima vista apparire.²⁵¹

to positive law». RAIMON M., *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, op cit., 25, ha affermato che la teoria personalista del patrimonio non può essere accettata perché «*elle devait se plier aux exigences de la réalité. L'existence d'exceptions, ainsi que l'absence de caractère d'ordre public de la règle de l'art. 2092 du Code civil, démontrent le caractère relatif des principes tirés de la conception personaliste du patrimoine: ils ne peuvent pas se voir attribuer la valeur d'une norme fondamentale structurant tout l'ordre juridique*» (il corsivo è dell'autore). GUINCHARD S., *L'affectation des bien en droit privé français*, op. cit., 332 s.: «*La théorie d'Aubry et Rau encourt le reproche de ne pas établir le prétendu principe de l'unité et de l'indivisibilité, de ne pas expliquer pourquoi il existe en droit positif des universalité juridique autre que le patrimoine, alors que l'unité de la personne serait un principe rationnel et supérieur*» V. già GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Vol. I., Paris, 1919, 133 ss., secondo cui il più grande limite della teoria di Aubry e Rau è stato quello «*de partir d'une idée a priori et purement conceptuel*». V. anche la più recente analisi di ZENATI F., *Mise en prospective et perspectives de la théorie du patrimoine*, in *Revue trim. droit civ.*, 2003, 667 ss., il quale pur senza valutare del tutto negativamente la teoria personalistica del patrimonio ha osservato che «*Le législateur a montré à plusieurs reprises que la théorie d'Aubry et Rau ne l'arrêté pas dans des projets de créer des patrimoines d'affectation*» e ha concluso nel senso che «*la thèse d'Aubry et Rau n'est pas une création de démiurge mais une ouvre de son temps*». Cfr. anche THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 271 ss., la quale ha spiegato che il diritto positivo francese ha progressivamente preso le distanze dalla teoria di Aubry e Rau, senza rimettere in discussione il legame tra persona e patrimonio, ma offrendone una nuova declinazione, il cui fondamento risiede nel riconoscimento «*sociologique d'un principe de pluralité di vies*». In altri termini, il diritto positivo non concepisce più la persona e la sua vita come unitaria e lineare, così come nella nozione di patrimonio elaborata da Aubry e Rau, ma tiene conto del «frazionamento» della vita degli individui.

²⁵¹ Con riferimento all'influenza del modello francese nell'elaborazione del Codice civile v. l'interessante analisi di GAMBARO A., *I moderni sistemi di civil law tra influenze francesi e tedesche*, in *Tratt. dir comp.*, a cura di Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 1996, 363 ss., il quale ha spiegato che esso è stato recepito in Italia tra il 1796 e il 1865 soprattutto come modello legislativo. «Sulla scia della recezione legislativa è intervenuta una recezione dottrinale ben spiegabile con il fatto che i giuristi essendo coscienti di quanto il loro diritto positivo fosse una copia di quello francese si adattavano volentieri a considerare come autorità i commenti e le analisi della dottrina francese». Gambaro ha evidenziato, altresì, come successivamente in Italia anche il modello tedesco ha riscosso un rapido successo, senza però che si verificassero «fenomeni di più diffusa osmosi, quali quelli verificatesi al tempo della

Sebbene il dato testuale dell'art. 2740 c.c. sembri non lasciare alternativa circa la recezione da parte dell'ordinamento italiano delle conseguenze della teoria personalistica del patrimonio, si dubita, invero, che esso ne abbia accolto fino in fondo le premesse.

Secondo la dottrina maggioritaria il Codice civile del 1942 avrebbe posto a fondamento del sistema della responsabilità patrimoniale del debitore l'idea della necessaria corrispondenza biunivoca tra soggetto e patrimonio, frutto della concezione del medesimo quale emanazione della personalità.²⁵²

Di conseguenza, i patrimoni separati non potevano che trovare uno spazio residuale, posto che avrebbero infranto il principio intorno a cui ruota tutto il sistema. L'inversione di rotta sarebbe arrivata solo in un momento successivo, quando in forza dell'aumento dei patrimoni separati tipizzati, ci sarebbe stato un ribaltamento di prospettiva e l'affermazione della specializzazione della responsabilità quale nuova regola.²⁵³

Questa conclusione appare certamente coerente laddove si parta dall'idea che il nostro ordinamento ha accolto i fondamenti della teoria personalistica del patrimonio.

Tuttavia, è proprio questa premessa a non convincere fino in fondo.

recezione del modello francese (..) In realtà la recezione dei modelli pandettistici in Italia non ha condotto ad una dominazione totale (..) L'unico settore effettivamente conquistato ai modelli tedeschi rimase l'università». Sull'influenza della teoria classica francese nell'elaborazione del nostro sistema della responsabilità patrimoniale v. anche MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 164.

²⁵² ALPA G., *I principi generali*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di Iudica – Zatti, 1993, 287 ss. V. anche MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 164, la quale ha osservato in senso critico che oggi, nonostante se ne avverta la profonda erroneità e la carenza di conferme nel diritto positivo, essa continua ad essere percepita come regola generale rispetto alla quale le ipotesi derogatorie sono «eccezioni e attentati alla sua operatività generale».

²⁵³ Tra i primi a rilevarlo v. BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, op. cit., 1° ed., 34; ROPPO. V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 509 ss.; MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, 579 ss.; GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio*, op. cit., 158; DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op. cit., 1257 ss.; FEDERICO A., *Limitazioni della responsabilità patrimoniale*, in *Istituzioni di diritto civile*, a cura di Perlingieri – Biscottini, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2012, 195 ss.

Innanzitutto, se davvero l'art. 2740 c.c. avesse accolto la concezione personalistica del patrimonio, dovremmo trovare conferma di ciò anche in altre disposizioni codicistiche.

Invero, vi è un'ulteriore passaggio che si pone a monte di tutto il ragionamento. Seguendo l'insegnamento della teoria classica, che ha posto a fondamento della propria costruzione gli art. 2092 e 2093 del *Code civil*, si è abituati a pensare che sia stato il diritto positivo ad avere imposto il principio di unicità e indivisibilità del patrimonio.

La veridicità di questa premessa merita, tuttavia, di essere ancora indagata: l'analisi fin qui svolta ha dimostrato che già i fautori della teoria classica sono stati costretti ad ammettere che l'ordinamento giuridico conosceva alcune masse patrimoniali separate, sicché viene da chiedersi se sia stato davvero esso ad imporre il principio di unicità del patrimonio o, piuttosto, la dottrina.²⁵⁴

Nel prosieguo di questo lavoro si cercherà di verificare se il Codice civile abbia accolto realmente le premesse della teoria personalistica del patrimonio, nonché quale sia il loro fondamento. Qualora l'analisi dovesse dare esito positivo, non resterà che concludere nel senso della progressiva inversione dei ruoli dei principi ordinatori del sistema della responsabilità patrimoniale nel corso del tempo.

Se, invece, si dovesse incontrare una risposta diversa, occorrerà rimeditare su quale sia stato l'atteggiamento del nostro Codice nei confronti del preteso dogma dell'indivisibilità del patrimonio fin dalla sua introduzione.

²⁵⁴ V. note 238 e 246 Cfr. THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 34-35, la quale pur partendo dal presupposto che l'unità del patrimonio trova «une assise» negli art. 2092 e 2093 del *Code civil*, riconosce che la teoria di Aubry e Rau è stata definita *a posteriori*, allo scopo di trovare un fondamento sul quale poggiarsi per dare una portata pratica alle medesime disposizioni. L'autrice riconosce che «Aubry e Rau en reliant leur analyse aux anciens articles 2093 et 2093 du Code civil, ont placé l'unité du patrimoine au coeur de la sécurité des obligations et de la confiance contractuelle» (v. pag. 68 ss.). Non solo. La Thomat-Raynaud afferma espressamente che gli autori hanno così costruito un sotterfugio al fine di rassicurare i creditori e di fargli credere che la persona risponde sempre dei suoi debiti, anche se attraverso l'intermediario rappresentato dal patrimonio.

1.2.- *I patrimoni destinati allo scopo. La differente chiave di lettura del principio di unicità e indivisibilità del patrimonio elaborata dalla pandettistica tedesca.*

La teoria del patrimonio ha conosciuto una differente linea evolutiva attraverso l'elaborazione dei c.d. patrimoni di destinazione da parte della *Zweckvermögenstheorie*.²⁵⁵

Tale teoria, detta anche oggettiva, ha condiviso le premesse della teoria personalistica di derivazione francese dell'unità e indivisibilità del patrimonio, ma ne ha offerto una declinazione del tutto peculiare, sviluppatasi principalmente in due distinte fasi.²⁵⁶

Fin dalla prima formulazione proposta dal Brinz questa teoria ha cercato di contemperare due diverse esigenze: da un lato quella di far salvo il principio di unità e indivisibilità del patrimonio, dall'altro quella di trovare una giustificazione per le masse patrimoniali separate esistenti nell'ordinamento giuridico, senza dover ricorrere al sistema della personificazione.²⁵⁷

²⁵⁵ La prima formulazione della categoria dei patrimoni di destinazione si deve a BRINZ A., *Lerbuch der Pandekten*, Band I, Erlangen u. Leipzig, 1884, 201 ss. e Band III, parte II, Erlangen u. Leipzig, 1888, 453 ss. Un'attenta e dettagliata analisi della *Zweckvermögenstheorie* è stata compiuta da BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 114 ss., la quale ha affermato che essa «nasce quale creazione della pandettistica nella quale si esprime la tensione tra una visione di stampo romanistico aliena da qualsiasi procedimento di astrazione e una visione più moderna che enfatizza la difficoltà di inserire situazioni di aggregazioni di persone o beni diverse dall'uomo in un sistema tutto imperniato sulla nozione di soggettività giuridica». Un'ulteriore approfondimento della *Zweckvermögenstheorie* è stato compiuto da ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 555 ss.; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, Cedam, Padova, 2010, pag. 296 ss.; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 31 ss.; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 88 ss. V. anche PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 9 ss.; SPETH F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, 21 ss.; RAYNAUD P., *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, op. cit., 189 ss.

²⁵⁶ V. ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 555; BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 122, la quale ha puntualmente sottolineato che la tradizione culturale tesa al collegamento tra persona e patrimonio segna anche questa fase di elaborazione di nuovi concetti e discipline.

²⁵⁷ BRINZ A., *Lerbuch der Pandekten*, op. cit., § 59, 194 ss., il cui rifiuto per la finzione dell'esistenza della personalità giuridica è perfettamente riassunto nell'affermazione

Posto che anche secondo il Brinz la persona fisica può avere soltanto un patrimonio, egli ha attribuito il ruolo di elemento unificante delle masse patrimoniali separate allo scopo: è lo scopo a cui sono destinati taluni elementi del patrimonio della persona fisica il criterio di unificazione e di appartenenza dei medesimi.²⁵⁸

Il sistema delineato dal Brinz è stato definito dalla dottrina come un sistema «a doppio binario, in cui lo scopo e il soggetto sono elementi alternativi».²⁵⁹

L'unità del patrimonio è assicurata, infatti, o dalla sua riferibilità ad una persona fisica o ad uno scopo, senza, tuttavia, che il patrimonio destinato assuma il rango di persona giuridica. Il patrimonio unificato dallo scopo è per il Brinz un patrimonio senza titolare.²⁶⁰

«Nur die Menschen sind Personen». Egli ha proseguito, inoltre, affermando che «Dass jene Dinge als Personen auftreten oder deren Stelle einnehmen, lässt also stillschweigend einfließen, dass sie keine Personen sein». Per un approfondimento si rinvia a BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 117, dove si legge che «la teoria dei patrimoni di destinazione, così come altre teorie sulla personalità giuridica, nasce dall'esigenza pratica di trovare una collocazione unitaria a complessi patrimoniali caratterizzati da discipline speciali in tema di circolazione di beni e di responsabilità». V. ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 555, ha osservato, altresì, che la teoria dei patrimoni allo scopo si sviluppa nell'alveo della dottrina finzionistica della persona giuridica, di cui accoglie la premessa che l'imputazione soggettiva riguarda esclusivamente la persona fisica. V. anche ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 30 ss.

²⁵⁸ BRINZ A., *Lerbuch der Pandekten*, op. cit., § 61, 201 ss., «Sprachlich kann etwas nicht bloß irgendwem, sonder auch für etwas gehören. Es ist unsere Behauptung, dass wie sprachlich, so reichlich etwas für etwas gehören könne. (...) Da keine Person zu nennen ist, der sie gehört haben, muss etwas gewesen sein, wofür sie gehört haben. Um ebene deswillen haben sie für ein Zweck gehört; denn in dem wofür liegt unausweichlich der Zweckgedanke. Folgendermaßen nannten wir derlei Vermögen Zweckvermögen».

²⁵⁹ Così BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 126; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 30, secondo cui attraverso la ricostruzione del Brinz, «ancora una volta il principio dell'unità del patrimonio è fatto salvo. Infatti, dove ci si trovi a masse patrimoniali autonome, il criterio dello scopo si affianca a quello dell'appartenenza, riconducendo ad unità giuridica una massa che, di conseguenza, non avrà più bisogno di titolare». È lo stesso BRINZ A., *Lerbuch der Pandekten*, op. cit., § 62, 205, ad aver affermato che il patrimonio o appartiene a qualcuno o è per qualcosa, meglio ancora, «für etwas gehört». Sul punto cfr. anche THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 412 ss.;

²⁶⁰ Le radici della *Zweckvermögenstheorie* devono rinvenirsi nella tematica dei diritti senza soggetto, ovvero nella possibilità di concepire dei diritti senza un titolare, la cui prima formulazione si deve a WINDSCHIED B., *Die ruhende Erbschaft*, in *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, § 531, 10 ss., il quale trattando dell'eredità giacente si era

In questa prima fase si è ancora lontani dalla concezione di patrimonio separato quale parte “distaccata” del patrimonio di uno stesso soggetto, poiché Brinz ha affermato chiaramente che uno stesso patrimonio non può mai appartenere contemporaneamente ad una persona e ad uno scopo: o appartiene all’uno o all’altro.²⁶¹

Nonostante ciò, la ricostruzione del Brinz costituisce un passaggio fondamentale nell’evoluzione della teoria del patrimonio, sia perché dimostra la consapevolezza della presenza e dell’importanza del fenomeno delle masse

domandato se fosse possibile che esistessero diritti che non fossero collegati ad un soggetto, dandovi risposta positiva. Nella traduzione italiana dell’opera a cura di FADDA C. – BENZA P.E., *Diritto delle pandette*, Vol. I, Torino, 1930, § 49, 145, si legge che esistono diritti che hanno la destinazione a servire ad un certo scopo e che non sono collegati all’uomo, come a loro soggetto. Su questo tema v. il fondamentale contributo di ORESTANO R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 ss. V. anche l’attenta analisi di BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 124 ss., la quale ha affermato che «la logica da cui muove la teoria dei patrimoni di destinazione è la constatazione che la finzione dell’esistenza della personalità giuridica quale *maschera artificiale* dell’uomo non significa altro che l’implicita affermazione dell’inesistenza di soggetti diversi dall’uomo. In questa consapevolezza si preferisce l’esplicita affermazione dell’inesistenza del soggetto. La teoria dei patrimoni di destinazione si presenta così in questa prima fase quale teoria dei patrimoni senza soggetto (..) La teoria dei patrimoni di destinazione non si presenta, dunque, almeno nella prima fase della sua formulazione, quale tentativo di definizione di una nuova forma di soggettività giuridica, ma quale teoria negatrice della stessa. I patrimoni di destinazione sono patrimoni adespoti, privi di titolare». Bianca ha osservato, altresì, che la teoria dei patrimoni allo scopo si è sviluppata nell’alveo della dottrina finzionistica della persona giuridica, di cui ha accolto la premessa che l’imputazione soggettiva riguarda esclusivamente la persona fisica. Sempre secondo Bianca, la teoria dei diritti senza soggetto e dei patrimoni di destinazione non realizzano, al di là delle espressioni verbali, una effettiva negazione del ruolo svolto dal soggetto, in quanto «non esprimono un principio generale in ordine all’ammissibilità della mancanza definitiva del titolare di diritti, ma si limitano ad affermare la possibilità di assenza temporanea dello stesso» (v. pag. 131). V. anche ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 555 ss., che rilevato come l’operazione concettuale del Brinz sia orientata a sostituire alla “finzione” della persona giuridica un secondo genere di patrimonio. LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, op. cit., 22 ss., ha ritenuto che nella ricostruzione del Brinz «non si tratta più di stabilire “a chi appartengono” certi patrimoni ma solo di prendere atto che in vista di una particolare destinazione loro impressa, questi restano oggetto di una speciale disciplina, in considerazione di interessi soggettivi reputati meritevoli di tutela».

²⁶¹ BRINZ A., *Lerbuch der Pandekten*, op. cit., § 62, 207, «Nun aber das Zweckvermögen über dies auf Zuwendung an oder für einen gewissen Zweck beruht, so kann es nicht zugleich irgend einer Person gehören (..) Danach Vermögen mit der Kombination von Zweck und Subjekt nicht zu folgen». V. BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 126, che ha osservato come il divario tra la teoria dei patrimoni allo scopo e le teorie soggettiviste è solo apparente se si considera che l’elemento comune è l’esaltazione dell’uomo e la difficoltà a concepire soggettività diverse dall’uomo.

patrimoniali separate, sia perché ha valorizzato per la prima volta lo stretto legame esistente tra destinazione e separazione del patrimonio.²⁶²

Successivamente la *Zweckvermögenstheorie* ha seguito una diversa linea evolutiva, che si è sostanziata nell'affermazione della personalità giuridica dei patrimoni destinati ad uno scopo.²⁶³

In questa fase l'attenzione è concentrata esclusivamente sul patrimonio e sulla sua destinazione, al punto che, anche con riferimento ai rapporti

²⁶² V. DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 14 ss., il quale ha parlato di «revirement metodologico e sistematico» della teoria del Brinz nel contesto dell'autonomia privata e dei rapporti giuridici, osservando anche che «il concetto di “scopo”, quale principale criterio di unificazione del patrimonio nel senso di un patrimonio finalisticamente orientato, doveva rendere non più necessario il ricorso alla tecnica di “soggettivizzazione”, che (...) aveva sino ad allora giustificato la riduzione ad uno del patrimonio». PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 91, la quale ha prospettato l'interessante rilievo che l'affermazione dello scopo quale elemento di appartenenza dei beni alternativo al soggetto persona fisica dimostra che già all'epoca dell'elaborazione della *Zweckvermögenstheorie* si avvertiva la necessità di «astrarre il regime giuridico dei beni dalle regole della titolarità e dell'appartenenza, e ciò nonostante ci si trovasse in un sistema totalmente incentrato sulla persona fisica. Per tale via il concetto di scopo è venuto a porsi quale momento di rottura nei confronti di quelle impostazioni fondate sull'interesse individuale del titolare del patrimonio». LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, op. cit., 22, ha affermato che l'opera del Brinz segna il momento più maturo del dibattito dottrinale sull'argomento, partendo dal superamento della necessità di rinvenire il titolare del patrimonio per spiegarne la disciplina, quando questa è dettata in vista dello scopo che con la massa patrimoniale si vuole raggiungere.

²⁶³ È la teoria di HELLWIG K., *Lerbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, Band I, Leipzig, 1903, § 44, 295 ss., il quale per indicare le masse patrimoniali destinate allo scopo ha utilizzato l'espressione *Sondervermögen*. Egli, inoltre, ha affermato che i *Sondervermögens* «(...) sind auch materiell rechtlich wie eine juristische Person (Körperschaft) zu behandeln». Dello stesso autore v. anche *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Teil I, Leipzig, 1912, § 69, 152 ss. In Italia tale impostazione è stata accolta da BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 445 ss., il quale ha condiviso la premessa comune tanto alla teoria di Aubry e Rau, quanto a quella del Brinz, dell'impossibilità che un individuo sia proprietario di più patrimoni. Tuttavia, il Bonelli non condivide gli altri elementi della ricostruzione del Brinz, dal quale si è discostato espressamente, ritenendolo «schiavo di un pregiudizio dogmatico. (...) Egli non giunge a vedere che anche laddove il patrimonio è sotto il dominio di un individuo, il patrimonio, e non l'individuo, è il vero termine del rapporto. In sostanza la personificazione dello scopo non differisce molto da una finzione. (...) Lo scopo non ha che una funzione unificatrice. Io non accetto la formula di Brinz: il patrimonio appartiene allo scopo» (pag. 636 ss.). V. BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 134, nota 77, la quale ha osservato che questa seconda fase è lo sviluppo naturale di una linea di pensiero che si era staccata dall'impostazione soggettivistica solo apparentemente. Interessante è anche il rilievo che l'evoluzione e la ridefinizione della categoria dei patrimoni di destinazione si è rafforzata in ragione della crescita alla fine del IX secolo di attività commerciali e industriali, a fronte della quale si è posta l'esigenza di isolare, quanto alla responsabilità patrimoniale, l'attività di impresa rispetto alle vicende dell'imprenditore.

individuali, è stato detto che «il rapporto di diritto privato corre sempre *fra due patrimoni*».²⁶⁴

La destinazione ad uno specifico scopo non è più semplicemente il criterio che permette di ricondurre ad unità le masse patrimoniali separate, ma diventa l'elemento in virtù del quale esse acquistano la personalità giuridica, indipendentemente dal fatto che questa sia stata loro attribuita espressamente dalla legge.²⁶⁵

Quando una massa patrimoniale riceve una particolare destinazione, essa si “distacca” dal patrimonio della persona fisica, dando vita ad un ente

²⁶⁴ BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, op. cit., 652: «Se noi in questo caso attribuiamo la subiettività del rapporto direttamente all'uomo, è in virtù del collegamento di signoria che a sua volta lo unisce al patrimonio in lui centralizzato e da lui dominato e goduto. (...) Ma il rapporto opera in verità *sui patrimoni*, e sono i patrimoni, non i loro centri unificativi che ne restano modificati». Sul punto v. BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 137, secondo cui il risultato a cui conduce questo orientamento è la «patrimonializzazione del sistema, in quanto lo scopo viene lentamente a sostituire il soggetto, in difformità dalla formulazione originaria della teoria dei patrimoni di destinazione che manteneva inalterato il ruolo fondamentale svolto dal soggetto - persona fisica». In direzione nettamente contraria all'impostazione del Bonelli v., FERRARA F., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 638 ss.

²⁶⁵ BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, op. cit., 657 ss.: «(..) se sostanziale autonomia esiste, se cioè l'unificazione o la separazione è così perfetta, che i rapporti giuridici, diritti e obbligazioni, affettino distintamente e solamente quel patrimonio (..) dovremo in ogni modo salutare la presenza di una persona giuridica, e ciò quand'anche il riconoscimento di questa autonomia non sia formulato espressamente con il battesimo di persona giuridica nella legge». A questo proposito, Bonelli ha constatato l'esistenza di molti casi in cui la legge mostra una tendenza a riconoscere l'unità e l'autonomia patrimoniale, pur senza arrivare a riconoscere nell'istituto a cui si riferisce una persona giuridica. «La dote, la comunione coniugale, l'eredità beneficiata dovrebbero essere patrimoni autonomi, e quindi persone giuridiche. Molte disposizioni accennerebbero ad una simile tendenza del legislatore, ma altre vi contraddicono. Sono illogicità, che possono anche trovare per il legislatore delle giustificazioni pratiche, ma che nella teoria non possono condurci ad altre conseguenze fuori di questa, di ammettere una categoria di persone giuridiche *imperfette o embrionali*». Cfr. anche DONADIO G., *I patrimoni separati*, in *Ann. Fac. Giur di Bari*, 1943, 46 ss. (v. spec. 77) il quale presentando la categoria dei patrimoni separati ha affermato che si tratta di «uno di quei concetti intermedi, di quelle figure a metà (..) Il patrimonio separato ha la sostanza, ma non la forma della persona giuridica, di questo tipico istituto formale: esso è solo un gradino della scala per cui si ascende alla persona giuridica (..) Non dunque il patrimonio separato persona giuridica (..), ma persona giuridica a metà, patrimonio semiautonoma e, nell'interno, diritto di credito rinforzato». *Contra* FERRARA F., *La teoria della persona giuridica*, op. cit., 665 ss., secondo cui la teoria del Bonelli significa «(..) creare di sana pianta una nuova finzione ignota alla legge per giustificarne un'altra egualmente arbitraria».

giuridico autonomo, rispetto al quale il ruolo del titolare originario del patrimonio distaccato è quello di semplice amministratore.²⁶⁶

Ancora una volta, dunque, il patrimonio separato è concepito come un'entità a se stante. Tuttavia, se nell'originaria formulazione della *Zweckvermögenstheorie* esso nasce quale patrimonio «adespota», in questa seconda fase diventa esso stesso un soggetto giuridico.²⁶⁷

Questo passaggio merita particolare interesse, perché parte della dottrina ha ammesso l'esistenza, oltre che dei patrimoni destinati personificati, anche di una diversa categoria di patrimoni allo scopo, i c.d. *Sondergut* o *Sondervermögens*.²⁶⁸

²⁶⁶ HELLWIG K., *Lerbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, op. cit., 309. V. però BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, op. cit., 154, il quale ha riconosciuto che quando il patrimonio è individuale, l'uomo che ne è investito non può essere ridotto a semplice strumento del patrimonio o cooperatore, perché il patrimonio serve i suoi fini, precisando, tuttavia, che «non per questo è lui il soggetto immediato dei rapporti», che rimane pur sempre il patrimonio. V. BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 153, «nella prospettiva patrimonialista i patrimoni separati sono patrimoni soggettivizzati che rompono il legame patrimonio – titolare, ponendosi nel sistema quali entità autonome». V. ancora ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 558.

²⁶⁷ BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, op. cit., 651, il quale ha affermato che «l'organizzazione economica spontanea della società umana riesce a due tipi fondamentali di unificazione. Il complesso degli elementi patrimoniali è unificato o per un processo di appropriazione attorno a un centro umano individuale, o per uno scopo di *destinazione*, il cui punto di riferimento può essere interno o esterno al patrimonio stesso». V. BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 139 ss., la quale ha rilevato che la personificazione del patrimonio si presenta come lo strumento tecnico più agevole per legittimare sul piano teorico emergenti fenomeni di autonomia patrimoniale dell'epoca, in un panorama normativo e culturale contrario ad ammettere forme di limitazione della circolazione dei beni e della responsabilità. V. anche ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 35, secondo cui l'evoluzione della teoria dei patrimoni allo scopo, tradisce la comune premessa che, in origine, la *Zweckvermögenstheorie* condivideva con la teoria finzionistica della persona giuridica, ove si riconduceva l'imputazione soggettiva alla sola persona fisica.

²⁶⁸ Il primo ad aver argomentato circa la possibilità di imputare i patrimoni destinati alla persona fisica è stato BEKKER E.I., *System des Heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886, § 42-43, 141 ss., che ha ritenuto di poter individuare all'interno della categoria degli *Zweckvermögens*, quella dei *Sondergut*, che si caratterizzano appunto per l'essere patrimoni separati che fanno capo alla persona fisica. È al Bekker che si deve, per altro la distinzione tra il *Personalvermögen*, che costituisce il patrimonio della persona fisica, e lo *Zweckvermögen*, che costituisce il patrimonio della persona giuridica: «*Zweckvermögen bildet den Gegensatz zu dem gemeinen Personalvermögen*». Tuttavia, è stato lo stesso Bekker a precisare che non esiste una necessaria corrispondenza tra *Zweckvermögen* e persona giuridica, perché esistono persone giuridiche che non hanno alcun *Zweckvermögen* e *Zweckvermögen* che non sono persone giuridiche. L'impostazione di Bekker è condivisa anche da REGELSBERGER F., *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, § 95, 361 ss.; WOLFF H.J., *Organschaft und Juristische Person*, Band I, Berlin,

Tali patrimoni di destinazione sono stati concepiti come il risultato della combinazione di soggetto e scopo: nasce così l'idea che le masse patrimoniali separate possono essere parte del patrimonio della stessa persona fisica, separate appunto perché destinate ad un fine specifico.²⁶⁹

È in questa fase, dunque, che si assiste per la prima volta ad un temperamento del principio di unità e indivisibilità del patrimonio, sebbene questo fosse ancora avvertito quale regola fondamentale dell'ordinamento

1933, 179 ss.; HELLWIG K., *Lerbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, op. cit., 295. V. sul punto l'analisi di BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 156, nota 126, dove è spiegato che l'elaborazione della categoria concettuale del *Sondergut* è nata dall'esigenza empirica di spiegare la situazione di autonomia patrimoniale del patrimonio commerciale.

²⁶⁹ REGELSBERGER F., *Pandekten*, op. cit., 363 s.: «*Innerhalb des Vermögens einer Person schließen sich zuweilen einzelne Bestandteile zu einem rechtlichen Ganzen zusammen und bilden ein Sondervermögen, das trotz der Zugehörigkeit zum Gesamtvermögen seines Eigners einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliegt*». Regelsberger ha individuato anche gli esempi nel diritto positivo dei *Sondervermögen*: «*Sondervermögen sind das Erbvermögen in der Hand des Erben oder Erbschaftsbesitzers, die verschiedenen Pekulien, das Fideikommiss, das Konkursvermögen, der Anteil eines Gesellschafters am Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft (..)*». Inoltre, egli ha precisato che «*Die Sondervermögen sind Ganze, universitates, nicht bloße Summen von Vermögensstücken*». V. anche HELLWIG K., *Lerbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, op. cit., 295, «*Als Sondervermögen kann jeder Teil eines Vermögens bezeichnet werden, der als eine Einheit zusammengefasst wird und deshalb in gewissen einzelnen Beziehungen einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliegt*». V. anche BEKKER E.I., *System des Heutigen Pandektenrechts*, op. cit., § 43, 148, dove si legge che «*Die erworbene Erbschaft beleibt ein Sondergut im Vermögen des Erben*». Una concezione simile si ritrova anche nell'elaborazione dei giuristi francesi GAZIN H., *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse Dijon, A. Rousseau, Paris 1910, 371 ss.; RAYNAUD P., *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, op. cit., 203 ss. Estremamente critico nei confronti di questa ricostruzione è BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, op. cit., 20, il quale ha obiettato che «è assolutamente impossibile che due patrimoni abbiano uno stesso centro patrimoniale o facciano capo a uno stesso investito, poiché è questo appunto, e non altro, che dà unità al patrimonio». Già BRINZ A., *Lerbuch der Pandekten*, op. cit., § 62, 208, aveva espressamente negato la possibilità di combinare insieme gli elementi del soggetto e dello scopo. Sulla nascita dei c.d. *Sondervermögen* v. anche BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 155 ss., secondo cui le ragioni di tale ulteriore sviluppo della *Zweckvermögenstheorie* devono individuarsi «da un lato nella tendenza ad abbandonare la visione antropocentrica per cui ogni rapporto veniva ricondotto all'uomo, dall'altro nella proliferazione di nuove attività di carattere commerciale che pongono in termini problematici il mantenimento della regola della responsabilità patrimoniale del debitore per il manifestarsi di concrete esigenze di prevedere forme di specializzazione della stessa a tutela di interessi ritenuti particolarmente rilevanti». V. anche CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 299, il quale ha puntualmente osservato che attraverso questo percorso «il patrimonio di destinazione si emancipa dal concetto di soggetto/persona giuridica per orientarsi sulla questione della responsabilità». V. infine MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, 159 s.

giuridico. Tale conclusione si coglie a pieno in un passaggio del Bekker, in cui egli ha affermato espressamente che i *Sondergut* costituiscono una deviazione rispetto alla regola secondo cui delle obbligazioni si deve rispondere con tutto il patrimonio, individuando, inoltre, la loro fonte solamente nella legge ed escludendo all'uopo anche la possibilità di un accordo tra debitore e creditore.²⁷⁰

Certamente in questa fase l'influenza della concezione dei patrimoni separati quali persone giuridiche è ancora molto forte, al punto che, come messo in luce da attenta dottrina, è venuto a crearsi inizialmente «un sistema biunivoco» che riconosceva, da un lato i patrimoni separati indipendenti, e dall'altro i patrimoni separati all'interno della sfera patrimoniale di uno stesso titolare. Per altro, questa stessa dottrina ha osservato, come tale distinzione fosse destinata ad operare solo sul piano «nominalistico», essendo priva di alcun fondamento normativo.²⁷¹

²⁷⁰ BEKKER E.I., *System des Heutigen Pandektenrechts*, op. cit., § 43, 146, «*Im Gegensatz zu der Regel, dass obligatorische Akte gegen ein ganzes Vermögen wirken, wird in besonderen Fällen nur Teil eines Vermögens Objekt der entstehenden Forderungen. Der Grund dieser Abweichung liegt nicht in der Beschaffenheit der obligatorischen Akte, sondern in der Beschaffenheit des Vermögens: nur wenn in einem Vermögen solche halbesebständige Teile (Sondergut) bereits vorhanden sind, entstehen Obligationen deren Wirkungen sich auf dieselben beschränken. Sondergut entsteht nach festen Rechtsregeln, nicht durch beliebige Willenserklärungen des Vermögensherrn, auch nicht durch vertragsmäßige Einigung mit dem Gläubiger der entstehenden Forderung*». In termini parzialmente analoghi v. successivamente anche THUR A. v., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Band I, Berlin, 1910, 330 ss, il quale pur riconoscendo che normalmente l'unità del patrimonio è data dal soggetto a cui si riferisce, ha ammesso la legge può separare alcune parti del medesimo dando origine al *Sondervermögen*. «*Das Vermögen ist eine Gesamtheit von Rechten, welche durch das Subjekt zu einer Einheit zusammengeschlossen wird (...) Dagegen wird die Einheitlichkeit des Vermögens durchbrochen, wenn für einen ganzen Komplex von Rechten mit möglicherweise wechselndem Bestand besonderes Recht gilt*».

²⁷¹ BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 157 s., ha rilevato non solo che la dottrina non ha indicato gli elementi necessari per la caratterizzazione specifica delle figure, né i tratti distintivi della disciplina particolare di ciascuna di esse, ma anche che, mancando sul piano normativo gli elementi necessari per fondare tale distinzione, essa è rimasta solo nel linguaggio della dottrina stessa, «la quale tuttavia non riesce a uscire dal piano descrittivo per fare emergere la specificità della disciplina dei patrimoni separati». V. anche ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 556, secondo cui la teoria dei patrimoni di destinazione «evidenzia una significativa oscillazione tra concezioni diverse, ai cui estremi si colgono l'ipostasi soggettiva della titolarità e quella oggettiva del vincolo di destinazione». CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 299.

Il dato che può cogliersi dall'analisi fin qui svolta, è che nonostante la teoria oggettiva del patrimonio abbia continuato a percepire il principio di unicità del medesimo come ordinatore del diritto positivo, tuttavia, attraverso questa impostazione, ha iniziato a farsi strada un modo diverso di concepire l'idea stessa di unità del patrimonio, incentrata non più solo sul soggetto, bensì anche sulla destinazione-funzione.²⁷²

Tale passaggio rappresenta, dunque, uno snodo fondamentale nell'evoluzione della teoria del patrimonio, poiché ha posto le basi per la successiva elaborazione della categoria dei patrimoni separati.²⁷³

Abbandonata l'idea che ad un soggetto potesse riferirsi unicamente un patrimonio, si è fatta finalmente strada la concezione per cui la separazione indica «la situazione di una massa patrimoniale diversa dal rimanente patrimonio del soggetto, per essere destinata ad una particolare funzione: quella di assolvere ad un'esigenza specifica».²⁷⁴

²⁷² PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 95, ha osservato che la teoria oggettiva del patrimonio ha messo «irrimediabilmente in discussione l'idea della unità e indivisibilità del patrimonio, quanto meno nell'accezione che utilizza quale criterio unificante l'imputazione oggettiva. Si ché ha senso continuare a discorrere di unità del patrimonio soltanto in presenza di uno scopo che faccia da criterio funzionale unificante (..) Può ben dirsi, dunque, che è mutata la “tecnica unificante” del patrimonio: al criterio dell'imputazione soggettiva si affianca quello della connessione oggettiva con uno scopo determinato (c.d. destinazione allo scopo); l'attenzione si sposta, così, al profilo funzionale». V. anche ALCARO F., *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 – ter c.c.*, a cura di Bianca, Giuffrè, Milano, 2007, 105 ss., secondo cui traendo spunto dalla valorizzazione del profilo dinamico nella considerazione del patrimonio del soggetto propria della *Zweckvermögenstheorie* può oggi evidenziarsi come la responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. «venga ad esprimere essa stessa una forma di destinazione (e finalizzazione) dei beni al soddisfacimento dei creditori o di una determinata categoria di essi». Sul punto cfr. anche LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, op. cit., 23 ss.; THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 415 ss.

²⁷³ BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 157 ss., ha altresì affermato che «una identificazione più precisa della separazione comincia a profilarsi solo quando il divario tra patrimoni separati dipendenti e indipendenti acquista più precise connotazioni tecniche le quali, mutata la prospettiva e abbandonato il tentativo di impostare il problema movendo dalle tradizionali costruzioni in termini di personificazione delle destinate masse patrimoniali, incentrano l'indagine sulle diverse funzioni dei patrimoni separati». PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 2, il quale ha spiegato che il problema connesso alla separazione patrimoniale è quello di comprendere come «la destinazione possa rendere giuridicamente diverso un nucleo patrimoniale da altri nuclei».

²⁷⁴ PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 21, secondo cui la ragion d'essere della separazione, in antitesi alla genericità propria del patrimonio del soggetto, è la particolarità

Si afferma, dunque, una nuova concezione che non è più espressa dal binomio un soggetto = un patrimonio, quanto dall'idea che ciascuna persona possa essere titolare di più patrimoni. Il patrimonio separato appartiene a una sola persona, ma essendo distinto dal restante patrimonio, è quasi come se appartenesse a due persone differenti, con la conseguenza che è soggetto a particolari regole di responsabilità.²⁷⁵

della funzione. «Siccome il patrimonio è destinato ad assolvere a qualunque esigenza del titolare, mentre il “separato” ne deve assolvere una determinata prima delle altre, la differenza tra i due nuclei patrimoniali è quantitativa e qualitativa contemporaneamente. Quantitativa poiché vi è la determinazione di una esigenza particolare scelta, tra quelle che il patrimonio può, in astratto, perseguire. Qualitativa poiché la destinazione ad assolvere una esigenza prima delle altre importa una modificazione della massa patrimoniale separata». Il concetto di patrimonio separato è sviluppato già da GIERKE O. V., *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, 57 ss.; BOEGEL H., *Des Begriff des Sondervermögens nach Reichsprivatrecht*, Leipzig, 1933, 6 ss., secondo cui «*Die Sondermassen sind Kreise von Vermögensrechten innerhalb eines Gesamtvermögens (..) Bei den untersuchten Sondervermögen ist innerhalb des Gesamtvermögens einer Person ein bestimmter Kreis von Vermögensrechten einer besonderen rechtlichen Behandlung unterworfen*». E ancora: «*Ein Sondervermögen ist ein gesonderter Vermögenskreis, bei dem die Rechtsausübung an einen bestimmten Zweck gebunden ist*». (v. pag. 49). V. anche FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Roma, 1921, 865 ss. Per una diversa prospettiva v. BIONDI B., *I beni*, in *Tratt. del diritto civile italiano*, a cura di Vassalli, IV, Torino, 1956, 106 ss., secondo cui è possibile spiegare la categoria dei patrimoni separati senza contraddire l'equazione un patrimonio un soggetto: «non si ha moltiplicazione dei patrimoni, a cui dovrebbe logicamente corrispondere moltiplicazione dei soggetti, ma piuttosto considerazione separata soltanto a determinati e limitati effetti». Dello stesso autore v. anche voce *Patrimonio*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XII, Utet, Torino, 1957, 614 ss., dove egli ha aggiunto che anche nei casi di patrimoni separati il patrimonio è uno solo, si ha solamente la considerazione separata di taluni beni che appartengono al medesimo soggetto da parte della legge.

²⁷⁵ THUR A. v., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, op. cit., 340, ha affermato che «*Die Selbständigkeit des Sonderguts gegenüber dem allgemeinen Vermögen des Subjekts zeigt sich besonders deutlich daran, dass zwischen beiden Massen Rechtsbeziehungen möglich sind, wie sie sonst nur zwischen verschiedenen Personen vorkommen*». V. anche FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 875. *Confr.* DONADIO G., *I patrimoni separati*, op. cit., 181, secondo cui «il patrimonio separato è, dunque, destinato a che il titolare risponda di determinati debiti con determinati beni: costituisce, cioè, nel complesso patrimoniale con cui il titolare risponde di tutti i suoi debiti un gruppo a sé stante cui sono *aderenti*, in cui sono *localizzati* determinati debiti, un nucleo patrimoniale con propri debiti». Tuttavia, egli ha precisato che «il patrimonio separato per la sua speciale destinazione dei beni che lo compongono non è parte del patrimonio del titolare, così come lo sono tutti i beni di costui. Non perciò solo esso è persona giuridica (..) Il patrimonio separato è un *patrimonio allo scopo*, l'unica forma forse di patrimonio allo scopo accolta dal nostro diritto» V. ancora SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966, 85 s., al quale si deve la distinzione nell'ambito della categoria dei patrimoni di destinazione tra patrimoni separati, costituiti da rapporti che fanno capo ad un solo soggetto, e patrimoni autonomi, costituiti da rapporti facenti capo ad una pluralità di soggetti. È lo stesso autore a riconoscere che «l'essenza del fenomeno nei due casi è identica: in relazione a una certa destinazione specifica una pluralità di rapporti attivi e passivi, facenti capo a più persone o a

1.2.1.- *La rinnovata attenzione per la teoria dei patrimoni destinati allo scopo nei mixed legal system della Scozia e del Québec.*

La *Zweckvermögenstheorie*, nella sua originaria formulazione, ha avuto certamente una minore diffusione di quanta non ne abbia avuto la teoria personalistica del patrimonio di derivazione francese.

Come osservato da alcuni autori, ciò si spiega certamente perché la sostituzione dello scopo al soggetto di diritto «non è sembrato un autentico progresso concettuale».²⁷⁶

Da parte della dottrina italiana le adesioni alla *Zweckvermögenstheorie* non sono state molte²⁷⁷, sicché è di tutta evidenza che certamente «il nostro sistema si avvalga della soggettivizzazione come tecnica e modello di organizzazione e dell'imputazione».²⁷⁸

una persona, è costituita in unità e tenuta distinta dagli altri rapporti attivi o passivi delle stesse persone o della stessa persona». Sul concetto di patrimonio separato v. anche MESSINEO F., *Manuale di diritto civile italiano*, op. cit., 385 ss.

²⁷⁶ Così ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 558. Per un'attenta analisi delle ragioni che hanno limitato in Francia il recepimento della *Zweckvermögenstheorie* v. anche BELLIVIER F., *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France*, in *La science juridique française et la science juridiques allemande de 1870 à 1918*, a cura di Beaud – Wachsmann, Strasbourg, 1997, 165 ss.: «Il semblerait que, provisoirement du moins, on soit en mesure d'expliquer le mauvais accueil réservé à Brinz de trois manières: l'une contingente, la deuxième technique, la dernière idéologique». Principalmente la scarsa diffusione della teoria del Brinz è legata al difficile accesso alle fonti tedesche, ma soprattutto al fatto che egli, pur avendo formalmente negato la personificazione del patrimonio, l'avrebbe implicitamente reintrodotta negando la necessità della sua appartenenza ad una persona fisica. Su quest'ultimo punto in termini parzialmente analoghi v. anche BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 151.

²⁷⁷ Un accoglimento rivisitato della *Zweckvermögenstheorie* si ha con BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, op. cit., 445 ss. V. § 1.1. di questo capitolo.

²⁷⁸ Così ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 558. V. anche LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, op. cit., 23 ss., il quale ha affermato in senso critico che l'elaborazione del Brinz ha dovuto scontrarsi con il rifiuto di svincolare la situazione giuridica dal soggetto, sebbene «la maturazione della dottrina più moderna consente oggi di sostenere la emancipazione delle situazioni giuridiche rilevanti dal costante riferimento al soggetto (...) Così se è da scartare la teoria della finzione nelle sue originarie formulazioni, è pure da scartare (...) ogni teoria diretta a personificare il patrimonio o lo scopo (...) I patrimoni di destinazione, allora, si connotano non tanto per la mancanza, in fatto di un titolare (perché anzi questo può pure esservi), quanto essenzialmente per la assoluta irrilevanza di ciò al fine della determinazione delle questioni di disciplina». V. anche CANDIAN A.D., *Fondo e fondi: itinerari paragiuridici tra usi linguistici*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 158

Ciò nonostante, la *Zweckvermögenstheorie* è oggetto di una rinnovata attenzione da parte dei *mixed legal system* della Scozia e del Québec, che si sono entrambi avvalsi del concetto di patrimonio allo scopo per spiegare la natura del *trust* e della *fiducie* esistenti nei rispettivi ordinamenti.

La particolarità di questi sistemi, che è al tempo stesso la ragione dell'interesse che suscitano, è quella di essere “misti”, cioè di avere un'impronta derivante dalla tradizione romanistica, combinata con elementi provenienti dai modelli di *common law*.²⁷⁹

Le difficoltà che essi hanno incontrato nello spiegare gli istituti del *trust* e la *fiducie* nascono proprio dal fatto che molti dei concetti di base dei rispettivi ordinamenti sono propri dei sistemi di *civil law*, sebbene - merita sottolineare - tanto il *trust* della Scozia, quanto la *fiducie* del Québec siano ben diversi dal *trust* di *common law*.²⁸⁰

Il punto di interesse dell'analisi che ci si appresta a svolgere non è quello di valutare la compatibilità del *trust* di *common law* con il nostro sistema della responsabilità patrimoniale, né tanto meno con i sistemi c.d. misti, ma è quello di osservare in che modo essi abbiano utilizzato il concetto di patrimonio allo scopo per spiegare l'esistenza di istituti apparentemente

ss., il quale ha riconosciuto che la tecnica della soggettivizzazione corrisponde al nostro modo di pensare e che da tale tradizione sarebbe sbagliato tentare di fuoriuscire.

²⁷⁹ V. MILO M. – SMITS J., *Trusts in Mixed Legal Systems. A challenge to comparative trust law*, in *Trusts in Mixed Legal Systems*, a cura di Milo – Smits, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2001, 11 ss., i quali hanno altresì precisato che il tratto comune ai *mixed legal system* si sostanzia nel fatto che «(the) property law always is situated on the civilian side». La stessa precisazione si rinviene anche in REID K. G. C., *Patrimony not Equity: the Trust in Scotland*, in *Trusts in Mixed Legal Systems*, a cura di Milo – Smits, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2001, 20 ss., il quale ha osservato anche che ai *mixed legal system* è estraneo il sistema dell'*equity*, caratterizzante i sistemi di *common law*.

²⁸⁰ V. MILO M. – SMITS J., *Trusts in Mixed Legal Systems. A challenge to comparative trust law*, op cit., 12 s., i quali hanno individuato le principali ragioni che impediscono l'accoglimento del *Trust* di *common law* nei *mixed legal system* nell'idea della proprietà come diritto unitario e assoluto proprio della tradizione romanistica; nel principio del numero chiuso dei diritti reali, nonché nel principio della *paritas creditorum*. «The common law trust does not conform with these characteristics: there is a dual ownership, transfer of property is influenced by equity, the vesting of a proprietary right in a beneficiary encroaches upon the ranks of creditor». Si tratta, dunque, delle medesime ragioni che hanno impedito la circolazione del *Trust* di *common law* anche nel nostro ordinamento.

inconciliabili con i principi fondamentali dell'ordinamento, comuni anche alla nostra tradizione.²⁸¹

Il tentativo di spiegare il *trust* e la *fiducie* attraverso il concetto di patrimonio ha avuto una declinazione differente da parte della dottrina scozzese e di quella del Québec, ma è stato influenzato dal medesimo punto di partenza, ovvero dall'utilizzo della *Zweckvermögenstheorie* da parte del giurista francese Lepaulle per ricostruire la natura giuridica del *trust* di *common law*.²⁸²

Partendo dalle difficoltà dei sistemi di *civil law* ad accettare il *trust* così come concepito dalla *common law*, secondo Lepaulle l'unico modo per spiegarne la natura e il funzionamento è quello di considerarlo un «*patrimoine affecté*».²⁸³

²⁸¹ Sull'ammissibilità di una diversa tipologia di *trust* nei sistemi misti e di *civil law* v. REID K. G. C., *Trusts in Scotland*, in *Principles of European Trust Law*, a cura di Hayton – Kortmann – Verhagen, Kluwer Law International, 1999, 67 ss., il quale ha posto tale interrogativo: «*despite this resolutely civilian background, Scotland has the trust. Why? One might equally ask, why not? It is possible to have the trust and yet still remain virtuous. To adopt trust, is not, or not necessarily, to skink into the arms of equity. A civilian system cannot readily have the English trust, it is true. (...) But there are other models to offer*». V. anche ANDERSON R.G., *Words and Concepts: Trust and patrimony*, op. cit., 352 ss.: «*Trusts without equity are possible: all the mixed legal systems recognize Trust (and Scots law has done so for three centuries) though none recognize a separate system of equity. Each of these systems has, however, developed its own way of explaining the trust*». V. ancora SMITH L., *Scottish Trusts in the Common Law*, in *The Edinburgh Law Review*, 2013, 283 ss.

²⁸² LEPAULLE P., *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932. L'idea di spiegare il *trust* come un patrimonio separato è maturata sia in Scozia che nel Québec negli anni novanta. Nel Québec tale impostazione ha trovato fondamento nelle previsioni del nuovo *Code civil du Québec*, mentre in Scozia si è affermata grazie all'elaborazione dottrinale. Per questi aspetti v. GRETTON G., *Up there in the Begriffshimmel ?*, in *The world of the Trust*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2013, 524 ss., il quale ha chiarito che in Scozia l'idea del *trust* come patrimonio è stata accettata senza il bisogno di una previsione legislativa poiché essa ha semplicemente tradotto il contenuto della vecchia legge attraverso parole nuove.

²⁸³ LEPAULLE P., *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, op. cit., 26 ss. Lepaulle ha sviluppato il suo ragionamento a partire dalla considerazione che i soli elementi essenziali per la costituzione del *trust* sono due: «*un patrimoine distinct et une affectation*». Un chiarimento sulle differenze tra i concetti di «*division*» e «*affectation*» è offerto da RICHARD L. H., *L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible?*, op. cit., 753 ss.: «*la division de patrimoine consiste en un cloisonnement à l'intérieur du patrimoine général d'une personne (...) L'affectation de patrimoine représente plus qu'un simple cloisonnement à l'intérieur d'un patrimoine général; il s'agit, cette fois, de la constitution d'un véritable patrimoine autonome. L'originalité du concept réside dans le fait que le biens formant ce patrimoine sont soumis à un*

Più specificamente, nella ricostruzione di Lepaulle il *trust* «est une institution juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans le limites des lois en vigueur et de l'ordre public».²⁸⁴

É perfettamente evidente che la concezione del *trust* quale patrimonio senza soggetto è frutto dell'accoglimento da parte di Lepaulle della concezione del Brinz.²⁸⁵

Tuttavia, Lepaulle ha successivamente fatto propria la concezione di patrimonio allo scopo affermatasi nella seconda fase della *Zwekvermögenstheorie*, poiché ha concluso che la soluzione più semplice ed efficace non è quella considerare il *trust* come un patrimonio senza soggetto, bensì quella di dotarlo «de la personne morale».²⁸⁶

La concezione di Lepaulle ha rappresentato la base su cui è stato costruito l'istituto della *fiducie* del Québec.

La *fiducie* così come prevista nel *Code civil du Québec* è uno strumento che permette di destinare determinati beni al perseguimento di un fine particolare, separandoli dal restante patrimonio del costituente.²⁸⁷

régime de détention et de gestion légalement prédéterminé, mais sans égard au droit de propriété». Sulla nozione di *affectation* v. anche THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 415-416; GUINCHARD S., *L'affectation des biens en droit privé français*, op. cit., n°13, secondo cui *affectation* significa «soumettre un bien à un usage déterminé».

²⁸⁴ LÉPAULLE P., *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, op. cit., 31 ss., il quale ha affermato, altresì, di essere consapevole che una simile affermazione da luogo alla dissociazione dei concetti di personalità e patrimonio, arrivando alla conclusione che non vi sono ostacoli ad ammetterla.

²⁸⁵ LÉPAULLE P., *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, op. cit., 26 ss. Interessante è il passaggio in cui l'autore ha spiegato che «La res, par le seul fait qu'elle ne fait part d'aucun patrimoine se trouve pour ainsi dire isolé et prend déjà par là-même, une individualité propre. Mais cette individualité est singulièrement accentuée par le fait que ces biens ont un gardien responsable chargé de les administrer, et qu'il ont une charte, le trust deed, qui détermine leur gestion et leur destination».

²⁸⁶ LÉPAULLE P., *La propriété dans le Trust*, in *Revue Internationale de Droit comparé*, 1952, 377 ss.

²⁸⁷ Cfr. art. 1260 del C.c.Q., secondo cui «La fiducie résulte d'un acte par le quel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer». L'istituto della *fiducie* è stato introdotto nel *Code civil du Québec* nel 1994 agli artt. 1260 – 1298. Sulla base di tali disposizioni la *fiducie* può essere

In ragione del dettato dell'art. 1261 del C.c.Q., il patrimonio fiduciario costituisce un patrimonio autonomo e distinto da quello del costituente, del fiduciario e del beneficiario, su cui nessuno di essi vanta un diritto reale.²⁸⁸

Accogliendo, dunque, le premesse della teoria di Lepaulle - o meglio ancora della *Zweckvermögenstheorie* - il *Code civil du Québec* ha costruito il patrimonio fiduciario come un'entità autonoma, priva di personalità giuridica, che trae la sua unità in ragione dello scopo a cui è destinato.²⁸⁹

costituita sia *mortis causa* tramite testamento, sia *inter vivos* per mezzo di un contratto, a titolo oneroso o a titolo gratuito e, infine, può essere creata anche dalla legge (*cf.* art. 1262 C.c.Q.). Tale istituto è stato elaborato sulla base della previgente *fiducie* a titolo gratuito prevista dal *Code civil du Bas Canada* dagli artt. 981 a – 981 j, che non contenevano alcuna definizione della medesima ma solamente la disciplina del processo costitutivo, che poteva avvenire sia a causa di morte (per testamento), sia *inter vivos*, tramite donazione o a titolo di garanzia. In questo contesto titolare dei beni conferiti nella *fiducie* era il fiduciario designato, considerato titolare di un diritto di proprietà *sui generis*. Tuttavia, proprio tale ultimo aspetto era quello che generava la maggiore insoddisfazione nei confronti della *fiducie*, in ragione delle difficoltà a concepire un diritto di proprietà che non fosse pieno. Per un tutti questi profili v. NACCARATO M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, op. cit., 508 ss.; CUMYN M.C., *The Quebec Trust: a civilian institution with English Law Roots*, in *Trusts in Mixed Legal Systems*, a cura di Milo – Smits, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2001, 74 ss.; BRIERLEY J.E.C., *The new Quebec Law of Trust: The adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concept*, in *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 383 ss.; BAULNE J., *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson et Lafleur Itée, 1998.

²⁸⁸ L'art. 1261 del C.c.Q. prevede espressamente che «*Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel*». Tra le principali innovazioni del *Code Civil du Québec* vi è quella di aver rigettato l'idea che il patrimonio fiduciario costituisca oggetto di un diritto di proprietà *sui generis*. Sul punto v. NACCARATO M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, op. cit., 509; CUMYN M.C., *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law counties*, in *Re – imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2012, 6 ss.; EMERICH Y., *La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermède à la propriété?*, in *Revue de droit de McGill*, 2013, 827 ss.

²⁸⁹ Con riferimento alla *fiducie* la dottrina ha parlato di «*trust as patrimony by appropriation*». In questi termini v. CUMYN M.C., *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law counties*, op. cit., 22 ss., la quale ha osservato altresì che «*the fiducie becomes an autonomous entity, owner by the property dedicated to the specific purpose intended by the settlor. Its patrimony forms a juridical universality which the law sees as independent of the personal patrimonies of the person involved with the trust*». Della stessa autrice v. anche *The Quebec Trust: a civilian institution with English Law Roots*, op. cit., 76 ss., dove ha chiarito che definendo il *trust* come un «*patrimoine d'affectation*» il *Code civil du Québec* ha attribuito la titolarità della proprietà del *trust*, al *trust* medesimo. «*The trust is viewed as an autonomous and distinct entity which includes both trust property and the obligations arising from the realization of its purpose*». L'autrice ha altresì affermato che il requisito necessario perché la *fiducie* sia riconosciuta come

Di conseguenza, al fiduciario è attribuito il ruolo di mero amministratore di un patrimonio che non gli appartiene ed egli è vincolato a perseguire gli interessi prefissati al momento della costituzione della *fiducie*.²⁹⁰

La creazione del patrimonio fiduciario realizza una perfetta separazione patrimoniale poiché è solamente esso a rispondere delle obbligazioni inerenti alla destinazione impressa, risultando, invece, ad esse insensibili tanto il patrimonio del disponente, quanto quello del fiduciario.²⁹¹

Attraverso l'istituto della *fiducie* del Québec l'idea del patrimonio allo scopo privo di titolare elaborata dal Brinz e rimasta per lungo tempo nell'ombra, sorprendentemente ricompare, ricevendo addirittura un fondamento normativo.²⁹²

patrimonio distinto e autonomo è che il costituente trasferisca la proprietà dei beni che intende conferire, che diventano così di proprietà della fiducia stessa. V. anche EMERICH Y., *La fiducie civiliste : modalit  de la propri t  ou interm de   la propri t ?*, op. cit., 838 ss., la quale ha riconosciuto che «*le patrimoine d'affectation est un patrimoine impersonnelle, d tach  de la personnalit  juridique, que tien sa cohésion du but que est imprim , plutôt que de la personne de son titulaire*».

²⁹⁰ Cfr. l'art. 1278 del C.c.Q: «*Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration*». L'amministrazione del patrimonio fiduciario   regolata, inoltre, dalle disposizioni relative all'amministrazione della proprietà altrui (art. 1299 – 1370 C.C.Q). Sul punto v. CUMYN M.C., *The Quebec Trust : a civilian institution with English Law Roots*, op. cit., 79 s.; EMERICH Y., *La fiducie civiliste : modalit  de la propriété ou intermède à la propriété?*, op. cit., 840.

²⁹¹ CUMYN M.C., *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law counties*, op. cit., 22: «*Only the property that comes within the assets of the fiducie patrimony is liable for the obligations which are arise from the carrying out of the purpose. In principle, the trust confers on the person who are interested parties immunity with respect to liabilities of the fiducie*».

²⁹² Nel commento introduttivo alle modifiche apportate al *Code civil du Québec*   lo stesso Ministro della Giustizia ad aver affermato che la *fiducie québécoise* costituisce il riconoscimento di un patrimonio senza titolare. V. *Commentaire du Ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, I, Publications du Québec, 1993, 748 ss. In dottrina NACCARATO M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, op. cit., 510, ha osservato che «*le législateur a consacré l'idée qu'une affectation de biens peut constituer un patrimoine autonome et distinct du patrimoine personnel du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire: la consécration de cette idée est elle-même une innovation radicale*». V. anche NORMAND S., *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, 25 s., «*désormais, en droit québécois, un patrimoine autonome peut donc être constitu  sans que personne ne puisse en revendiquer la titularit *».

Non è possibile in questa sede analizzare a fondo tutte le difficoltà che tale costruzione implica. Ci si limita solamente ad osservare che essa ha fatto riaffiorare alcune questioni su cui la dottrina previgente aveva a lungo dibattuto e che sembravano ormai definitivamente risolte, come quella relativa al problema del riconoscimento della personalità giuridica dei patrimoni allo scopo²⁹³ e, ancora, quella relativa all'individuazione del soggetto debitore per le obbligazioni inerenti al patrimonio destinato.²⁹⁴

²⁹³ Il Codice Civile del Québec non considera la *fiducie* una persona giuridica. Tuttavia, le difficoltà a concepire l'esistenza di un patrimonio che non sia riferito ad alcun soggetto hanno fatto riaffiorare questa idea presso la dottrina. Sul punto v. CUMYN M.C., *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, op. cit., 27, la quale ha affermato che l'ordinamento del Québec avrebbe potuto facilmente attribuire alla *fiducie* la personalità giuridica. Della stessa autrice v. anche *The Quebec Trust: a civilian institution with English Law Roots*, op. cit., 76, dove ha affermato che, nonostante il legislatore non qualifichi la *fiducie* come persona giuridica, essa opera in modo simile perché è capace di contrarre obbligazioni. Tali affermazioni ricordano l'idea del Bonelli, che era quella di considerare i patrimoni allo scopo non dotati di personalità giuridica come degli ibridi. Sul punto v. § 1.2 di questo capitolo. In senso critico v. EMERICH Y., *La fiducie civiliste : modalit  de la propri t  ou interm de   la propri t ?*, op. cit., 844 s., la quale con riferimento alla soluzione proposta dalla Cumyn ha osservato che «*cette théorie montre   quel point il est difficile de rompre complètement avec la propri t  et le lien d'appartenance, même en adoptant une conception d'un patrimoine d'affectation d tach  de la propri t *». Sul punto della stessa autrice v. anche *Modality of ownership, or interlude in ownership?*, in *The world of the Trust*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2013, 21 ss.

²⁹⁴ Con riferimento alle difficolt  che derivano dalla costruzione della *trust* come patrimonio senza soggetto v. anche gli interessanti spunti offerti da SMITH L., *The re - imagined trust*, in *Re - imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2012, 258 ss. Di particolare interesse   la spiegazione delle difficoltà relative all'individuazione del soggetto debitore per le pretese creditorie nei confronti del *trust*. «*If we says it is the trust, we are in a danger going back to where we started, with the trust as a kind of person. If instead we say that the trust is not a legal entity, we might imagine that its obligations are owned not by any debtor in the usual sense, but by the trust patrimony*». Secondo Smith   quest'ultima la costruzione alla base del Codice civile del Québec, che apre una prospettiva del tutto nuova poiché porta a domandarsi se anche rispetto al patrimonio generale sia possibile affermare che le obbligazioni si riferiscono direttamente ad esso e non alla persona fisica. «*Where we use to say that a natural person owes a debt, are we now to understand that is his patrimony that owes a debt, are we now understanding that it is his patrimony that owns the debt? And if not, are there now two different kinds of patrimony in the Quebec legal university, some of which are debtors and some merely containers for debts and assets of their holders?*» Tali interrogativi fanno riaffiorare in certo modo l'idea del Bonelli, per cui i rapporti di diritto privato correrebbero sempre tra due patrimoni. Sul punto v. § 1.2., pag. 115.

L'aspetto più interessante ai nostri fini e su cui è opportuno perciò soffermarsi, è la messa in discussione, attraverso l'introduzione della *fiducie*, della teoria personalistica del patrimonio.²⁹⁵

Prima dell'introduzione dell'istituto della *fiducie*, l'ordinamento del Québec aveva accolto l'idea che a ciascuna persona potesse riferirsi un solo patrimonio, tanto è vero che lo stesso art. 2645 del *Code civil du Québec*, tutt'ora vigente, ricalca nella sua prima parte il dettato dell'art. 2092 del *Code civil*. A seguito del riconoscimento da parte del legislatore dell'ammissibilità del patrimonio fiduciario autonomo e distinto da quello del costituente, la dottrina è arrivata alla conclusione che «*le principe de l'unité du patrimoine selon lequel le patrimoine est indivisible et uniquement rattaché à l'individu n'est plus*».²⁹⁶

Ciò che più interessa porre in evidenza sono i riferimenti normativi sulla cui base la dottrina è arrivata ad affermare che il *Code civil du Québec* ha segnato il definitivo superamento della concezione personalistica del patrimonio.

A tal proposito sono stati richiamati oltre all'art. 1261 relativo alla *fiducie*, anche gli artt. 2 e 2645 del C.c.Q. L'art. 2, stabilisce che tutte le persone sono titolari di un patrimonio, ammettendo altresì che «*celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi*».²⁹⁷

²⁹⁵ NACCARATO M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, op. cit., 510 ss.; EMERICH Y., *La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermédiaire à la propriété?*, op. cit., 838 ss.; SMITH L., *Scottish Trusts in the Common Law*, op. cit., 285 ss.; RICHARD L. H., *L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible?*, op. cit., 751 ss., la quale ha osservato che all'introduzione dell'istituto della *fiducie* ha portato nel *Code Civil du Québec* «*une nouvelle conception du patrimoine, plus moderne, moins dépendante de la personnalité juridique car reconnaissant expressément les notions de division et d'affectation de patrimoine*».

²⁹⁶ NACCARATO M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, op. cit., 510. In termini analoghi si è espresso anche KASIRER N., *Translating part of France's legal heritage: Aubry and Rau Patrimoine*, op. cit., 467. V. anche SMITH L., *Scottish Trusts in the Common Law*, op. cit., 285, il quale ha osservato che il *trust* così come concepito dal Québec rompe non soltanto la regola che ogni persona ha un solo patrimonio, ma anche quella secondo cui il patrimonio si riferisce sempre ad una persona.

²⁹⁷ Per le differenze tra i concetti di «*division*» e «*affectation*» si rinvia alla nota 283. In proposito v. anche FUSARO A., «*Affectation*», «*Destination*» e vincoli di destinazione, in

L'art. 2645 C.c.Q., pur affermando che normalmente il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni, stabilisce espressamente che fanno eccezione a tale regola i beni «*qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi*».²⁹⁸

Sulla base di tali disposizioni la dottrina *québécoise* ha ritenuto di poter affermare che «*l'idée du patrimoine rattaché à la personne ne représente donc plus le principe, bien qu'il demeure prévu dans l'article 2 C.c.Q.*».²⁹⁹

Alcuni hanno tuttavia ritenuto necessario operare una distinzione, nel senso che mentre il *patrimoine d'affectation* rappresenta un distacco netto dalla teoria personalistica del patrimonio, in quanto rompe completamente il legame tra quest'ultimo e la persona, il *patrimoine divisé* costituisce solo un'attenuazione di una delle sue conseguenze, ovvero della riferibilità a ciascuna persona di un solo patrimonio.³⁰⁰

Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio, Tomo II, a cura di Cendon, Giuffrè, Milano, 1994, 455 ss.

²⁹⁸ Nel suo secondo comma tale disposizione prevede altresì che «*Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent*». Con riferimento all'art. 2645 si veda quanto osservato da NACCARATO M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, op. cit., 511, secondo cui nei riguardi del patrimonio fiduciario «*l'insaisissabilité ne découle pas du fait que le patrimoine séparé est excepté à l'article 2645 C.c.Q. (comme l'est le patrimoine divisé). Le patrimoine séparé est insaisissable parce qu'il ne fait pas partie du gage commun. Il a été séparé de la personne et du patrimoine principal, comme le permet l'article 2 C.c.Q.*».

²⁹⁹ NACCARATO M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, op. cit., 511, secondo cui la formulazione dell'art. 2 C.c.Q, nella parte in cui riferisce il patrimonio alla persona, è lì solo per salvare le apparenze. V. anche RICHARD L. H., *L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible?*, 738 ss.

³⁰⁰ J. BEAULNE, *op. cit.*, p. 24, il quale ha affermato che «*il ne fait donc aucun doute que le Code intègre la théorie classique du patrimoine. Toutefois, il atténue de façon importante l'une de ses conséquences en écartant beaucoup plus systématiquement qu'auparavant la possibilité de la séparation des patrimoines, qu'on peut qualifier dorénavant de «patrimoine de division». De sorte que, tout en respectant l'esprit de la théorie classique dans laquelle on convient que toute personne a un – et un seul – patrimoine, le Code civil du Québec systématise la présence de ces patrimoines de division. À la rigueur, on pourrait dire que le nouveau droit reconnaît à la personne un patrimoine de «base», qui correspond en tous points au patrimoine tel qu'élaboré par Aubry et Rau, auquel s'adjoignent un ou plusieurs «patrimoines de division». Ces derniers sont à la fois intégrés et séparables du patrimoine de base. En effet, n'ayant pas de régime juridique distinct et étant liés à la personnalité de leur titulaire, ils ne sont pas indépendants du patrimoine de base*». V. anche RICHARD L. H., *L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible?*, op. cit., 738 s., secondo cui l'art. 2 C.c.Q integra la sintesi delle due grandi teorie relative alla

Indubbiamente il distacco dalla teoria personalistica del patrimonio è tanto più forte quando si arrivi ad ammettere l'esistenza del patrimonio allo scopo indipendentemente dal suo riferimento a una persona.

Sebbene sia difficile sostenere che il nostro ordinamento si sia spinto fino al punto di recidere ogni collegamento tra persona e patrimonio, dal momento che esso è normalmente concepito in riferimento al suo titolare,³⁰¹ è altrettanto vero che, come si avrà modo di constatare nel prosieguo di questo lavoro, non mancano esempi in grado di dimostrare che il nostro legislatore ha in più occasioni guardato al patrimonio non tanto in ragione della sua appartenenza ad un soggetto, bensì dello scopo che esso è destinato a perseguire e ha pacificamente ammesso la possibilità di riferire una pluralità di patrimoni al medesimo titolare³⁰².

Pertanto, se l'ordinamento giuridico italiano è distante dai risultati cui si è giunti nel Québec a proposito dell'ammissibilità dei patrimoni senza soggetto, non mancano alcune similitudini: l'espressa previsione delle limitazioni legali della responsabilità patrimoniale, nonché numerose fattispecie di patrimoni separati come parte "distaccata" del patrimonio dello stesso soggetto.

A ben vedere, ciò è di per sé sufficiente per rilevare una deviazione netta del sistema italiano dalla teoria classica del patrimonio, tra i cui corollari vi è appunto quello dell'impossibilità di riferire alla stessa persona una pluralità di patrimoni.

nozione di patrimonio: da una parte quella personalista, dall'altra quella moderna che permette di concepire patrimoni separati e patrimoni indipendenti dalla persona fisica.

³⁰¹ Si veda la definizione di patrimonio offerta da TRIMARCHI V. M., *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1982, 271 ss., secondo cui «il patrimonio è una realtà (economia e) giuridica, costituita da un complesso di situazioni giuridiche soggettive risultante dalla unicità del titolare (una o più persone fisiche, una persona giuridica o unico gruppo non personificato)». Nello stesso senso v. anche DURANTE V., voce "*Patrimonio (dir. civ.)*", in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXII, Roma, 1990, 1 ss., il quale ha affermato che il momento che collega e tiene insieme gli elementi del patrimonio è dato proprio dall'unicità del titolare delle situazioni soggettive ad esso relative, nella loro appartenenza ad un soggetto. Favorevole al mutamento di tale concezione in favore della valutazione del patrimonio sotto il profilo funzionale - dinamico, indipendentemente da ogni considerazione relativa al regime di appartenenza è LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, op. cit., 13.

³⁰² V. *infra*, cap. IV.

Tale assunto trae conferma da alcuni interessanti spunti offerti dalla dottrina del c.d. *Trusts without Equity*, impegnata nel tentativo di spiegare come sia possibile per il *trust* scozzese operare in un sistema fortemente influenzato dalla *civil law*.³⁰³

Questa dottrina ha utilizzato il concetto di patrimonio allo scopo in maniera differente rispetto a quanto avvenuto nel Québec, in quanto non ha concepito il *trust* come un patrimonio indipendente, bensì «*as a special patrimony*».³⁰⁴

³⁰³ Nonostante la Scozia condivide con i sistemi di *civil law* il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, nonché della indivisibilità del diritto di proprietà, essa ammette l'esistenza del *trust* fin dal 17° secolo. In Scozia il *trust* ha poi trovato riconoscimento nel *Trusts Act* del 1921, nel *Trusts Act* del 1961, nel *Trusts Investments Act* del 1961 e nella legge di riforma (*Miscellaneous Provisions Act*) del 1990. Per un approfondimento sul punto v. GRETTON G., *Scotland: The evolution of the Trust in a Semi - Civilian System*, in *Itinera Fiduciae*, in *Trust and Treuhand in Historical Perspective*, a cura di Zimmermann – Helmholz, Dunker & Humblot, Berlin, 1998, 507 ss.; DE WAAL M.J – PAISLEY R.R.M., *Trusts*, in *Mixed Legal System in Comparative Perspective. Property and Obligations in Scotland and South Africa*, a cura di Zimmermann – Visser – Reid, Oxford University Press., 2004, 819 ss.

³⁰⁴ È la teoria elaborata da GRETTON G., *Trust without equity*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, 599 ss., secondo cui questo è l'unico modo per spiegare il *trust* superando tutte le difficoltà a cui altrimenti si va incontro in un sistema di *civil law*. In questo modo «*there is no need to seek to classify the right of the beneficiaries as being in some way privileged or quasi – real or as in some way “trumping” in the rights of the creditor of a trustee in his personal capacity. There is no need to resort to duality of ownership. Instead the duality of ownership, there is duality of patrimony*». Gretton ha chiarito, inoltre, che il *trust* non costituisce una persona giuridica, ma richiamandosi all'idea Lepaulle, ha concluso che esso opera quasi come se lo fosse, poiché i patrimoni speciali tendono sempre a funzionare quasi come persone. Dello stesso autore v. anche *Trust and Patrimony*, in *Scots law into the 21 st century*, a cura di MQ Quenn, Edimburg, 1996, 182 ss. Nello stesso senso v. anche HONORÉ T., *Obstacles to the reception of trust law? The examples of south Africa and Scotland*, in *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, a cura di Rabello, Hamaccabi Press, Jerusalem, 1997, 793 ss., che ha descritto il *trust* scozzese come «*a legal entity with a life of its own*». V. anche REID K. G. C., *Trusts in Scotland*, op. cit., 68 ss., il quale ha affermato che «*in a Scottish trust there is separation of patrimony without separations of personality*», rilevando, inoltre, che le difficoltà derivanti dalla presenza di due patrimoni in capo alla stessa persona sarebbero superate laddove si considerasse il *trust* una persona giuridica. *Contra*, nel senso che la costruzione del *trust* come patrimonio separato evita il problema della sua personificazione v. SMITH L., *The re – imagined Trust*, op. cit., 264. L'utilizzo del concetto di patrimonio per spiegare il *trust* in Scozia può sorprendere e, invero, ha generato numerose perplessità, poiché la Scozia non ha lo stesso concetto di patrimonio dei sistemi di *civil law*. Secondo Gretton ciò non costituirebbe, comunque, un ostacolo, poiché il concetto di patrimonio sarebbe un sinonimo di quello di “*estate*”, appartenente alla tradizione scozzese, oltre che a quella di *common law*. (v. *Trust without equity*, op. cit., 609). «*“Estate” has more than one meaning, but in the sense of winding up the “estate” of a deceased person, or administering the “estate” of a bankrupt, the word is being used too in the sense of patrimony*». V. anche ANDERSON R.G., *Words and Concepts: Trust and patrimony*, op. cit.,

Il trust scozzese è costruito come un patrimonio che appartiene al *trustee*, «*but existing apart from the trustee's personal patrimony*». Di conseguenza, i creditori personali del *trustee* non possono aggredire il patrimonio oggetto del *trust* e i creditori del *trust* non possono soddisfarsi sul patrimonio personale del *trustee*.³⁰⁵

La dottrina scozzese ha osservato che una simile costruzione del *trust* infrange il principio affermato dalla teoria personalistica secondo cui ciascuna persona ha solo un patrimonio, poiché il *trustee* ha due patrimoni.³⁰⁶

Non potrebbe esserci formula più esatta di questa per descrivere la differenza tra l'impostazione del Québec e quella della Scozia: «*the Québec patrimony is a Zweckvermögen, while the Scots trust patrimony is a Sondervermögen*».³⁰⁷

356 s., il quale ha ricordato come il concetto di “*estate*” sia espressivo di ciò: «*the sum total of a man's right – his property, jura in re aliena and personal claims*», suggerendo che una moderna concezione dello stesso è quella di ritenerlo «*all of a person's patrimonial rights*». Con riferimento all'impossibilità di spiegare il *trust* di *common law* attraverso il concetto di patrimonio poiché nei sistemi di *common law* non esiste il concetto di patrimonio v. MATTHEWS P., *The compatibility of trust with the civil law notion of property*, op. cit., 326 ss., il quale ha affermato che i concetti di patrimonio ed *estate* sono differenti. Secondo Matthews il concetto di *estate* si riferirebbe soltanto alla «*(..) notion of the assets which at a given moment in time belong to a particular person. (...) it looks only at the assets at the moment, and not at future assets. And it is almost always a positive concept*». Invero, Matthews ha criticato l'utilizzo del concetto di patrimonio anche con riferimento al *trust* della Scozia, reputandolo anacronistico, poiché esso non sarebbe stato utilizzato in alcuna delle decisioni relative al *trust*.

³⁰⁵ V. SMITH L., *Scottish Trusts in the Common Law*, op. cit., 285 ss., il quale ha osservato che in questo modo la titolarità della proprietà del *trust* spetta al *trustee* e che si tratta di una «*full, civilian, undivided owership*». Dello stesso autore v. anche *Trust and Patrimony*, in *Estates and Trusts Journal*, 2009, 332 ss. V. inoltre ANDERSON R.G., *Words and Concepts: Trust and patrimony*, op. cit., 353 s.; DE WAAL M.J – PAISLEY R.R.M., *Trusts*, op. cit., 839 ss.

³⁰⁶ SMITH L., *Scottish Trusts in the Common Law*, op. cit., 285. V. anche GRETTON G., *Up there in the Begriffschimmel?* op. cit., 527 s., il quale ha affermato che il *trust* scozzese è incompatibile anche con un altro principio della teoria di Aubry e Rau, ovvero quello secondo cui due persone non possono avere lo stesso patrimonio, poiché ci possono essere più *trustee* che hanno un patrimonio comune. V. Anche REID K.G.C., *Patrimony not Equity: The Trust in Scotland*, op. cit., 22 ss.

³⁰⁷ GRETTON G., *Up there in the Begriffschimmel?* op. cit., 532 s.; V. anche gli spunti offerti da SMITH L., *The re – imagined Trust*, op. cit., 266, secondo cui dalla combinazione del modello del Québec e della Scozia deriva un'interessante combinazione di caratteristiche: «*from Scots law, we may say that the trust property is a patrimony of the settlor that stands apart from his personal patrimony; from Quebec, we might bring the idea of the trustee as a person who administers a patrimony that does not belong to him*».

É interessante osservare che, a distanza di più di un secolo, le categorie elaborate dalla pandettistica tornano a dominare la scena per rispondere alla medesima esigenza per cui sono state create, e cioè per giustificare l'esistenza di masse patrimoniali separate dal patrimonio generale di un soggetto.

Oggi la dottrina afferma senza ombra di dubbio che attraverso gli *Zweckvermögens* e *Sondervermögens* il principio di unicità e indivisibilità del patrimonio è irrimediabilmente messo in discussione. Certo la pandettistica non si era spinta così lontano ma è forse azzardato affermare che, sebbene in modo non del tutto consapevole, essa aveva già destituito di ogni fondamento tale principio?

L'esperienza della Scozia dimostra, inoltre, che per prendere le distanze dalla teoria di Aubry e Rau non serve spingersi al punto di ammettere l'esistenza di un patrimonio senza soggetto, come è avvenuto attraverso il *Code civil du Québec*. Conservare l'idea che il patrimonio debba riferirsi ad una persona non significa anche far propria quella del medesimo come emanazione della personalità e, dunque, non significa prestar fede al binomio a ciascuna persona, un solo patrimonio.³⁰⁸

³⁰⁸ Uno spunto in questa direzione può trarsi dal confronto con THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 269 ss., che pur senza contrapporsi totalmente alle teorie di Aubry e Rau e senza recidere il legame tra persona e patrimonio, ne offre una rivisitazione critica, che sostituisce al concetto di indivisibilità del patrimonio quello opposto di divisibilità, ormai accolto dal diritto positivo francese. V. anche GRETTON G., *Up there in the Begriffschimmel?* op. cit., 532: «*in the first place, the "one person one patrimony doctrine" is not a doctrine of the civil law tradition in general, but rather a doctrine developed for French law by Aubry and Rau in the nineteenth century, and taken thence by Québec*». In termini parzialmente analoghi v. anche MATTHEWS P., *The compatibility of trust with the civil law notion of property*, 338.

2. - *Oltre il dogma dell'unicità del patrimonio: la ricostruzione della vera ratio dell'art. 2740 c.c.*

La convinzione che si è maturata è che, al di là delle apparenze, il Codice civile non abbia mai davvero accolto la teoria personalistica del patrimonio.

Certamente il nostro ordinamento ha fatto propria l'idea della necessità di riferire il patrimonio alla persona, ma non anche il principio della indispensabile corrispondenza biunivoca tra soggetto e patrimonio e, di conseguenza, quello di indivisibilità del medesimo.³⁰⁹

Nelle pagine che seguono si cercherà di dimostrare l'attendibilità di tali affermazioni.

Innanzitutto, è possibile mettere in discussione il fondamento normativo che la dottrina classica del patrimonio ha individuato quale base per la propria teorizzazione.

Come si è già ricordato, secondo i fautori della teoria personalistica i principi di unicità e indivisibilità del patrimonio sarebbero stati imposti dagli artt. 2092 e 2093 del *Code civil*, che fanno oggetto della responsabilità patrimoniale l'intero patrimonio del debitore.³¹⁰

La possibilità di dubitare di tale conclusione si spiega in ragione del fatto che, se è vero che tali disposizioni tendono apparentemente a consacrare il

³⁰⁹ V. già FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 865 ss.: «il patrimonio come totalità dei rapporti si individualizza per l'identità del soggetto, a cui appartiene. Ma individualizzazione non vuol dire unificazione. Uno stesso soggetto tiene in mano tutte e fila dei suoi rapporti attivi o passive, ma questo aggregato di diritti che convergono in un solo titolare resta sempre una pluralità». Cfr. anche BAUDANT C., *Cours de droit civil français, Le biens*, Tomo IV, Paris, 1938, 18 ss. (spec. 26), il quale ha riconosciuto che il patrimonio è uno nel senso che tutti i diritti e le obbligazioni della persona hanno un soggetto attivo o passivo unico. Tuttavia, nulla vieta che accanto a questo patrimonio generale si distinguano ulteriori universalità di diritto, differenziate in virtù della loro destinazione (Baudant utilizza il termine francese "*affectation*"), formando così dei patrimoni speciali. Affermazioni simili si rinvencono già in THUR A. v., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, op. cit., 330 s.

³¹⁰ Si rinvia al § 1.1. di questo capitolo.

principio di unità e indivisibilità del patrimonio, è innegabile, per contro, l'esistenza di altre norme che li disattendono.³¹¹

Si impone, dunque, la ricerca di una soluzione che consenta di armonizzare il dettato degli artt. 2092 e 2093 del *Code civil* con le altre disposizioni esistenti nel diritto positivo fin dai tempi dell'elaborazione della teoria del patrimonio.

In proposito, uno spunto interessante è offerto da una parte della dottrina, la quale ha rilevato che la vera ragione per cui gli artt. 2092 e 2093 del *Code civil* hanno identificato l'oggetto della garanzia patrimoniale nell'intero patrimonio del debitore non è stata quella di codificare il principio della indivisibilità assoluta del patrimonio, quanto quella, piuttosto, di reagire all'impostazione vigente durante *l'ancien régime*, in ragione della quale non tutto il patrimonio del debitore poteva essere sottoposto ad esecuzione.³¹²

³¹¹ Si vedano gli interessanti spunti offerti in proposito da SPETH F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, op. cit., 116 ss.: «*Envisagé isolément, il est aisé de comprendre que les auteurs classique saint estimé pouvoir trouver dans cette article un des fondements de leur théorie unitaire du patrimoine (...) Il n'est pas possible d'envisager les article 2092 et 2093 sans tenir compte de leur portée dans le cadre général du système juridique organisé par le Code civil. Il parait de même injustifiable de donner à ces article une sorte de priorité sur d'autres disposition du même Code*». La ricostruzione operata da Speth è particolarmente interessante perché contiene anche una dettagliata analisi delle ipotesi in cui l'ordinamento francese dell'epoca riconosceva la divisibilità del patrimonio. Non è possibile riportare analiticamente tutti gli esempi citati da Speth, alla cui opera si rinvia (v. pag. 64 ss.). Si ricordano solamente le categorie in cui egli ha ritenuto che le ipotesi di patrimoni separati potessero essere raggruppate: «1) *Divisions à l'occasion du mariage*; 2) *Divisions à l'occasions de donations*; 3) *Divisions à l'occasion du décès ou de l'absence*; 4) *Donation à l'occasion du commerce ou d'une activité lucrative*». V. anche V. DE PAGE H., *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, Tomo VI, Bruxelles, 1942, 620 ss., il quale analizzando gli artt. 7 e 8 *de la loi hypothécaire du 16.12.1851*, la cui formulazione deriva dagli artt. 2092 e 2093 del *Code civil*, ha affermato che, in ragione delle molteplici eccezioni esistenti, i principi ivi contenuti possono tutt'al più ritenersi generali, ma non certo assoluti. In termini parzialmente analoghi v. anche PICARD M., *Traité Pratique de droit civil français*, a cura di Planiol – Ripert, Tomo III, Le bien, Paris, 1926, 19 ss., il quale ha affermato che il principio di indivisibilità del patrimonio subisce così tante eccezioni nel diritto positivo – tra cui egli ricorda l'accettazione beneficiata dell'eredità; la separazione domandata dai creditori del defunto, i beni componenti la dote - da far dubitare del valore e del fondamento su cui riposa. V. infine BAUDANT C., *Cours de droit civil français*, op cit., 18 ss.

³¹² V. DE PAGE H., *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, op. cit., 623 ss, il quale ha affermato, innanzitutto, che solitamente il principio della soggezione di tutti i beni del debitore all'azione del creditore viene spiegato in ragione del fatto che la primitiva forma di esecuzione aveva ad oggetto la persona del debitore medesimo, sicché l'intero patrimonio del debitore avrebbe preso il posto della sua persona. Secondo De Page questa costituisce solo una spiegazione parziale del contenuto dell'art. 2092 del *Code civil*: «*Ce qu'on oublie trop souvent,*

Altra dottrina ha poi sottolineato che non è possibile immaginare che il legislatore attraverso l'art. 2092 del *Code civil* abbia inteso codificare come assoluto un principio che si poneva in aperto contrasto con altre disposizioni presenti nel medesimo codice, finendo così per contraddire se stesso, sicché si deve escludere che si sia voluto imporre, in realtà, il principio di indivisibilità del patrimonio.³¹³

Se è così, il presunto fondamento positivo della teoria personalistica del patrimonio si sgretola e si può finalmente dare una risposta ad uno degli

*en effet, c'est que dans l'ancien droit, et indépendamment de la contrainte sur la personne, tout les bien du débiteur ne répondaient pas de ses dette. Les immeubles en était excepté. La propriété immobilière était insaisissable à raison de son importance social (...) D'autre part l'ancien droit connaissait également certains sectionnement patrimoniaux (bien paternels et maternels, notamment) qui exerçaient une influence sur la question. La portée véritable de l'article 2092 du Code civil (...) a été de réagir, tant contre la sujétion exclusive des meubles aux dettes que contre les sectionnements patrimoniaux de l'ancien droit, et de soumettre tous le bien du débiteur à une sujétion uniforme. De là, le texte de notre article». Dello stesso autore v. anche *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, Tomo V, 2°ed., Bruxelles, 1975, 559 ss., dove ha precisato che essendo la *ratio* dell'art. 2092 quella appena enunciata, è eccessivo dire che tale disposizione ha voluto consacrare il principio di indivisibilità del patrimonio, sicché non esiste alcuno ostacolo legale alla divisione del patrimonio. Con riferimento alle ragioni sottese alla formulazione degli art. 2092 e 2093 v. anche CANDIAN A., *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (alle origini dell'art. 2740 codice civile)*, op. cit., 1805 ss., la quale ha riferito che dai lavori preparatori del *Code civil* emerge che «le due regole generali che trovarono posto negli art. 2092 e 2093 *Code Civil*, scivolarono via senza suscitare discussione alcuna poiché era coscienza comune che esse servissero per non essere applicate (...), sicché si diede subito per scontato che il vero nocciolo teorico - pratico era quello relativo all'individuazione dei creditori privilegiati».*

³¹³ SPETH F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, op. cit., 118, il quale ha spiegato che la relazione che ha accompagnato l'elaborazione del *Code civil* ha affermato semplicemente che la conseguenza del principio di cui all'art. 2092 è quella permettere al creditore di sottoporre ad esecuzione anche beni immobili e quelli futuri. «*Le législateur entend par là que tout débiteur doit répondre de ses dettes sur tout se biens, sans qu'il puisse arbitrairement en soustraie aucun élément à l'emprise de ses créancier. Aucune allusion n'est faite aux patrimoines séparé consacrés par le Code dans d'autres article. Que faut – il conclure ?*» Secondo Speth a fronte di tale interrogativo non restano che due possibili soluzioni: «*les auteurs du Code ont eu conscience du problème soulevé par leu texte en matière patrimoniale, ou ils l'ont ignoré*». In questa seconda ipotesi, l'art. 2092 non sarebbe altro che una reazione contro l'*ancien droit* e quindi non potrebbe in alcun modo servire per edificare il dogma dell'unità patrimonio. Se al contrario si ritiene che gli autori dell'art. 2092 hanno avuto coscienza del problema, sembra logico concludere che essi non hanno voluto porre un principio in opposizione con altre disposizioni del *Code civil*. Di conseguenza, Speth ha spiegato che gli autori del *Code civil* attraverso i principi di cui agli artt. 2092 e 2093 hanno semplicemente voluto dettare due regole di base: la prima esprime l'idea che tutti i beni presenti e futuri di una persona servono, in principio quale garanzia per tutti i suoi creditori; la seconda esprime la parità, in principio, di tutti i creditori. Tuttavia, «*ces règles générale n'excluent toutefois pas la possibilité que des exceptions leur soient apportées, à condition d'être légalement reconnue*».

interrogativi proposti: non è stato il diritto positivo ad aver imposto il principio di unicità e indivisibilità del patrimonio, ma è stata la dottrina a crearlo e a piegare il dato normativo per giustificare la propria ricostruzione.³¹⁴

Il bisogno di una fonte che chiarisse l'essenza della nozione di patrimonio, insieme all'esaltazione del ruolo dell'individuo perfettamente coerente con l'epoca in cui è stata elaborata, ha determinato l'accettazione incondizionata della teorizzazione di Aubry e Rau, la cui rispondenza al diritto positivo il più delle volte è stata data per scontata.³¹⁵

Tale conclusione permette di fare un passo ulteriore. Se l'art. 2740 c.c. non è altro che la rielaborazione dell'art. 1948 del Codice civile del 1865, che trae a sua volta origine dall'art. 2092 del *Code civil*, non è possibile ritenere in esso codificato il principio di unicità e indivisibilità del patrimonio, *in primis* perché del medesimo non vi è traccia nemmeno nelle disposizioni sulla cui base l'art. 2740 c.c. è stato formulato.³¹⁶

Nel riflettere sulla reale influenza che la teoria personalista del patrimonio ha avuto nell'edificazione del nostro sistema della responsabilità patrimoniale non si può trascurare un ulteriore dato significativo.

³¹⁴ In termini parzialmente analoghi v. RAIMON M., *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, op. cit., 25; KASIRER N., *Translating part of France's legal heritage: Aubry and Rau Patrimoine*, op. cit., 460 ss.; GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio*, op. cit., 155, il quale ha affermato che il diritto positivo francese non corroborava già allora una simile teoria, posto che nell'istituto dell'accettazione di eredità con beneficio di inventario è implicito il fatto che l'erede si trovi titolare di due patrimoni distinti e che anche nel caso del patrimonio dell'assente il *Code civil* ricorreva all'idea della massa separata. V. già COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, Milano, 1929, 251 ss., il quale con riferimento alla teoria di Aubry e Rau ha affermato: «intorno all'indole giuridica del patrimonio è dominante un'opinione assai singolare, fondata su astrazioni metafisiche, e senza base positiva».

³¹⁵ Sul punto si rinvia a quanto osservato nel § 1.1. di questo capitolo.

³¹⁶ V. già COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, op. cit., 254, che con riferimento al Codice civile del 1865 ha affermato che l'oggetto della garanzia patrimoniale non è il patrimonio considerato nella sua universalità, ma i singoli beni: «quindi, anche per questo riguardo, riesce inutile il concetto di patrimonio, unità astratta». V. inoltre BIONDI B., *voce Patrimonio*, op. cit., 616, secondo cui l'art. 2740 c.c. quando dispone che il debitore risponde con «tutti i suoi beni» considera il patrimonio come somma e non come unità. V. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 69 s., il quale ha riconosciuto che l'unitarietà del patrimonio sarebbe piuttosto un effetto della disciplina della responsabilità patrimoniale, che si trae dalla regola positiva che vieta le limitazioni della responsabilità, ma non certo in postulato *a priori* capace di generare divieti insormontabili alla configurazione di eccezioni.

Ben prima dell'emanazione del Codice civile del 1942 parte della dottrina aveva dimostrato l'inconsistenza delle premesse sulla cui base la teoria personalistica aveva affermato l'unicità e l'indivisibilità del patrimonio: «l'equivoco che sta alla base di questa concezione è il confondere il patrimonio con la capacità patrimoniale».³¹⁷

Ciò che è unico e indivisibile, dunque, è il diritto ad avere un patrimonio e non il patrimonio in quanto tale.³¹⁸

³¹⁷ FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 870 ss. Dello stesso autore v. anche *La teoria della persona giuridica*, op. cit., 665 ss., dove ha affermato che il patrimonio è piuttosto il risultato della capacità patrimoniale messa in azione. Nello stesso senso v. anche FEDELE P., voce *Patrimonio*, in *Diz. prat. dir. priv.*, Milano, 1937 – 1939, 236 ss.; FADDA C. – BENZA P.E., *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, Vol. IV, Torino, 1925, 191 ss., secondo cui l'errore fondamentale è nel confondere il patrimonio col diritto ad avere un patrimonio, che è effettivamente un'emanazione della personalità. «Il patrimonio costituisce una posizione giuridica esteriore assunta dalla personalità. Quindi non è e non può essere la personalità, ma sta ad essa nel rapporto delle effetto alla sua causa». COVIELLO N., *Manuale di diritto*, op. cit., 251 ss. V. anche PICARD M., *Traité Pratique de droit civil français*, op. cit., 21 ss., ha attribuito alla teoria di Aubry e Rau carattere «*factice, abstrait et abusivement logique. Elle exagère, en affect, le lien que existe entre la notion de patrimoine et celle de personnalité, au pont de confondre le deux notions et de ramener en définitive le patrimoine à l'aptitude à posséder*». Non solo. Secondo Picard, tale impostazione ha determinato una confusione che deve essere combattuta perché si trova in contrasto con le soluzioni del diritto positivo che ammettono la riferibilità alla stesso soggetto di più patrimoni. Sulla base di queste premesse egli ha affermato che l'elemento che assicura la coesione degli elementi che compongono l'universalità rappresentata dal patrimonio «*c'est l'affectation desdits élément à une destination particulière commune e non pas la personnalité du titulaire*». V. anche BAUDANT C., *Cours de droit civil français*, op. cit., 21, il qual pur avendo ravvisato taluni elementi di verità nella teoria di Aubry e Rau, poiché sarebbe difficile negare il legame che unisce il patrimonio alla persona, ha concluso nel senso che «*il est excessif de conclure à une identité et, au nom de celle-ci, de doter le patrimoine des tous les attribut de la personnalité*», rilevando, altresì, che simili affermazioni sono difficilmente conciliabili con le disposizioni di legge che permettono ad una persona di avere, accanto al patrimonio generale, dei patrimoni "specializzati". SPETH F. H., *La divisibilità du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, op. cit., 19 ss., che ha criticato la teoria personalistica del patrimonio non solo per la sua contraddizione con il diritto positivo e per le sue ambiguità, ma anche in ragione dell'identificazione artificiale tra la nozione di personalità e patrimonio, che devono invece rimanere distinte. Nello stesso senso v. anche DE PAGE H., *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, Tomo V, op. cit., 550 ss. V. in direzione contraria BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 150, nota 114, la quale ha affermato che simili critiche sono il frutto di un'errata interpretazione della teoria personalistica del patrimonio, che almeno nella sua originaria formulazione, considerava il patrimonio quale emanazione della personalità, ma non quale surrogato della stessa. A tale rilievo sembra di poter rispondere che, in ogni caso, l'insuperabile critica che si deve muovere alla concezione di Aubry e Rau è quella di aver attribuito al patrimonio le medesime caratteristiche della personalità dell'individuo, *in primis* quelle della unicità e indivisibilità.

³¹⁸ Così FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 870 ss., ha affermato che fino a che si dice che l'uomo ha necessariamente una capacità patrimoniale si dice una cosa vera, ma

Sono proprio queste critiche, insieme all'elaborazione della categoria del patrimonio separato sulla spinta della *Sondervermögenstheorie*, ad aver determinato la svolta in favore del superamento del dogma dell'unicità del patrimonio.³¹⁹

Una volta dimostrata l'infondatezza delle premesse della teoria personalistica del patrimonio, non potevano non cadere anche le sue conclusioni: sicché appare difficile immaginare che i codificatori abbiano costruito l'intero sistema della responsabilità patrimoniale su di un presupposto la cui veridicità era stata già così fortemente smentita.³²⁰

Certo, questo potrebbe apparire verosimile laddove vi fossero altre disposizioni codicistiche in grado di dimostrare che, nonostante le indicazioni contrarie provenienti dalla dottrina, i codificatori abbiano perseverato nel considerare il patrimonio un'attribuzione della personalità di ciascun individuo.

Di simili indicazioni, tuttavia, non vi è alcuna traccia nel Codice civile. Al contrario, parte della dottrina ha osservato che il nostro codice ha costruito la nozione di patrimonio «in termini di alterità rispetto al soggetto titolare».³²¹

non è possibile scambiare questa potenzialità ad avere un patrimonio con il patrimonio medesimo. Ferrara era giunto a tali conclusioni già in *Patrimoni sotto amministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, 317 ss.

³¹⁹ In termini analoghi v. ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645 – ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: analisi economica della nuova disciplina*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, I, *Negoziio si destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, 2007, 66 ss. Dello stesso autore v. anche *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 39 ss., il quale ha messo in evidenza come si arrivi finalmente da affermare che la persona può essere titolare di più masse patrimoniali «sgomberato il campo dalle resistenze ideologiche legate ai principi del diritto naturale e dell'Illuminismo, dimostrata l'inconsistenza delle conseguenze giuridiche che di riflesso erano state elaborate». V. anche LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, op. cit., 13 s.; IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 11.

³²⁰ MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 166, ha riconosciuto che, in realtà, nel nostro Codice civile si è imposta la concezione oggettivista del patrimonio più che quella soggettivista. In termini analoghi v. anche GAMBARO A., *Segregazione e unità de patrimonio*, op. cit., 156.

³²¹ DURANTE V., voce "*Patrimonio (dir. civ.)*", op. cit., 1 ss., il quale ha affermato che alcune norme del Codice civile adoperano espressioni che si riferiscono al carattere complessivo (come universalità di beni, tutte le proprie sostanze, tutti i beni); altre poi descrivono i beni costituenti il patrimonio di un soggetto; altre, infine, ascrivono al patrimonio sia le attività, sia le passività. «Tutte, comunque, valgono a costruire la nozione di patrimonio (..) come posizione giuridica esteriore assunta dalla personalità, e a far apparire ormai superate le tesi (..) del patrimonio come soggetto o modo d'essere della persona o emanazione della

Se così è, perché mai il legislatore avrebbe dovuto concepire il patrimonio in termini di entità a sé stante rispetto al suo titolare, salvo compiere solo con riferimento alla responsabilità patrimoniale un'inversione di rotta?

Non è più probabile, forse, che i codificatori abbiano trasposto il dettato delle previgenti disposizioni più per tradizione che per consapevole volontà di accogliere la concezione personalistica del patrimonio, tanto più che esse non ne costituiscono nemmeno il fondamento positivo?³²²

L'esempio del *Code civil du Québec* in questo è particolarmente significativo: nonostante esso abbia privato di ogni fondamento la teoria personalistica del patrimonio, al punto di aver negato la necessità di riferire il medesimo alla persona, nella prima parte dell'art. 2 continua a presentare il patrimonio come un predicato di ciascun individuo.³²³

Tutto ciò è indice che la concezione di Aubry e Rau viene ripetuta ancora oggi quasi come una "formula vuota", radicata più per tradizione che per consapevole accettazione, tanto che, anche quando ci si distacca completamente da essa, si fa fatica a lasciarla del tutto alle spalle.

Quanto fin qui osservato suggerisce che il principio di indivisibilità del patrimonio non è stata la preoccupazione principale dei nostri codificatori.³²⁴

Al contrario il nostro Codice, diversamente da quanto è avvenuto in altri ordinamenti, è il solo ad essersi premurato di dettare un'espressa disciplina per le ipotesi di limitazioni della responsabilità patrimoniale, il che dimostra che nella mente dei codificatori era ben chiara l'importanza del fenomeno dei

personalità». Nello stesso senso v. anche TRIMARCHI V. M., *Patrimonio (nozione generale)*, op. cit., 271 ss.

³²² Uno spunto in questa direzione può trarsi da GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio*, op. cit., 155.

³²³ Si rinvia sul punto al § 1.2.1. di questo capitolo. V. spec. nota 299.

³²⁴ Uno spunto in questo senso può rinvenirsi in CANDIAN A., *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (alle origini dell'art. 2740 codice civile)*, op. cit., 1810 s., secondo cui il messaggio essenziale dell'art. 2740 c.c. non è tanto quello che emerge dal primo comma, ma si lega piuttosto ad una lettura di carattere sistematico che connette l'art. 2740 al successivo art. 2741 c.c., e più in là alla disciplina processuale del concorso degli altri creditori alla distribuzione della somma ricavata dall'esecuzione forzata.

patrimoni separati e che il patrimonio non era affatto concepito come indivisibile.³²⁵

Per altro, tale soluzione è perfettamente coerente con le istanze provenienti dalla dottrina dell'epoca, impegnata ad affermare tanto l'erroneità del dogma dell'unicità del patrimonio, quanto la necessità che il fenomeno dei patrimoni separati trovasse la sua fonte esclusivamente nella legge.³²⁶

Se tutto ciò è vero, la formulazione dell'art. 2740 c.c. non dipende allora dall'accettazione del nostro codice del binomio un soggetto-un patrimonio, quanto piuttosto dall'avvertita esigenza di assicurare un'adeguata tutela del credito, posto che, in caso contrario, il debitore sarebbe riuscito

³²⁵ V. al riguardo gli spunti che possono trarsi dall'opera di SPETH F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, op. cit., 120, dove egli si è chiesto se il mancato riferimento al fenomeno dei patrimoni separati da parte del legislatore francese sia espressione della sua ignoranza del fenomeno e dell'accettazione del principio di indivisibilità del patrimonio, rilevando, per altro, che l'art 2092 avrebbe dovuto più correttamente essere formulato nel senso di richiamare la legge quale unica fonte deputata a regolare i patrimoni separati. Dinanzi al testo dell'art. 2740 c.c. simili dubbi non possono sorgere: il fatto che il Codice civile italiano abbia fatto espresso riferimento alle limitazioni della responsabilità patrimoniale è il segno più tangibile non solo della consapevolezza del fenomeno da parte dei codificatori, ma anche del superamento dell'idea che a ciascun individuo potesse riferirsi solo un patrimonio. Una indiretta conferma di questa conclusione può trarsi dal confronto con THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 438 ss., che, riconosciuta la divisibilità del patrimonio per l'odierno diritto positivo francese, ha auspicato a una modifica dell'art. 2284 del *Code civil*. Secondo l'autrice il testo dell'art. 2284 dovrebbe essere modificato in modo da contenere il principio secondo cui *le droit de gage général* non opera nelle ipotesi in cui la legge consente «*l'affectation des biens*», in modo che tale disposizione consacri «*un principe d'affectation des biens*», fino ad oggi emerso solo implicitamente dalle frammentarie disposizioni del diritto positivo che consentono la divisibilità del patrimonio. Considerando che secondo la tesi citata ciò rappresenterebbe l'accoglimento del principio di divisibilità del patrimonio da parte del *Code civil*, si può affermare che, posto che l'art. 2740 contiene una simile previsione fin dalla sua introduzione, esso ha certamente accolto tale principio e non quello opposto di indivisibilità del patrimonio.

³²⁶ FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 873 ss., il quale ha affermato che «quando si abbia un patrimonio separato, decide il diritto obiettivo che ha solo la forza di crearlo». Ferrara era giunto a tale conclusione già in precedenza, v. *I patrimoni sotto amministrazione*, op. cit., 324 s. In questi termini si era già espresso BEKKER E.I., *System des Heutigen Pandektenrechts*, op. cit., § 43, 146. Sul punto v. § 1.2. di questo capitolo, nota 253. V. anche l'interessante prospettazione di ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 42, il quale ha affermato che al dogma dell'unicità del patrimonio, se ne è subito sostituito un altro, ovvero quello del «numero chiuso dei patrimoni separati». V. anche MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 166 s. Sul punto v. in senso critico GAMBARO A., *Segregazione e unità de patrimonio*, op. cit., 156.

agevolmente a limitare la possibilità del creditore di soddisfarsi sui propri beni in caso di inadempimento.³²⁷

Sull'effettiva necessità della regolamentazione normativa del fenomeno della separazione patrimoniale al fine di non pregiudicare la tutela dei creditori si avrà modo di riflettere nel prosieguo di questo lavoro.

Tuttavia, si ritiene che, se si vuole davvero fornire una risposta a tale interrogativo, è necessario prima liberarsi dai preconcetti che troppo spesso hanno condizionato le riflessioni intorno all'istituto della responsabilità patrimoniale, e l'idea dell'accoglimento da parte del Codice civile del principio di indivisibilità del patrimonio sembra essere uno di questi.

Si ritiene, pertanto, che vi siano sufficienti ragioni per affermare che, al di là delle apparenze, il nostro sistema della responsabilità patrimoniale non è stato costruito avendo quale punto di riferimento il principio di unicità e invisibilità del patrimonio.³²⁸

³²⁷ V. PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 28 ss., il quale ha rilevato che data l'efficacia assoluta della separazione patrimoniale derivante dalla creazione dei patrimoni separati si pone come necessario il principio del *numerus clausus* dei medesimi, in ragione del principio dell'affidamento dei terzi. Per questo motivo egli ha affermato l'impossibilità per l'autonomia privata di creare limitazioni patrimoniali con efficacia assoluta, sicché eventuali accordi in tal senso non potrebbero che avere efficacia obbligatoria. V. anche BIONDI B., *voce Patrimonio*, op. cit., 817. Tale istanze si rivengono anche in SPETH F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, op. cit., 119 s., che ha criticato la formulazione dell'art. 2092 del *Code civil* proprio per il mancato richiamo alla legge quale fonte esclusiva della disciplina dei patrimoni separati, ritenendo illogico e pericoloso permettere alla volontà del debitore di scindere il suo patrimonio, favorendo così soltanto alcuni dei creditori. Per queste ragioni secondo Speth la riserva legale delle ipotesi di limitazioni della responsabilità patrimoniale deve ritenersi sottintesa, anche alla luce di un'interpretazione coerente con il dettato dell'art. 2093, dove opera una simile previsione con riferimento alle cause di prelazione. V. anche BAUDANT C., *Cours de droit civil français*, op. cit., 26 ss., il quale ha osservato che, poiché la creazione dei patrimoni separati determina un restringimento della tutela per i creditori che non possono soddisfarsi sui medesimi, essa non determina per loro un pericolo più grave di quanto non lo sia quello rappresentato dall'esistenza delle garanzie reali per i creditori chirografari. Di conseguenza, in entrambi i casi, la migliore protezione non può che essere quella di affidarne il controllo alla legge: «(..) *au de hors de prévisions d'une règle de droit le sectionnement d'une patrimoine (..) serait la ruine de crédit chirographaire*». DE PAGE H., *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, Tomo V, op. cit., 563 s., il quale ha affermato che la necessità di garantire la tutela del credito è il solo vero limite alla divisione del patrimonio. Di qui la necessità che essa non sia lasciata all'arbitrio del suo titolare, tanto più che si tratta di una questione che interesserebbe anche i terzi, il commercio e la società intera.

³²⁸ Parte della dottrina ha rilevato che è l'idea stessa dell'unità del patrimonio a non appartenere al nostro ordinamento. V. FADDA C. – BENZA P.E., *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, op. cit., 193 ss., i quali hanno affermato che l'essere i beni del debitore garanzia

Sostenere il contrario sembra difficile anche a fronte della constatazione che il fenomeno dei patrimoni separati è una costante del nostro ordinamento, coeva all'emanazione del codice del 1942 almeno quanto lo è la regola della universalità della responsabilità patrimoniale.³²⁹

Il confronto con l'esperienza dei *mixed legal system* suggerisce che, se c'è davvero un concetto di importanza fondamentale per il nostro ordinamento, comune a tutti i sistemi di *civil law*, e di cui non possiamo fare a meno, questo è il concetto di patrimonio.³³⁰

del creditore, ai sensi degli artt. 1948 e 1949 del Codice civile del 1865, non fa sì che essi debbano raggrupparsi ad unità. «Il concetto di obbligazione dunque per se stesso non esige unità patrimoniale; né in concreto la nostra legge l'ha voluta tale unità (...) Il patrimonio come universalità giuridica non esiste». Nello stesso senso v. anche COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, op. cit., 252 s.; FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 871 s., secondo cui concepire il patrimonio di un persona come una massa unitaria è un'astrazione inutile ed equivoca. L'unica ipotesi in cui il diritto procederebbe all'unificazione del patrimonio è rappresentata, secondo Ferrara, proprio dai patrimoni allo scopo. In termini parzialmente differenti v. PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 75 ss., il quale ha affermato essere impossibile concepire il patrimonio come entità unitaria, poiché esso non alcuna funzione diversa da quella che sono chiamati a svolgere i singoli elementi che lo compongono. Egli ha rilevato, inoltre, che il diritto positivo non considera unitariamente né il patrimonio, né il patrimonio separato, spiegando che, probabilmente, la tesi contraria è stata utilizzata per spiegare come mai fossero oggetto della garanzia patrimoniale anche i beni futuri. «Nel nostro diritto positivo non esistono norme che trattino il patrimonio come unità unitaria, cosicché non è solo inutile ma anche impossibile considerarlo come unità». V. anche MALVAGNA S., *Il concetto di patrimonio separato nell'ordinamento giuridico commerciale*, in *Diritto e pratica commerciale*, 1931, 401 ss., il quale ha negato autonomia al concetto di patrimonio, poiché la legge non avrebbe guardato che ai beni. In tempi più recenti conclusioni simili sono state ribadite da DURANTE V., voce *Patrimonio (dir. civ.)*, op. cit., 2, secondo cui le caratteristiche dell'inalienabilità, indivisibilità e unitarietà si appalesano arbitrarie e ingiustificate, oltre ad essere smentite dal modo di essere e di operare del fenomeno. Conformemente a Pino, anche per Durante nemmeno il patrimonio separato è positivamente guardato come realtà unitaria, ma piuttosto come somma delle singole componenti.

³²⁹ L'esistenza nel diritto positivo di numerosi patrimoni separati fin dall'epoca dell'emanazione del Codice civile è stato colta a pieno da PUGLIATTI S., *Gli istituti del diritto civile*, Vol. I., Giuffrè, 1943, 330 ss., il quale ne ha proposto una dettagliata analisi. Tra gli esempi principali di patrimoni separati riconosciuti dal Codice civile Pugliatti ha richiamato la separazione dei beni del defunto rispetto a quelli dell'erede; l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario; l'eredità giacente; il fallimento della società o dei soci a responsabilità limitata (che questi siano davvero patrimoni separati è, invero, discutibile); la dote e il patrimonio familiare.

³³⁰ ANDERSON R.G., *Words and Concepts: Trust and patrimony*, op. cit., 355, ha osservato come quello di patrimonio sia un concetto di *civil law* per eccellenza. V. anche MATTHEWS P., *The compatibility of trust with the civil law notion of property*, op. cit., 342 ss., il quale ha affermato che mentre la teoria di Aubry e Rau è stata duramente critica, nessun giurista di *civil law* si è spinto a negare l'esistenza del patrimonio in quanto tale, concetto di cui, invece, i sistemi di *common law* non hanno mai avuto bisogno.

Al principio di unicità e indivisibilità del medesimo possiamo invece rinunciare, o meglio, vi abbiamo già rinunciato fin dai tempi dell'introduzione del Codice civile.³³¹

Certamente l'art. 2740 c.c. ha imposto il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, ma non anche di leggere il rapporto tra esso e le sue limitazioni in termini di regola–eccezione. La valutazione del rapporto esistente tra il primo e il secondo comma dell'art. 2740 c.c. non può compiersi in termini “quantitativi”, ma occorre partire dalla constatazione che astrattamente si tratta di regole di pari importanza.

Abbandonata l'idea che il principio di invisibilità del patrimonio costituisca la base su cui è stato edificato il sistema della responsabilità patrimoniale, nulla avrebbe impedito di leggere fin dalle origini l'art. 2740 c.c. *a contrario*, e cioè nel senso che la regola dell'universalità della responsabilità patrimoniale è destinata ad operare solo laddove la legge non riconosca l'esistenza un patrimonio separato.³³²

Il rilievo marginale tradizionalmente attribuito ai patrimoni separati sembra essere frutto dell'elaborazione dottrinale più che di principi normativi

³³¹ Cfr. ALCARO F., *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, op. cit., 107, secondo cui la pretesa unità del patrimonio *ex art. 2740 c.c.* è fittizia, frutto di rappresentazioni antiquate individuanti nel legame soggetto–bene il tratto essenziale e assorbente di ogni vicenda giuridica. «La responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* non costituisce, perciò un argomento a sostegno dell'unità del patrimonio in sé, ma è l'espressione di una specifica finalità impressa ai beni».

³³² Invero SPETH F. H., *La divisibilità du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, op. cit., 120, già nel 1957 affermava che «*le principe de l'unité du patrimoine semble devoir être retenu en tant que notion résiduaire, le patrimoine pourvoient toutefois, dans les cas légalement prévus, être subdivisé (...). Le pensée des auteurs du Code étant surtout la réaction contre les abus de l'ancien droit e la simplification, une telle interprétation parait logique et ne nécessite aucune modification des texte. Celle-ci une fois adoptée, la possibilité d'envisager la reconnaissance de nouveaux cas d'exception devient alors parfaitement admissible*». Sebbene in una diversa prospettiva, poiché ha ritenuto una simile interpretazione frutto dell'incremento delle ipotesi normative di patrimoni separati, interessanti spunti sono offerti da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 80 ss. V. anche MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, op. cit., 583, la quale ha suggerito che, anche alla luce della consapevolezza della natura fittizia della lettura del patrimonio come entità unitaria, il processo ermeneutico sembra oggi giunto al tempo del confronto col solo diritto positivo: «se nel sistema attuale le scelte dell'ordinamento, chiaramente attuate dall'unico soggetto legittimato a compierle, il legislatore, legittimano la rivisitazione del dogma dell'unità del patrimonio, esso non può essere fondatamente addotto come insuperabile per ragioni di politica del diritto».

insuperabili. Per queste ragioni si ritiene che l'emersione sempre più frequente di ipotesi di patrimoni separati non solo sia perfettamente coerente e compatibile con il nostro sistema della responsabilità patrimoniale, ma anche che restituisca ad esso tutte le potenzialità che ha sempre avuto.³³³

³³³ Cfr. ALCARO F., *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, op. cit., 107 ss.

CAPITOLO QUARTO
L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA ATTRAVERSO IL MOLTIPLICARSI
DELLE IPOTESI DI SEPARAZIONE PATRIMONIALE
NORMATIVAMENTE PREVISTE

SOMMARIO:1.- Il moltiplicarsi delle ipotesi di separazione patrimoniale normativamente previste. - 2.- Il fondo patrimoniale.- 3.- I patrimoni e i finanziamenti destinati ad uno specifico affare. - 3.1.- I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 *bis* lett. a) c.c.) - 3.2.- I finanziamenti destinati ad uno specifico affare (art. 2447 *bis* lett. b) c.c.) - 4.- Gli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* - 4.1. - Gli atti di destinazione *ex art. 2645 ter* e la nuova lettura del principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. - 5.- I nuovi confini della responsabilità patrimoniale del debitore.

1.- Il moltiplicarsi delle ipotesi di separazione patrimoniale normativamente previste.

«I patrimoni destinati non sono più cattedrali nel deserto».³³⁴

Questa espressione particolarmente evocativa descrive alla perfezione il quadro normativo che è venuto a delinearsi negli ultimi trent'anni.

Nel capitolo precedente si è visto che il principio di universalità della responsabilità patrimoniale del debitore certamente costituisce uno degli assi portanti del nostro sistema, ma non l'unico. Si è convinti, infatti, che il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale sia espressione di una regola di importanza almeno pari a quella stabilita dal primo comma dell'art. 2740 c.c. e il moltiplicarsi dei patrimoni separati tipizzati ne offre una indiretta conferma.

La tendenza del nostro ordinamento alla creazione di nuove figure di patrimoni separati si comprende senza difficoltà alcuna non appena si consideri che la tradizionale ostilità nei confronti della separazione patrimoniale è legata non tanto all'esistenza di principi normativi insuperabili, bensì all'errata chiave di lettura utilizzata dalla dottrina e, talvolta, anche dalla giurisprudenza, per interpretare il sistema.

³³⁴ Sono parole di DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op cit., 1257 ss., il quale ha osservato che, per tale ragione, deve ritenersi che «è l'ago della bussola che si sta spostando verso la specializzazione della responsabilità patrimoniale».

Come si è visto, l'art. 2740 c.c. non costituisce affatto la traduzione sul piano normativo del principio di unicità del patrimonio, né esiste altra disposizione che abbia mai imposto tale dogma. Inoltre, se di unità del patrimonio si vuole parlare ha senso farlo soltanto in relazione allo scopo a cui i singoli componenti siano stati destinati.³³⁵

In quest'ottica anche il patrimonio complessivo a cui si riferisce l'art. 2740 c.c. può essere guardato come un patrimonio di destinazione, la cui finalità è quella di garantire la tutela dei creditori.³³⁶

Il quadro normativo ad oggi esistente sembra essere stato edificato avendo quale base proprio tale concezione dinamica–funzionale del patrimonio.

³³⁵ Tale concezione ha cominciato a farsi strada con la *Zweckvermögenstheorie* ed è stata poi valorizzata da ALCARO F., *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, op. cit., 107, secondo cui l'unità del patrimonio non è concepibile a prescindere da un determinato scopo che funga da criterio unificante. «Non sembra esserci spazio per un'idea di patrimonio dissociata da una funzione e l'unità è un *quid* dinamico, non immaginabile come sussistente nel suo generico riferimento alla titolarità di un soggetto (...) L'unità del patrimonio è un dato dinamico, relativo, funzionale, legato all'orientamento dell'attività e dell'interesse che specificamente l'alimenta e la struttura». Favorevoli alla concezione dinamica del patrimonio sono anche DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 67; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimonio allo scopo*, op. cit., 166; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 92 ss.; SPADA P., *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, op. cit., 848, il quale a conclusione del suo scritto auspicava ad una maggiore valorizzazione della funzione, rispetto al soggetto. V. anche CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 300 ss., il quale ha affermato che ciò che conta ai fini della qualificazione del patrimonio sono due elementi: «l'organizzazione e la funzione; rileva la funzione che la congerie di beni viene ad assumere nei confronti di un dato scopo e la conseguente organizzazione che essi vengono ad assumere e/o che ad essi viene data al fine di realizzare in pieno la funzione stessa». Con riferimento all'evoluzione del concetto di unità del patrimonio v. ancora THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 428 ss., secondo cui l'unità del patrimonio, o meglio dei sottoinsiemi in cui esso si articola, non trae più fondamento dall'unità della persona, ma dalla comune destinazione dei beni in esso compresi ad una certa utilità e dall'interesse che giustifica la costituzione di questo «*sous-patrimoine*», che, secondo l'autrice, deve essere un interesse collettivo.

³³⁶ ALCARO F., *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, op. cit., 107 ss., il quale ha affermato che il patrimonio così come previsto dall'art. 2740 c.c. è già esso un patrimonio di destinazione orientato alla tutela dei creditori, non essendo, invece, «l'archetipo del patrimonio "generale" e universale, frazionabile eccezionalmente in relazione a eventuali specifiche finalità». Nello stesso senso v. anche PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 95. Per la valorizzazione del profilo funzionale del patrimonio v. anche DI RAIMO R., *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, op. cit., 330.

Si è progressivamente affermata, dunque, sia nel Codice civile, che nella legislazione speciale, una nozione di patrimonio costruita non soltanto in termini di alterità rispetto al soggetto titolare, ma anche in chiave prevalentemente funzionale, che dà risalto al profilo destinatorio dei suoi componenti e da cui derivano specifiche conseguenze sotto il profilo della responsabilità patrimoniale.

La semplice lettura delle disposizioni inerenti alle diverse fattispecie di patrimoni separati sembra avvalorare tale affermazione.

Sarebbe eccessivamente lungo e di scarso interesse procedere ad un dettagliato inventario di tutte le ipotesi di patrimoni separati previste nel nostro ordinamento, tanto più che per rendersi conto della portata e dell'importanza del fenomeno è sufficiente ricordarne alcuni esempi.

Quelli più risalenti sono rappresentati dal patrimonio familiare e dalla dote, contemporanei all'introduzione del Codice civile del 1942. Questi istituti sono stati successivamente abrogati dalla Riforma del diritto di famiglia del 1975, che si è premurata, tuttavia, di introdurre una diversa fattispecie di patrimonio separato a tutela dei bisogni della famiglia, ovvero il fondo patrimoniale di cui agli artt. 167 ss. c.c.³³⁷

Altri esempi di patrimoni separati riconosciuti dal Codice civile sono i fondi speciali per la previdenza e assistenza di cui all'art. 2117 c.c. e l'accettazione beneficiata dell'eredità *ex art.* 490, comma 2, c.c.³³⁸

La riforma del diritto societario del 2003 (d. lgs. 17.1.2003, n. 6) ha dato poi vita ai patrimoni e ai finanziamenti delle s.p.a. dedicati ad uno specifico affare *ex artt.* 2447- *bis* ss. c.c., mentre la l. 23.2.2006, n. 51, che ha

³³⁷ Sul punto v. *infra* § 2

³³⁸ Secondo parte della dottrina l'operatività del principio di cui al primo comma dell'art. 2740 c.c. sarebbe oggetto di un forte ridimensionamento anche nell'area delle società di capitali. In tal senso v. ROPPO V., *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 252 ss.; MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimonio allo scopo*, op. cit., 172 ss.; DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 28 ss.

convertito il d.l. 30.12.2005, n. 273, ha introdotto nel Codice civile l'atto di destinazione di cui all'art. 2645 *ter*.³³⁹

Lo stesso fenomeno del *trust* non è più completamente sconosciuto al nostro ordinamento grazie all'art. 11 della Convenzione dell'Aja del 1.7.1985 sulla legge applicabile ai *trust* e sul loro riconoscimento, ratificata dall'Italia con la l. 16.10.1989, n. 364, che ha dato vita al c.d. *trust* interno.³⁴⁰

Importanti fattispecie di patrimoni separati sono disciplinate, inoltre, dalla legislazione speciale: si pensi ai fondi pensione regolati dal d. lg. 5.12.2005, n. 252 (Disciplina delle forme pensionistiche complementari, che ha sostituito il d.lgs. 21.4.1993, n. 124);³⁴¹ alla cartolarizzazione dei crediti di cui all'art. 3, comma 2, della l. 30.4.1999, n. 30;³⁴² o, ancora, ai servizi di

³³⁹ La novità maggiormente significativa frutto dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* risiede nell'aver abilitato l'autonomia privata alla creazione di vincoli di destinazione patrimoniale atipici, determinando così per la prima volta il venir meno del numero chiuso delle cause idonee a giustificare la separazione patrimoniale, nell'ottica della creazione di uno strumento che fosse competitivo con il *trust*. Con riferimento ai patrimoni separati della s.p.a. e all'atto di destinazione v. approfonditamente *infra* § 3 e § 4 di questo capitolo

³⁴⁰ Attraverso la ratifica della Convenzione dell'Aja sembrerebbe essere stato rimosso l'ostacolo rappresentato dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. al riconoscimento dei *trusts* esteri. L'obiettivo della Convenzione dell'Aja è stato proprio quello di dare ingresso all'istituto del *trust* negli ordinamenti presso i quali era sconosciuto, creando una figura di collegamento tra paesi di *common law* e *civil law*. In realtà, il *trust* interno previsto dalla Convenzione dell'Aja, altro non è che un *trust* privo di elementi di internazionalità e sottoposto alla disciplina di una legge straniera per effetto della volontà negoziale del disponente. Tuttavia, che la Convenzione dell'Aja sia stata davvero sufficiente a consentire l'introduzione nel nostro ordinamento del c.d. *trust* interno è una questione ancora aperta. In proposito v. *ex multis*: GATT L., *Il trust interno. Una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, 280 ss.; LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, Padova, 2008; MAZZAMUTO S., *Trust interno e negozi di destinazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 803 ss.; CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, II, 98, 1323 ss.; GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, in *Riv. not.*, 2001, II, 1247 ss.; GALLUZZO F., *Trust interni e negozi di destinazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 2, 85 ss.

³⁴¹ V. art. 6, comma 9, d.lgs. 5 dicembre 2005 n. 252, secondo cui «i valori e le disponibilità affidati ai gestori (...) non possono essere distratti dal fine al quale sono stati destinati, né formare oggetto di esecuzione sia da parte di creditori dei soggetti gestori, sia da parte di rappresentanti dei creditori stessi, né possono essere coinvolti nelle procedure concorsuali che riguardano il gestore».

³⁴² L'art. 3 della l. 30.4.1999, n. 130, relativo alle società per la cartolarizzazione dei crediti stabilisce: «i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi».

investimento e alla gestione collettiva del risparmio di cui al d.lgs. 24.2.1998, n. 58 (Testo unico della finanza).³⁴³

Una particolare figura di patrimonio separato è rappresentata dai fondi comuni di investimento disciplinati dal Testo unico della Finanza.³⁴⁴

I fondi comuni di investimento si rivelano di particolare interesse ai nostri fini perché confermano la difficoltà del nostro ordinamento ad ammettere figure di patrimoni separati che siano essi stessi soggetto di diritto, a cui si è fatto riferimento nel capitolo precedente.³⁴⁵

³⁴³ L'art. 22 del Testo unico della finanza stabilisce che «Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla Sgr, dalla società di gestione UE o dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario, nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o sub-depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi».

³⁴⁴ L'introduzione dei fondi comuni di investimento nel nostro ordinamento è piuttosto risalente, perché è avvenuta nel 1983, attraverso la l. 23.3, n. 77, relativa ai c.d. fondi comuni di investimento mobiliare aperti. Successivamente la l. 14.8.1993, n. 344 ha introdotto i fondi comuni di investimento mobiliare chiusi, mentre è alla l. 25.1.1994, n. 86, che si deve l'introduzione dei fondi comuni di investimento immobiliare chiusi. Il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ha poi abrogato le precedenti leggi in materia, rinunciando alla tipizzazione dei fondi comuni. L'individuazione dei tipi di fondi consentiti è rimessa dall'attuale disciplina alla normativa regolamentare del Ministero dell'economia e delle Finanze (d.m. 24/05/1999 n. 228, modificato con il d.m. 31/01/2003 N. 47) e della Banca d'Italia. La disciplina dei fondi comuni di investimento è, dunque, ora contenuta nel d.lgs. 24.2.98, n. 58 (v. in particolare artt. 1, 36, 37 e 39) come successivamente modificato.

³⁴⁵ V. Cap. III, § 1.2.1. La definizione normativa dei fondi comuni di investimento si ricava dall'art. 1 lett. J) del T.U.F., come da ultimo modificata dal all'art. 1, comma 1, lettera d), del d.lgs. 4 marzo 2014 n. 44. In forza del dettato dell'art. 36, co. 1, del T.U.F., così come modificato dall'art. 4, comma 6, del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 44, la gestione del fondo spetta alla società di gestione del risparmio che lo ha istituito o dalla società di gestione subentrata nella gestione. Per un inquadramento generale dei fondi comuni di investimento precedente a tali modifiche v. TROIANO S., *Commento sub. art. 36-37*, in *Testo Unico della Finanza*, a cura di Frattini - Gasparri, Torino, 2012, 568 ss.; ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2012, 190 ss.; FOSCHINI M., *Il diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, 77 ss.; MIOLA M. - BRIOLINI F., *Commento sub. art. 36*, in *Testo Unico della finanza*, a cura di Campobasso, Vol. I, Torino, 2002, 331 ss.; CASELLA P. - RIMINI E., *Fondi comuni di investimento nel diritto commerciale*, in *Dig. Comm.*, Vol. VI, Utet, Torino, 1991, 208 ss.

Nella famosa *querelle* circa la possibilità di considerare i fondi comuni di investimento quali «soggetto o oggetto di diritto»³⁴⁶ è stata quest'ultima soluzione a prevalere nella giurisprudenza e nella dottrina.³⁴⁷

L'idea del fondo come autonomo centro di imputazione giuridica ha prestato, infatti, il fianco a numerose obiezioni, prima tra tutte quella fondata sull'impossibilità di individuare una struttura organizzativa minima, capace di agire, propria del fondo, come accade, ad esempio, nelle associazioni.³⁴⁸

³⁴⁶ In questi termini si è espresso FERRI JR. G. B., *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 25 ss. Tale questione è nata perché la disciplina in materia non specifica quale sia la natura giuridica dei fondi comuni di investimento. Il problema dell'individuazione della natura giuridica dei fondi comuni di investimento è stato oggetto di un acceso dibattito dottrinale, sviluppatosi ben prima dell'introduzione di tale fattispecie nel nostro ordinamento. Nell'impostazione più risalente i fondi comuni di investimento erano considerati una comunione *sui generis* dei partecipanti, sicché i beni in fondo sarebbero appartenuti *pro quota* a ciascuno degli investitori. In questi termini v. VISINTINI G., *Riflessioni in tema di fondi comuni di investimento con riferimento al disegno di legge governativo*, in *Riv. Soc.*, 1969, 1194 ss. In contrapposizione a tale ricostruzione, altra parte della dottrina sosteneva che i fondi comuni di investimento dovevano considerarsi di proprietà della s.g.r.: v. CASTELLANO G., *Per una qualificazione dei fondi di investimento immobiliare*, in *Riv. soc.*, 1969, 1550 ss. Per le critiche a entrambe le tesi v. NIGRO A., *I fondi comuni di investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 171 ss.; COSTI R., *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. soc.* 1968, 271 ss.; JAEGER P. G., *Sui fondi comuni di investimento*, in *Riv. soc.*, 1969, 1113 ss.

³⁴⁷ Secondo alcuni autori e un'isolata pronuncia della giurisprudenza, il fondo comune di investimento ha una sua soggettività giuridica, distinta tanto da quella dei partecipanti, quanto da quella della s.g.r. V. COSTI R., *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, op. cit., 301; NIGRO A., *I fondi comuni di investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, op. cit., 1593; CARBONE L., *Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, 157 ss.; LEMMA V., *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, in *Banca, borsa ecc.*, 2011, II, 423 ss.; CALICETI P., *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni d'investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 219 ss.; CORSINI F., *La capacità di essere parte del processo dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 327 ss. In giurispr. v. Cons. Stato, 11.5.1999, parere n. 608, in *Foro Amm.*, 2000, 2225 ss.

³⁴⁸ V. Cass. 15.7.2010, n. 16605, in *Foro it.*, 2011, I, 1854 ss., la quale ha bollato la tesi della soggettività autonoma del fondo come un'«inutile complicazione», facendo leva proprio sulla mancanza di una struttura organizzativa che consenta al fondo di agire senza dover passare per la s.g.r. In dottrina v. già JAEGER P. G., *Sui fondi comuni di investimento*, op. cit., 1538; GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Vol. III, Padova, 2009, 554. Inoltre, è stato giustamente osservato che tale ricostruzione contrasta anche con il comma 5 dell'art. 36 del T.U.F. *ante* riforma, il quale prevedeva la responsabilità della la s.g.r. nei confronti dei partecipanti per il proprio operato, mentre, se il fondo fosse un soggetto di diritto, la s.g.r. sarebbe responsabile direttamente nei suoi confronti. Così BULLO L., *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6°, del*

Ai fondi comuni di investimento è stata attribuita, pertanto, la natura di patrimonio separato della s.g.r.³⁴⁹ Il fondamento normativo di tale ricostruzione è stato rinvenuto nell'art. 36, comma 6, del T.U.F., oltre che nell'art. 1 lett. J), nella sua previgente formulazione.³⁵⁰

La *ratio* che sembrava emergere dalla disciplina in materia non era, infatti, quella di elevare il fondo ad autonomo soggetto di diritto, ma piuttosto quella di tutelare gli interessi degli investitori attraverso la previsione di uno specifico regime di responsabilità, in modo che esso risultasse insensibile sia alle pretese dei creditori della s.g.r., sia a quelle dei creditori della banca depositaria, nonché a quelle di qualsiasi terzo estraneo alla destinazione.³⁵¹

T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 535 ss. A seguito delle modifiche intervenute nel 2014, tale previsione non si rinviene più nel quinto comma dell'art. 36, bensì nel terzo, dove è espressamente previsto 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».

³⁴⁹ In questo senso v. Cass. 15.7.2010, n. 16605, cit. Nello stesso senso v. anche Cass., civ., 20.5.2013, n. 12187, in *Riv. not.*, 2013, 744 ss.; Trib. Milano, 3.10.2013, in *www.giurdiprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 4.10.2013, n. 12280, in *www.giurdiprudenzadelleimprese.it*; App. Venezia, decr. 1.3.2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 812; Trib. Rovigo, ord. 21.10.2010, in *Le società*, 2011, 1057. In dottrina v. BOGGIO L., *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazione di beni immobili*, in *Giur. it.*, 2011, 333 ss.; BRUTTI N., *Fondo comune di investimento: oggetto o soggetto di diritto?*, in *Le società*, 2011, 47 ss.; FANTETTI F., *Separazione e titolarità del patrimonio nei fondi comuni di investimento*, in *La resp. civ.*, 2011, 124 ss.; LAMORGHESI A., *Nota a Cass. 15.7.2010, n. 16605*, in *I contratti*, 2011, I, 31 ss.

³⁵⁰ Cass. 15.7.2010, n. 16605, cit. L'art. 36, comma 6, del T.U.F. sanciva, già nella sua originaria formulazione, l'autonomia patrimoniale di ciascun fondo sia rispetto al patrimonio della s.g.r., sia rispetto al patrimonio di ciascun partecipante, nonché a quello di ogni altro patrimonio gestito dalla s.g.r. La l. n. 122 del 2010 ha poi modificato il sesto comma dell'art. 36, precisando che «(..) Delle obbligazioni contratte per suo conto, il fondo comune di investimento risponde esclusivamente con il proprio patrimonio. 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». L'art.4, comma 6, del D. lgs. 4 marzo 2014, n. 44, ha trasposto il contenuto dell'art. 36, comma 6, nell'attuale quarto comma della medesima disposizione, lasciandone tuttavia inalterato il contenuto, eccetto che per l'inciso «delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la s.g.r. risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo».

³⁵¹ Sul punto cfr. BULLO L., *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6°, del T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?*, op. cit., 536; ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, op. cit., 190. V. già GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 550; FOSCHINI M., *Il diritto dei*

Inoltre, per questa stessa ragione, dottrina e giurisprudenza hanno affermato che la società di gestione non può dirsi titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, ma solamente di una situazione giuridica funzionale, che può essere descritta come «proprietà fiduciaria del fondo», tratto che - come vedremo - accomuna anche il fondo patrimoniale e l'atto di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c., sicché la struttura dei fondi comuni di investimento è apparsa in una certa misura assimilabile a quella del *trust* di derivazione anglosassone.³⁵²

Se è vero che la giurisprudenza è ormai orientata nel considerare i fondi comuni di investimento un patrimonio separato della s.g.r., non si può trascurare che un recente intervento del legislatore ha modificato la definizione normativa dei fondi medesimi, affermando espressamente che essi rappresentano «l'Oicr costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore».³⁵³

mercati finanziari, op. cit., 89; BRIOLINI F., *Commento sub. art. 36*, op. cit., 331; ASCARELLI T., *I fondi comuni di investimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Vol. XVI, Utet, Torino, 1985, 741 ss. *Contra* CALICETI P., *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni d'investimento*, op. cit., 219; CORSINI F., *La capacità di essere parte del processo dei fondi comuni di investimento*, op. cit., 327, secondo cui questa stessa previsione normativa dimostrerebbe, al contrario, l'attitudine del fondo a porsi quale «centro di imputazione unitario di rapporti giuridici», sicché permetterebbe di «riconoscere al fondo tutti gli estremi della soggettività».

³⁵² LUPOI M., *Trusts*, op. cit., 687; BULLO L., *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6°, del T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?*, op. cit., 542. V. già. SAVI G.P., voce *Società finanziaria ("Holding") e società di investimento ("Investment trust")*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XVII, Utet, Torino, 1970, 724 ss.; JAEGER P. G., *Sui fondi comuni di investimento*, op. cit., 1142; FERRI JR. G. B., *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, op. cit., 25. Per quanto suggestiva possa apparire tale costruzione, non possono, tuttavia, completamente ignorarsi le difficoltà del nostro ordinamento ad accettare l'idea tipica dei sistemi di *common law* della proprietà nell'interesse altrui, in ragione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

³⁵³ V. art. 1 lett. J) del T.U.F. Prima delle modifiche intervenute nel marzo 2014, i fondi comuni di investimento erano definiti dall'art. 1 lett. J) del T.U.F. come «patrimonio autonomo, (...) suddiviso in quote di pertinenza di una pluralità di partecipanti; gestito in monte, nell'interesse dei partecipanti e in autonomia dai medesimi». Inoltre, è lo stesso art. 1 lett. k, come da ultimo modificato, a chiarire che per «Organismo di investimento collettivo del risparmio» (Oicr) si intende «l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio e' 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 nonche' investito in strumenti finanziari, crediti, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata».

Certo, l'esperienza insegna che l'utilizzo da parte del legislatore dell'espressione patrimonio autonomo non basta per poter affermare che egli abbia inteso considerare il fondo quale soggetto di diritto. Tuttavia, a seguito di tali modifiche, il dubbio quantomeno riaffiora.

La vicenda dei fondi comuni di investimento è significativa perché conferma che, nell'alternativa tra *Zweckvermögen* e *Sondervermögen*, anche il nostro ordinamento, al pari della Scozia continua a preferire tale ultima soluzione, non sembrando ancora pronto a recidere ogni collegamento tra soggetto e patrimonio.

Le questioni sorte in relazione ai fondi comuni di investimento dimostrano che il tema dell'individuazione della natura giuridica delle masse patrimoniali separate continua ad animare un significativo dibattito dottrinale e giurisprudenziale nei diversi ordinamenti giuridici, forse perché qualsiasi soluzione si scelga rimangono sulla scena ancora molti problemi irrisolti, segno che sul terreno della responsabilità patrimoniale e dei patrimoni separati vi è ancora molto da costruire.³⁵⁴

Le diverse fattispecie di patrimoni separati tipizzati sono indubbiamente tra loro eterogenee, sebbene accomunate tutte dalla medesima premessa: la destinazione del patrimonio ad una specifica finalità, sia essa quella di rispondere ai bisogni della famiglia, alle esigenze legate all'attività di impresa o al compimento di singole operazioni.

Da tale destinazione derivano peculiari conseguenze in tema di responsabilità patrimoniale per ciascuna di tali fattispecie. Tutte presentano, però, la medesima caratteristica, ovvero quella di configurare una deviazione

³⁵⁴ Se, infatti, dalla costruzione del fondo quale autonomo soggetto di diritto deriverebbero numerose difficoltà, non può tacersi che considerarlo quale patrimonio separato della s.g.r. ne origina altre. Basta pensare al problema della trascrizione degli acquisti immobiliari effettuati dal fondo e dell'opponibilità ai terzi della segregazione patrimoniale. Sul punto v. BULLO L., *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6°, del T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?*, op. cit., 556 s. Per altro, la stessa qualificazione della s.g.r. quale «proprietaria funzionale» non è del tutto chiara, tanto è vero che sia il Québec, sia la Scozia hanno configurato il diritto di proprietà del *trustee* sui beni in *trust* come un diritto di proprietà pieno, proprio per aggirare le difficoltà che derivano dall'attribuzione di un diritto di proprietà sui *generis*. Sul punto v. Cap. 3, § 1.2.1.

più o meno marcata dai principi di universalità della responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum*.

L'eterogeneità del fenomeno dei patrimoni separati impedisce una dettagliata analisi di tutte le fattispecie in cui esso si articola.

Nel tentativo di ricostruire quali siano i nuovi confini della responsabilità patrimoniale del debitore, seguendo le indicazioni di una recente giurisprudenza di merito, che ha proposto un'utile classificazione dei patrimoni destinati distinguendo quelli di fonte legale da quelli di fonte negoziale, si è scelto di analizzare le fattispecie appartenenti a questa seconda tipologia.³⁵⁵

Tra essi si incontrano il fondo patrimoniale (artt. 167 e ss. c.c.); i patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 *bis* c.c.), nonché l'atto di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (art. 2645 *ter* c.c.).

Nel prosieguo di questo lavoro ci si dedicherà all'analisi di tali fattispecie, mettendone in luce le principali caratteristiche, le finalità a cui rispondono ma soprattutto in che termini esse rappresentano una deviazione rispetto alle regole generali di cui agli articoli 2740 e 2741 c.c. e attraverso quali strumenti il legislatore si è preoccupato di tutelare le esigenze dei creditori estranei alla destinazione.

³⁵⁵ Trib. Lecce, 24.8.2012, in *Giur. mer.*, 2013, 802 ss., con nota di FANTICINI G., *Il divieto di agire sui beni in fondo e un possibile equilibrio tra la tutela della famiglia e le ragioni dei creditori*. La classificazione proposta dal Tribunale di Lecce, come si avrà modo di constatare, si rivela particolarmente utile proprio per cercare dei principi comuni alle diverse fattispecie di patrimoni separati, a dispetto della eterogeneità del quadro normativo di riferimento. Stando alle indicazioni del Tribunale di Lecce, la fondamentale differenza tra le due tipologie di patrimoni separati, sta in ciò: i patrimoni destinati aventi fonte legale (tra cui vengono richiamati a titolo esemplificativo i fondi pensioni, i fondi comuni di investimento e le operazioni di cartolarizzazione) sono accomunati dal fatto che fanno capo a società soggette ad una penetrante attività di controllo da parte di apposite autorità di vigilanza. Inoltre, il legislatore si propone di apprestare una tutela a soggetti terzi, a cui appartengono i beni "ospitati" dal patrimonio in funzione gestoria o strumentale. I patrimoni di scopo affidati all'autonomia negoziale sono caratterizzati in primo luogo dalla assenza di una incomunicabilità bidirezionale, perché i creditori "speciali" possono soddisfarsi anche sul patrimonio residuo del debitore. Inoltre, consistono in strumenti che l'ordinamento appresta per consentire ad un soggetto di individuare *ex ante* e con atti unilaterali i limiti entro i quali alcuni beni determinati possono rispondere dei debiti del titolare. Per questi aspetti v. più approfonditamente *infra*, Cap. IV, § 2, 3 e 4.

Sulla base dei risultati raggiunti si cercherà di capire se sia possibile individuare taluni principi comuni a questi esempi di patrimoni separati, in sostituzione di quelli tradizionali in materia di responsabilità patrimoniale del debitore.

2.- Il fondo patrimoniale.

Il fondo patrimoniale rappresenta uno dei primi strumenti che hanno contribuito a dare attuazione al fenomeno della specializzazione della responsabilità patrimoniale del debitore.³⁵⁶

Introdotta dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, essa ha sostituito l'abrogato istituto del patrimonio familiare, diventando così l'unico

³⁵⁶ Tra i principali contributi di carattere generale in materia v.: CARRESI F., *Commento sub artt. 167-171*, in *Comm. dir. fam.*, a cura di Carraro - Oppo - Trabucchi - Vol. I., Cedam, Padova, 1977, 344 ss.; DE PAOLA V. - MACRÌ A., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Giuffré, Milano, 1978, 229 ss.; FRAGALI M., *La comunione - Appendice di aggiornamento*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu - Messineo, Giuffré, Milano, 1977, 29 ss.; CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. it., App.*, Vol. III, 1982, Utet, Torino, 1982, 826 ss.; CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu - Messineo, Vol. VI, II, Giuffré, Milano, 1984, 83 ss.; GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXII, Giuffré, Milano, 1982, 293 ss.; SANTOSUOSSO F., *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, Vol. I, Utet, Torino, 1983, 120 ss.; GALLETTA F., *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Jovene, Napoli, 1990, 130 ss.; AULETTA T., *Il fondo patrimoniale. Artt. 167-171*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di Schlesinger, Giuffré, Milano, 1992; GRASSO V., *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Vol. III., Utet, Torino, 1996, 420 ss.; GABRIELLI G. - CUBEDDU M. G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Giuffré, Milano, 1997, 265 ss.; MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, *La famiglia*, II, Utet, Torino, 2000, 349 ss.; DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, Vol. III., Giuffré, Milano, 2002, 21 ss.; QUADRI R., voce *Fondo patrimoniale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XVI, Roma, 2008, pp. 1-11; FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Della Famiglia*, I, a cura di Balestra, Utet, Torino, 2010, 1043 ss.; VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, Vol. II, Zanichelli, Bologna, 2011, 716 ss.; DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto a Bessone M., Vol. III, Giappichelli, Torino, 2011, 176 ss.; BIANCA M., *Commento sub artt. 167-161*, in *Comm. breve al dir. della fam.*, a cura di Zaccaria, Cedam, Padova., 2011, 537 ss.; CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, Vol. III, 2012, 679 ss.

strumento del nostro ordinamento deputato a vincolare determinati beni nell'interesse della famiglia.³⁵⁷

Tale istituto permette, infatti, all'autonomia privata di destinare un certo nucleo di beni al soddisfacimento delle esigenze familiari, creando una «porzione di ricchezza separata, protetta rispetto alla generalità delle pretese creditorie».³⁵⁸

Preliminarmente deve osservarsi che il fondo patrimoniale è un regime integrativo, che si collega necessariamente a quello generale di comunione o di separazione scelto dai coniugi.³⁵⁹

³⁵⁷ Il patrimonio familiare rappresenta l'antecedente del fondo patrimoniale. Tra i due istituti vi è un'indubbia continuità funzionale poiché sono entrambi patrimoni separati destinati a far fronte ai bisogni della famiglia. Tuttavia, al di là della comune finalità, essi presentano significative divergenze: sotto il profilo della costituzione, che nel patrimonio familiare dipendeva dalla decisione unilaterale del coniuge autore dei conferimenti, al quale spettava di regola anche l'amministrazione dei beni vincolati; dell'oggetto, poiché potevano far parte del patrimonio familiare solo beni immobili o titoli di credito; nonché del regime di espropriabilità dei beni vincolati, poiché i beni costituiti in patrimonio familiare godevano di un regime di totale inespropriabilità e i creditori della famiglia potevano soddisfarsi solo sui loro frutti. In ragione dell'ultrattività prevista dalla disciplina transitoria, la normativa del patrimonio familiare è sopravvissuta per i patrimoni costituiti anteriormente alla riforma. Infine, giova rammentare che è stata pacificamente ammessa la possibilità che un patrimonio familiare sia trasformato in fondo patrimoniale. Per tutti questi aspetti si rinvia a: AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 15 ss.; GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 294 ss.; MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 350 ss.; DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 176; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Utet, Torino, 2009, spec. pag. 148 ss.

³⁵⁸ FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171 c.c.*, op. cit., 1044.

³⁵⁹ V. CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 94, che ha definito il fondo patrimoniale «un regime particolare». DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, op. cit., 22 ss.; QUADRI R., *Fondo patrimoniale*, op. cit., 1, che ha parlato di regime «accessorio ed eventuale» Dello stesso autore v. anche *La destinazione patrimoniale*, Jovene, Napoli, 2004, 203; VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 716 ss. MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 362; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 161 ss.; AULETTA T., *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 326 ss., secondo cui costituisce un regime patrimoniale «l'insieme delle regole che disciplinano l'acquisto, l'appartenenza e la gestione dei beni spettanti ai coniugi» e dunque anche il fondo patrimoniale. V. anche LENZI R., *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 1991, 54 ss. (spec. 57), il quale, sulla base del presupposto che per regime patrimoniale si intende «il complesso di norme programmatiche che regolano il comportamento dei coniugi sotto l'aspetto patrimoniale» ha affermato che non è possibile negare tale carattere al fondo, sottolineando, per altro, che mentre gli altri regimi hanno portata generale, investendo la totalità dei rapporti patrimoniali, il fondo costituisce un regime a portata «oggettivamente limitata e rigida». Conforme anche DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 22 ss.; CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 687. *Contra* la configurabilità del fondo patrimoniale quale regime patrimoniale RUSSO E., *L'autonomia privata nella stipulazione delle*

Si tratta di uno strumento di cui può avvalersi solamente la famiglia «coniugata e nucleare», con esclusione, dunque, dei conviventi *more uxorio*.³⁶⁰

Secondo il dettato dell'art. 167 c.c., oggetto del fondo patrimoniale possono essere i beni immobili, i beni mobili registrati, nonché i titoli di credito.³⁶¹

La dottrina maggioritaria ritiene possibile che siano conferiti nel fondo anche diritti reali diversi dalla proprietà, quali l'usufrutto, la superficie e l'enfiteusi, con esclusione dei diritti di uso e abitazione.³⁶²

convenzioni matrimoniali, in *Vita not.*, 1982, 488 ss.; GALLETTA F., *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, op. cit., 120; PATTI F., *Fondo patrimoniale e strumenti di protezione del patrimonio*, in *Vita notarile*, 2012, 395 ss.

³⁶⁰ QUADRI R., *Fondo patrimoniale*, op. cit., 3, il quale ha precisato che per «famiglia nucleare» si intende quella comprensiva dei soggetti al cui mantenimento la coppia è obbligata: «coniugi, figli legittimi, adottivi, nonché i minori in affidamento temporaneo». GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 299; DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, op. cit., 26 ss.; FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171 c.c.*, op. cit., 1048. VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 716. Più delicata è la possibilità di considerare beneficiari del fondo patrimoniale anche i figli di uno solo dei coniugi nati fuori del matrimonio che siano stabilmente inseriti nella famiglia coniugale del genitore. In senso favorevole v.: AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 31 e *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, op. cit., 331; DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, op. cit., 26 ss.; QUADRI R., *Fondo patrimoniale*, op. cit., 3. Sembra che la soluzione positiva a tale quesito si imponga anche alla luce della recente riforma della filiazione, tesa alla parificazione di tutti i figli. In proposito v. BIANCA C.M., *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Giust. civ.*, 2013, 439; PORCELLI M., *Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli*, *Dir. Fam. e Pers.*, 2013, 654 ss.

³⁶¹ Poiché i beni e i diritti idonei a costituire oggetto del fondo sono quelli funzionali al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, la dottrina si è chiesta se siano suscettibili di farne parte anche i beni e i diritti infruttiferi. Tendenzialmente a tale interrogativo si è data risposta positiva, osservando che i beni predetti possono essere utilizzati direttamente dalla famiglia o eventualmente alienati, sicché il ricavato può ben essere impiegato a vantaggio della stessa. Sul punto v. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 107; MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 357. Per un'attenta analisi circa i beni conferibili nel fondo patrimoniale si rinvia a DOMENICI L., *Il fondo patrimoniale: negozio di protezione dei beni familiari*, in *Notariato*, 2011, 549 ss.

³⁶² Per un approfondimento sul punto si rinvia a CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, op. cit., 832; GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 313. V. ancora DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, op. cit., 86 ss.; VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 726, che hanno negato la possibilità di costituire nel fondo patrimoniale i diritto di uso e abitazione in ragione della loro impignorabilità. Tendenzialmente la dottrina ammette anche che possano essere oggetto del fondo anche diritti di natura obbligatoria, come quelli nascenti ad esempio da un contratto di locazione ultranovennale. In proposito v. MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 359; AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 182. Con riferimento ai beni suscettibili di essere conferiti nel fondo deve ancora osservarsi che, posto che l'art. 167 c.c. fa riferimento a «determinati beni», non possono essere costituite nel fondo le *universitates*, come ad esempio

Secondo quanto previsto dall'art. 167 c.c. il fondo patrimoniale può essere costituito per atto pubblico dai coniugi, congiuntamente o da parte di uno solo di essi, oppure da un terzo e in quest'ultima ipotesi anche mediante atto *mortis causa*.³⁶³

Quando la costituzione del fondo avviene per atto tra vivi ad opera del terzo, l'art. 167, secondo comma, c.c. richiede ai fini del suo perfezionamento l'accettazione da parte di entrambi i coniugi.³⁶⁴

In realtà, l'accettazione del coniuge non costituente appare necessaria anche quando a provvedere alla costituzione del fondo sia soltanto uno di essi.

Ciò non solo perché si verifica un'ingerenza nella sfera giuridica del coniuge non costituente,³⁶⁵ ma soprattutto perché la costituzione del fondo

l'azienda, mentre possono esserlo i singoli beni aziendali che soddisfino i requisiti richiesti da tale disposizione. Al riguardo v. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 107; CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 86. Per gli ulteriori aspetti problematici circa le tipologie di beni che possono essere oggetto del fondo e per quelle legate nello specifico ai titoli di credito si rinvia a: QUADRI R., voce *Fondo patrimoniale*, op. cit., 5; DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 180 ss.; FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171 c.c.*, op. cit., 1060 s.

³⁶³ GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 298. V. anche CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, op. cit., 830, i quali hanno chiarito che la disposizione *mortis causa* costitutiva del fondo patrimoniale deve consistere necessariamente in un legato o in un'istituzione di erede *ex re certa*, posto che in esso possono essere costituiti solo beni determinati. Sul punto v. anche DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 178; MAGGIOLIO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 365

³⁶⁴ AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 28 s. In dottrina non è mancato anche chi ha interpretato l'art. 167, comma 2, c.c. in senso restrittivo, escludendo la necessità del consenso di entrambi i coniugi nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo del fondo non trasferisca loro la proprietà dei beni GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 312; CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 91.

³⁶⁵ V. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 43 ss., il quale ha affermato la necessità dell'accettazione del coniuge non costituente sottolineando che l'ordinamento tutela l'interesse dei terzi a non subire ingerenze di alcun tipo nella propria sfera giuridica e che la costituzione del fondo patrimoniale non è fonte solamente di vantaggi ma anche di ulteriori obblighi connessi all'esistenza del fondo. Secondo l'autore l'atto costitutivo del fondo *inter vivos* è sempre un negozio bilaterale. Interessanti sono anche gli spunti offerti da VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 720 ss., secondo cui deve concludersi per la struttura necessariamente bilaterale dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale poiché, quand'anche non si produca alcun effetto traslativo in capo al coniuge non costituente, egli assume obblighi di amministrazione ai quali può difficilmente sottrarsi (salvo l'eventuale deroga alle regole sull'amministrazione). Nello stesso senso v. inoltre DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 180. V. anche CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, op. cit., 831, i quali escludono la possibilità della costituzione unilaterale del fondo patrimoniale ad opera di uno solo dei coniugi sulla base del presupposto che essa «incide sulle modalità di contribuzione al sostentamento degli oneri familiari, e che dette modalità ai sensi

rientra nel novero delle convenzioni matrimoniali e come tale richiede sempre l'accettazione di entrambi i coniugi.³⁶⁶

Caratteristica fondamentale del fondo patrimoniale è proprio la sua natura di convenzione matrimoniale.

Non è questa la sede per addentrarsi nell'annoso dibattito sviluppatosi al riguardo in dottrina.³⁶⁷

dell'art. 144 c.c., debbono essere decise di comune accordo da parte di entrambi i coniugi». *Contra* CARRESI F., *Commento sub artt. 167-171*, op. cit., 345, secondo cui il consenso del coniuge non costituente non sarebbe affatto necessario, essendo per costui la costituzione del fondo sempre vantaggiosa. SANTOSUOSSO F., *Delle persone e della famiglia...*, op. cit., 124; FRAGALI M., *La comunione*, op. cit., 29. V. anche la dettagliata analisi di FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, op. cit., 1054 ss. Peculiare è l'impostazione di LENZI R., *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, op. cit., 63 ss. (v. spec. 76), secondo cui la costituzione del fondo patrimoniale da parte di uno solo dei coniugi deve essere ricondotta alla fattispecie di cui all'art. 1333 c.c., sicché non sarebbe affatto necessaria l'accettazione dell'altro coniuge, al quale deve riconoscersi invece il potere di rifiuto.

³⁶⁶ MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 363; GALLETTA F., *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, op. cit., 125; GRASSO V., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 422; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 162 ss.; QUADRI R., *Fondo patrimoniale*, op. cit., 3 ss., il quale ha precisato che la natura di convenzione matrimoniale dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale impone la forma dell'atto pubblico e la presenza di due testimoni (art. 48 l. not.), salva l'ipotesi della costituzione per testamento. V. anche PATTI F., *Fondo patrimoniale e strumenti di protezione del patrimonio*, op. cit., 389 s.

³⁶⁷ Hanno riconosciuto la natura di convenzione matrimoniale del fondo patrimoniale a prescindere dal fatto che costituenti siano i coniugi oppure un terzo: AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 125 ss. e dello stesso autore v. anche *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, op. cit., 328, dove egli ha affermato che devono annoverarsi fra le convenzioni matrimoniali «tutti gli accordi volti a sottoporre i beni appartenenti ai coniugi a un regime diverso da quello al quale sarebbero altrimenti sottoposti». MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 362: «se una convenzione matrimoniale si contraddistingue per essere l'atto negoziale che sottopone tutti o alcuni beni della famiglia a un regime diverso rispetto a quello della comunione legale, l'atto di destinazione a fondo patrimoniale, quando sia compiuto tra vivi, rientra nella categoria». V. anche DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, op. cit., 63; SANTOSUOSSO F., *Delle persone e della famiglia...*, op. cit., 250. Altra parte della dottrina ha manifestato numerose perplessità in ordine alla possibilità di inquadrare il fondo patrimoniale tra le convenzioni matrimoniali, v. CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 89 ss. Ha ritenuto di dover operare una distinzione a seconda della modalità di costituzione del fondo GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 311 s., secondo cui il negozio costitutivo del fondo patrimoniale ha necessariamente natura di convenzione matrimoniale se esso è concluso dai coniugi e ha ad oggetto beni appartenenti ad entrambi in comunione legale, in quanto altera il regime patrimoniale legale. Diversamente, egli dubita della natura di convenzione matrimoniale del fondo in tutti gli altri casi di costituzione *inter vivos*, dal momento che «con tali atti non si dà vita ad un vero e proprio regime patrimoniale, in sostituzione a quello legale, ma ci si limita a porre in una condizione giuridica particolare determinati beni». È interessante osservare che, nonostante tale conclusione, Gabrielli (v. pag. 314) con riferimento alla pubblicità del fondo patrimoniale ha ritenuto in ogni caso necessaria, anche in nelle ipotesi in cui a suo dire il fondo non è una convenzione matrimoniale, l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, ritenendo di dover operare un'interpretazione

Preme, invece, sottolineare tale particolarità poiché essa determina conseguenze peculiari sotto il profilo dell'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione.

La giurisprudenza ha in più occasioni ribadito che la costituzione del fondo patrimoniale «è soggetta alle disposizioni dell'art. 162 c.c. circa le forme delle convenzioni medesime, ivi incluso il comma 3 che ne condiziona l'opponibilità ai terzi all'annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio».³⁶⁸

Il fondo patrimoniale è soggetto, in realtà, ad un doppio regime di pubblicità, poiché gli articoli 2647 e 2685 c.c. ne prevedono la trascrivibilità.³⁶⁹

Evidentemente si pone un problema di coordinamento tra le diverse forme di pubblicità al fine di stabilire quale tra esse produca l'effetto di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione.³⁷⁰

La giurisprudenza prevalente è orientata nel senso che l'opponibilità del fondo patrimoniale è determinata esclusivamente dall'annotazione a margine

estensiva dell'art. 162 c.c., «nel senso di ricomprendervi qualsiasi negozio che ponga beni appartenenti a persone coniugate in una condizione giuridica diversa da quella propria di un regime patrimoniale legale».

³⁶⁸ Cass. civ., Sez. un., 13.10.2009, n. 21658, in *Giust. civ.*, 2010, I, 296 ss. Prima delle Sezioni unite si erano già espresse in questo senso: Cass. civ., 25.3.2009, 7210, in *Dir. fam.*, 2010, 62 ss.; Cass. civ., 16.11.1997, 23745, in *Vita notarile*, 2008, 242 ss.; Cass., civ., 5.4.2007, n. 8610, in *Giust. civ.*, 2008, 2557 ss.; Cass. civ., 19.11.1999, n. 12864, in *Vita notarile*, 1999, 1434 ss., con nota di Triola; Cass. civ., 27.11.1987, n. 8824, in *Riv. not.*, 1988, 719 ss. Tale principio è stato riaffermato unanimemente anche dalla giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni unite. V. *ex multis*: Cass. civ., 12.12.2013, n. 27854, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 1168 ss., con nota di Achille; Cass. civ., 23.9.2013, n.21725, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 1111 ss., con nota di Greco; Cass. civ., 24.01.2012, 933, in *www.iusexplorer.it*.

³⁶⁹ Deve precisarsi, inoltre, che nel caso in cui al sorgere del vincolo di destinazione si affianchi anche una vicenda traslativa che comporta l'attribuzione di diritti reali, si renderà necessaria anche la trascrizione di cui all'art. 2643 c.c. per i beni immobili o 2684 c.c. se si tratta di beni mobili registrati.

³⁷⁰ Per un'analisi delle problematiche legate al regime di pubblicità del fondo patrimoniale v: CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 754; MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 371 ss.; PATTI F., *Fondo patrimoniale e strumenti di protezione del patrimonio - Aspetti di interesse notarile*, op. cit., 395 ss.; LAGHI P., *Il fondo patrimoniale: note critiche sul doppio regime di pubblicità e coordinamento con la disciplina del fallimento alla luce delle recenti pronunce della suprema corte*, in *Le Corti calabresi*, 2010, 677 ss.

dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione avrebbe soltanto la funzione di pubblicità notizia.³⁷¹

La dottrina non ha mancato di rilevare, per altro, la discutibile idoneità della annotazione a margine dell'atto di matrimonio ad essere uno strumento di adeguata pubblicità del fondo patrimoniale.³⁷²

Inoltre, è stato giustamente osservato che entrambe le forme di pubblicità dovrebbero ritenersi essenziali ai fini dell'opponibilità del fondo ai terzi, poiché ciascuna ha una sua specifica funzione: l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio servirebbe per opporre la convenzione matrimoniale in sé, mentre la trascrizione sarebbe necessaria al fine di rendere opponibile il vincolo di destinazione esistente sui singoli beni.³⁷³

³⁷¹ Cass. civ., Sez. un., 13.10.2009, n. 21658, cit., «la trascrizione del vincolo per gli immobili, ai sensi dell'art. 2647 c.c., resta degradata a mera pubblicità-notizia (inidonea ad assicurare detta opponibilità) e non sopperisce al difetto di annotazione nei registri dello stato civile, che non ammette deroghe o equipollenti, restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti della costituzione del fondo. Ne consegue che, in mancanza di annotazione del fondo patrimoniale a margine dell'atto di matrimonio, il fondo medesimo non è opponibile ai creditori che – come appunto nella specie – abbiano iscritto ipoteca sui beni del fondo essendo irrilevante la trascrizione del fondo nei registri della conservatoria dei beni immobili». V. anche Corte Cost., 6.4.1995, n. 111, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1420 ss., che ha giudicato infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 162 comma ultimo, 2647 e 2915 c.c. nella parte in cui non prevedono che, per i fondi patrimoniali costituiti a mezzo di convenzione matrimoniale su beni immobili, l'opponibilità ai terzi sia determinata dalla trascrizione dell'atto sui registri immobiliari. Tra le numerose decisioni dei giudici di merito v. Trib. Roma, 29.5.2007, in *Giur. merito*, 2008, 130 ss.; Trib. Napoli, 17.2.1982, in *Vita notarile*, 1982, 1275 ss. In dottrina v. in questo senso GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 314 s.; CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, op. cit., 832. *Contra* OBERTO G., *Pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 256 ss.

³⁷² Tra le varie ragioni addotte è stata evidenziata la non immediata accessibilità dei registri dello stato civile. V. PATTI F., *Fondo patrimoniale e strumenti di protezione del patrimonio*, op. cit., 398 ss.; LAGHI P., *Il fondo patrimoniale: note critiche sul doppio regime di pubblicità e coordinamento con la disciplina del fallimento alla luce delle recenti pronunce della suprema corte*, op. cit., 685; CIAN G., *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia. Una revisione che si impone*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 33 ss.

³⁷³ AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 139-160; CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 756, secondo cui è l'intero sistema degli art. 162, ultimo comma c.c., 163, comma 3, c.c., 2647 e 2685 c.c. che induce ad affermare che rispetto al singolo bene l'opponibilità del vincolo è affidata alla trascrizione. «In particolare porta a tale conclusione l'art. 2685, ultimo comma, c.c., che attribuendo genericamente alle trascrizioni in esso previste, gli effetti stabiliti per gli immobili, pare riferirsi ad una funzione dichiarativa». PATTI F., *Fondo patrimoniale e strumenti di protezione del patrimonio*, op. cit., 400; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 447 ss.

Una maggiore valorizzazione della trascrizione del vincolo ai fini della sua opponibilità sembra opportuna anche in vista di un'armonizzazione con le altre ipotesi tipizzate comportanti la separazione patrimoniale, ovvero l'atto di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c., nonché i patrimoni destinati ad uno specifico affare.³⁷⁴

Prima di analizzare in che modo il fondo patrimoniale realizzi una deviazione rispetto ai principi cardine della responsabilità patrimoniale del debitore di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., occorre premettere come la sua costituzione non sia accompagnata necessariamente da alcun effetto traslativo.

Ciò è evidente nell'ipotesi in cui il fondo sia costituito dai coniugi mediante beni appartenenti ad entrambi, essendo in questo caso l'atto costitutivo funzionale solo alla nascita del vincolo di destinazione.³⁷⁵

Ad analogo risultato sembra potersi pervenire, però, anche quando il costituente sia uno soltanto dei coniugi ed egli riservi a sé la proprietà dei beni che intende conferire nel fondo.³⁷⁶

³⁷⁴ In proposito v. le interessanti indicazioni di DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 449, secondo cui «se proprio si voleva un'espressa menzione della natura dichiarativa e cioè della opponibilità espressamente contemplata, presupposto per l'impianto della tesi che assegna il mero effetto di pubblicità – notizia alla trascrizione del fondo, oggi tale presupposto è venuto meno. L'art. 2645 *ter* c.c., riferendosi ai patrimoni di destinazione – nei quali sicuramente e fuori ogni dubbio rientra il fondo patrimoniale – in termini di opponibilità ha definitivamente avallato le tesi della dottrina che ha sostenuto tale effetto della trascrizione».

³⁷⁵ GABRIELLI G. - CUBEDDU M. G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, op. cit., 267. V. l'interessante ricostruzione di LENZI R., *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, op. cit., 82, secondo cui nel caso di costituzione in fondo patrimoniale di beni già appartenenti ai coniugi in comunione si verificherebbe un effetto attributivo in questi termini: «esso, infatti, inteso in senso giuridico e non economico, deve ravvisarsi a favore del patrimonio separato che viene a crearsi (...) Si ha quindi un passaggio, un'attribuzione, in senso meramente giuridico e senza un mutamento di titolarità, dal patrimonio dei coniugi non assoggettato a vincolo a quello, sempre dei coniugi, vincolato». CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 684, la quale ha messo in evidenza che «il vincolo di destinazione è il vero elemento caratterizzante indefettibilmente il fondo patrimoniale», poiché la costituzione del fondo patrimoniale può non accompagnarsi ad un effetto traslativo, ma ad essa consegue necessariamente l'imposizione del vincolo di destinazione, che costituisce «la giustificazione causale dell'istituto». Con riferimento risvolti fiscali dell'ipotesi in cui la costituzione del fondo non determina effetti traslativi v. DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 185.

³⁷⁶ Tale impostazione è propria solo di una parte minoritaria della dottrina: CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, op. cit., 834, secondo cui quando il coniuge costituente si riserva la proprietà dei beni conferiti in fondo «non muterà alcunché per quanto riguarda la situazione relativa alla titolarità e al godimento del bene, provocando

L'atto costitutivo del fondo patrimoniale con espressa riserva di proprietà da parte del coniuge costituente, infatti, «muta il regime giuridico del bene senza comportare di per sé alcuna attribuzione patrimoniale ad altri».³⁷⁷

Nell'ipotesi appena descritta la costituzione del fondo patrimoniale determina semplicemente la “funzionalizzazione” del diritto di proprietà dei beni in esso conferiti al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, nonché l'istituzione del coniuge non proprietario quale coamministratore *ex art.* 168, comma 5, c.c.³⁷⁸

Certamente il sorgere del vincolo di destinazione sui beni conferiti nel fondo si accompagna, invece, all'effetto traslativo quando la costituzione del medesimo viene effettuata da un terzo.³⁷⁹

soltanto il sorgere dei limiti di alienabilità e inespropriabilità di cui agli artt. 169 e 170 c.c., nonché il venire in essere per l'altro coniuge del potere di coamministrare». Nello stesso senso v. anche da DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 253 ss.; DE MARCHI P.G., *Fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Giuffré, Milano, 2005, 190. La dottrina maggioritaria ha ritenuto, invece, che nell'ipotesi descritta alla costituzione del fondo si accompagnerebbe comunque un effetto traslativo, poiché verrebbe in esso conferito un diritto reale di godimento. Secondo taluni esso sarebbe assimilabile all'usufrutto. Così CARRESI F., *Commento sub artt. 167-171*, op. cit., 351 ss.; GRASSO V., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 425. Secondo altri tale diritto sarebbe assimilabile piuttosto all'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli *ex art.* 324 c.c. V. GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 297; GABRIELLI G. - CUBEDDU M. G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, op. cit., 266 ss.; FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171 c.c.*, op. cit., 1058.

³⁷⁷ Cass. civ., 6.6.2002, n. 8162, in *Foro it.* 2003, I, 901. Nello stesso senso v. anche Cass. civ., 29.11.2000, n. 15297, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 2461. V. anche Cass. civ., 8.9.2004, n.18065, in *Giust. civ.*, 2005, I, 997 ss.; Comm. Trib. Udine, 21.11.1991, in *Vita Notarile*, 1992, 320 ss.

³⁷⁸ Si ritiene pienamente condivisibile l'impostazione suggerita da DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 260, tesa a valorizzare la funzione destinataria del fondo patrimoniale, piuttosto che quella traslativa. Ha riconosciuto che, in caso di espressa riserva della proprietà a sé da parte del coniuge costituente, la costituzione del fondo patrimoniale non configura atto traslativo del patrimonio anche AMENDOLAGINE V., *Il fondo patrimoniale della famiglia nella giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2011, 921 ss. Con riferimento alla “funzionalizzazione” del diritto di proprietà dei beni in fondo v. OPPO G., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, in *Scritti giuridici. Persone e famiglia*, Vol. V, Cedam, Padova, 1992, 317 ss., che ha utilizzato l'espressione «proprietà modificata». In termini analoghi v. QUADRI R., voce *Fondo patrimoniale*, op. cit., 3.

³⁷⁹ È inoltre possibile che il terzo costituente attribuisca la proprietà dei beni che intende conferire nel fondo a uno soltanto dei coniugi. In questo caso l'atto costitutivo determina sia l'effetto traslativo del diritto di proprietà sui beni conferiti, sia la nascita di un vincolo di destinazione sui medesimi, con la particolarità che proprietario di essi è uno solo dei coniugi, mentre l'altro sarà un semplice coamministratore ai sensi dell'art. 168, comma 5, c.c. Sul punto v. CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, op. cit.,

Tuttavia, nell'ipotesi in cui il terzo anziché conferire nel fondo il diritto di proprietà dei beni che intende sottoporre al vincolo di destinazione riservi a sé la nuda proprietà dei medesimi, così come consentito dall'art. 168 c.c., non si verificherà alcun effetto propriamente traslativo, bensì derivativo-costitutivo di un diritto reale di godimento in favore dei coniugi.³⁸⁰

Nel caso in cui il terzo costituente riservi a sé la proprietà dei beni conferiti senza specificare quale sia il diritto reale di godimento attribuito ai coniugi, sembra dover essere accolta la soluzione proposta da chi ha sostenuto che oggetto del fondo sarà un diritto reale di godimento *sui generis* «che inerisce i beni e li affetta con efficacia assoluta, rendendo le finalità a cui i beni sono destinati opponibili ai terzi».³⁸¹

Il fondamento normativo della separazione patrimoniale originata dal fondo si rinviene nell'art. 170 c.c., nonché nell'art. 46 della legge fallimentare.

Il fondo patrimoniale costituisce un patrimonio separato privo di soggettività giuridica.³⁸²

833 ss.; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 251 ss. Hanno ritenuto, invece, che qualora la proprietà sia attribuita ad un solo coniuge l'altro sia titolare di un diritto di godimento: GRASSO V., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 393; DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 184; LENZI R., *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, op. cit., 83, secondo cui si configura una duplice attribuzione: «del diritto di proprietà ad uno solo dei coniugi e del godimento ad entrambi. Solo quest'ultimo diritto è assoggettato al vincolo di destinazione e di esso sono titolari entrambi i coniugi».

³⁸⁰ L'esigenza di tutelare la libertà dei coniugi nelle scelte inerenti allo svolgimento della vita familiare ha portato la dottrina ad escludere che quando il fondo viene costituito da un terzo si possa prescindere dal trasferimento della proprietà o di altro diritto reale minore. Così DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 258 ss.; DE MARCHI P.G., *Fondo patrimoniale*, op. cit., 193. V. anche gli interessanti spunti offerti da GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 295, secondo cui la destinazione familiare del fondo può attuarsi «in due forme di diversa intensità. (...) in modo più pieno, quando i coniugi siano anche proprietari; in forma evidentemente più ridotta, quando occorra rispettare la nuda proprietà di un altro soggetto».

³⁸¹ V. CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 718, la quale ha precisato non solo che tale diritto non può essere ricondotto ad alcuno dei diritti reali di godimento tradizionali, ma anche che a tale conclusione non osta il principio del numero chiuso dei diritti reali, perché si tratta di un diritto creato dalla legge. V. anche LENZI R., *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, op. cit., 77, il quale ha messo in luce che «oggetto dell'attribuzione non è un diritto reale con separata, seppur connessa, assunzione di un obbligo da parte dei coniugi, bensì un diritto in sé già caratterizzato da un vincolo di destinazione, vincolo che quindi inerisce e determina il contenuto del diritto oggetto dell'attribuzione».

³⁸² Tale conclusione è prospettata dalla dottrina maggioritaria. V. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 23 ss., secondo cui nel fondo patrimoniale «non si riscontra

Pertanto, come è stato correttamente sottolineato, l'utilizzo di espressioni quali "beni del fondo" non deve ingenerare l'errata convinzione che esso rappresenti un autonomo centro di imputazione di diritti e obblighi, i quali devono essere piuttosto riferiti direttamente ai coniugi.³⁸³

Si tratta ora di capire quali siano le caratteristiche della separazione patrimoniale originata dal fondo.

Sotto questo profilo, il cuore della fattispecie in esame si rinviene nell'art. 170 c.c., secondo cui «l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia».³⁸⁴

un'organizzazione autonoma analoga a quella che caratterizza i centri di imputazione di effetti giuridici a cui l'ordinamento riconosce una propria soggettività (anche se non personalità giuridica). Non c'è inoltre una volontà del gruppo che possa distinguersi da quella dei coniugi». V. anche CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 88; SANTOSUOSSO F., *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 120; BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 48; MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 382; CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 684; DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 575; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 155 ss. *Contra* DE PAOLA V. - MACRÌ A., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 230. V. LENZI R., *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, op. cit., 54, nota 3, secondo cui sebbene il fondo patrimoniale non ha una sua personalità giuridica, esso costituisce un patrimonio autonomo di destinazione nel senso che titolari dei beni sono sempre entrambi i coniugi, richiamando a sostegno della propria posizione la distinzione tra patrimonio autonomo e separato prospettata da SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit., 83 ss., secondo cui si ha patrimonio autonomo quando esso fa capo ad una pluralità di soggetti; patrimonio separato quando esso fa capo ad un solo soggetto. Si ritiene di non poter accogliere tale impostazione, poiché la caratteristica dei patrimoni autonomi è sì quella di far capo ad una pluralità di soggetti, ma per mezzo un gruppo organizzato, tanto è vero che lo stesso Santoro Passarelli riteneva che il patrimonio familiare costituisse un patrimonio separato. In questo senso v. DURANTE V., voce *Patrimonio (dir. civ.)*, op. cit., 5. In giurisprudenza, Cass. civ., 6.6.2002, n. 8162 cit. ha espressamente affermato che: «diversamente dal patrimonio autonomo, non viene quindi creato nessun nuovo soggetto giuridico dotato di autonomia patrimoniale (perfetta o imperfetta che sia) cui rivolgere la prestazione del debitore». Inoltre, anche nelle decisioni in cui tale profilo non è stato direttamente affrontato, può osservarsi che la giurisprudenza utilizza esclusivamente l'espressione patrimonio separato. V. *ex multis*: Cass. civ., 18.10.2011, 21494, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1541 ss.; Cass. civ., 22.1.2011, 1112, in *Giust. civ.*, 1064 ss.; Cass. civ., 20.6.2000, 8379, in *Fam. e dir.*, 2000, 625.

³⁸³ AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 25, secondo cui l'utilizzo di una simile espressione, come anche quella "responsabilità del fondo" è fatto solo per comodità di linguaggio, al fine di individuare i beni appartenenti ai coniugi ma sottoposti ad una particolare limitazione e disciplina rispetto agli altri.

³⁸⁴ Parte della dottrina ha criticato la formulazione dell'art. 170 c.c., in quanto consente a certe condizioni l'esecuzione sui beni in fondo, mentre quella precedentemente dettata per il patrimonio familiare garantiva un regime di totale inespropriabilità del medesimo

Alla luce di tale disposizione possono individuarsi tre distinte categorie di crediti: quelli contratti per soddisfare i bisogni della famiglia, quelli assunti per esigenze ad essi estranee e di cui il creditore ignorava l'estraneità e, infine, quelli contratti per esigenze estranee ai bisogni familiari e che il creditore sapeva essere tali.³⁸⁵

I creditori ammessi a soddisfarsi sul fondo patrimoniale sono solamente quelli appartenenti alle prime due categorie, mentre agli altri è precluso agire esecutivamente sul medesimo.

Il fondo patrimoniale dà origine ad una separazione di tipo unilaterale. Di conseguenza per i creditori legittimati ad aggredirlo esso rappresenta una forma di garanzia aggiuntiva e non già esclusiva.³⁸⁶

Delle obbligazioni contratte per i bisogni della famiglia rispondono certamente anche i beni oggetto della comunione eventualmente esistente tra i coniugi e del loro patrimonio personale.

Con riferimento alle obbligazioni assunte per esigenze estranee ai bisogni della famiglia e che il creditore ignorava essere tali è necessario, invece, operare una distinzione.

Nell'ipotesi in cui l'obbligazione sia stata assunta da entrambi risponderà anche il patrimonio rappresentato dalla comunione legale, nonché quello personale di ciascuno. Se invece si tratta di debiti contratti da un solo

e i creditori della famiglia potevano soddisfarsi solo sui frutti dei beni medesimi. V. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 295; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op.cit., 208.

³⁸⁵ Tale distinzione è prospettata dalla gran parte della dottrina che si è occupata del fondo patrimoniale. V. *ex multis*: AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 312 ss.; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 213 ss.; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 501 ss. Per le questioni relative al rapporto tra fondo patrimoniale e creditori v. anche BELLOMIA V., *Fondo patrimoniale e creditori: un rapporto equilibrato*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 668 ss.; AMENDOLAGINE V., *Il fondo patrimoniale della famiglia nella giurisprudenza*, op. cit., 921 ss.; PARTISANI R., *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, in *Resp. civ.*, 2005, 42 ss.

³⁸⁶ DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 501, il quale ha rilevato che ai creditori appartenenti alle prime due categorie «è riservata una doppia garanzia, quella della priorità del loro credito rispetto a quello dei creditori estranei allo scopo, nonché quella di potersi soddisfare in caso di incapacienza del fondo, sui beni del coniuge contraente, secondo le normali regola di responsabilità patrimoniale». *Contra* il carattere unilaterale della separazione v. BIANCA C.M., *Diritto Civile. La famiglia*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2014, 145 ss., il quale ha ritenuto che, conformemente alle regole in tema di comunione legale, i beni del fondo rispondono in via sussidiaria anche per le obbligazioni personali di uno dei coniugi.

coniuge certamente risponderà anche il suo patrimonio, mentre con riferimento alla comunione varranno i limiti di cui all'art. 189 c.c.³⁸⁷

Nonostante il silenzio del legislatore, è da più parti riconosciuta l'operatività del c.d. *beneficium excussionis*, sicché i creditori legittimati ad aggredire il fondo dovranno rivalersi anzitutto sul medesimo e solo in seguito sui beni personali dei coniugi, nonché sulla comunione legale nei casi ed entro i limiti in cui si è detto essere consentita l'esecuzione su di essa.³⁸⁸

Si ritiene di aderire a tale soluzione poiché essa si inserisce perfettamente nella logica dei patrimoni separati, che è quella di creare una "ramificazione" del patrimonio del debitore.³⁸⁹

Un problema piuttosto delicato, lasciato irrisolto dal legislatore, attiene alla possibilità per i creditori del fondo di aggredirlo per intero quando ad assumere l'obbligazione sia stato uno solo dei coniugi.

La soluzione preferibile sembra essere quella che tiene conto della duplice funzione del fondo patrimoniale, e cioè quella di incentivare l'erogazione del credito per i bisogni della famiglia e, nel contempo, quella protettiva contro l'uso distorto dei beni a ciò finalizzati.³⁹⁰

³⁸⁷ Per tutti questi aspetti si rinvia a AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 319 ss.; DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, op. cit., 114 ss.; VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 475 ss.

³⁸⁸ In questo senso v. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 321 ss., secondo il quale con riferimento al fondo patrimoniale è possibile rinvenire la medesima *ratio* di cui all'art. 190 c.c. che prevede il *beneficium excussionis* nei confronti dei creditori della comunione legale. «Il *beneficium excussionis* previsto per i beni comuni è volto a tutelare l'interesse dei coniugi a non subire un depauperamento del patrimonio personale ove sussistano ancora beni comuni da eseguire. Vengono tutelate, nel contempo, le ragioni dei creditori personali dei coniugi i quali, altrimenti, si troverebbero a concorrere, sul patrimonio del loro debitore, con i creditori della comunione, quantunque, questi possano trovare soddisfacimento sui beni comuni con prevalenza rispetto ai primi (...) Analogo interesse del coniuge a salvaguardare il patrimonio personale può individuarsi anche nel caso in cui vi siano beni del fondo patrimoniale che i creditori del fondo patrimoniale possono sottoporre ad esecuzione». Hanno confermato l'applicabilità del *beneficium excussionis* anche MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 386; VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 745. *Contra* DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, op. cit., 114.

³⁸⁹ V. DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 501 s., secondo cui è dal complesso della normativa dei patrimoni separati che si evince la soluzione della prioritaria azioni del credito sui beni del patrimonio destinato, rispetto ai restanti beni del disponente creditore.

³⁹⁰ È la soluzione offerta da QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 220, secondo cui il fondo patrimoniale ha una «funzione promozionale», in quanto «l'apertura della

Sulla base di queste premesse parte della dottrina ha condivisibilmente affermato che, nell'ottica di rafforzare la funzione di incentivo del credito propria del fondo, esso debba rispondere per intero dei debiti inerenti ai bisogni della famiglia, anche se ad assumere l'obbligazione sia stato solamente uno dei coniugi.³⁹¹

Nella diversa ipotesi in cui è consentita l'esecuzione sui beni in fondo per crediti estranei alle esigenze della famiglia e che il creditore ignorava essere tali, essendo essa consentita solo in vista della tutela dell'affidamento, prevale l'esigenza di salvaguardia della posizione del coniuge che non ha agito e della capienza del fondo, sicché il creditore potrà aggredire solo la quota del fondo spettante al coniuge agente.³⁹²

A differenza di quanto era previsto per il patrimonio familiare, l'art. 170 c.c. permette l'esecuzione non soltanto sui frutti del fondo, ma anche sui beni che ne fanno parte. A questo proposito si deve osservare che l'oggetto

totalità dei beni del fondo all'esecuzione da parte dei creditori costituisce un indubbio incentivo per i terzi a far credito ai coniugi». Al tempo stesso il fondo ha una «funzione protettiva» contro i debiti contratti per finalità estranee ai bisogni della famiglia.

³⁹¹ AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 314, il quale ha messo, anzitutto, in evidenza che dalla lettura dell'art. 170 c.c. non si evincono limiti alla possibilità per i creditori di aggredire l'intero fondo. A fondamento di tale soluzione egli richiama anche la norma di cui all'art. 186 c.c. in tema di comunione legale, affermando che la *ratio* su cui si fonda la responsabilità dell'intera comunione, ovvero la sussistenza dei presupposti in virtù dei quali un coniuge è legittimato ad agire senza il consenso dell'altro, ricorre anche per il fondo patrimoniale. «D'altra parte la prospettata limitazione di responsabilità del fondo finirebbe col ripercuotersi negativamente sulla stessa gestione, poiché è verosimile ritenere che il terzo pretenderebbe sempre di contrattare con ambedue i coniugi per potere contare sulla responsabilità dell'intero fondo». V. anche QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 214 ss.; CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 779; DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, op. cit., 113. *Contra* CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, op. cit., 828, i quali hanno ritenuto che la soluzione maggiormente restrittiva meglio tutela l'altro coniuge contro l'attività «capricciosa» o poco oculata dell'altro. Nello stesso senso v. anche VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 745; GABRIELLI G. - CUBEDDU M. G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, op. cit., 277; PELLEGRINI L., *Il fondo patrimoniale*, in *Diritto della famiglia*, a cura di Patti - Cubeddu, Giuffrè, Milano, 2011, 316.

³⁹² AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 325 ss., secondo cui se si adottasse una diversa soluzione il coniuge che non ha agito verrebbe ingiustificatamente chiamato a rispondere di obbligazioni contratte per ragioni non inerenti ai bisogni della famiglia. QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 218 ss.

dell'espropriazione si identifica con il diritto effettivamente vincolato nel fondo.³⁹³

Di conseguenza, laddove il terzo abbia conferito un diritto reale di godimento, anziché la proprietà dei beni in fondo, solamente questo potrà essere oggetto di esecuzione e non anche il diritto di proprietà che egli si sia riservato.³⁹⁴

Alla luce di quanto fin qui prospettato è evidente che il fondo patrimoniale determina una deviazione rispetto ai principi di universalità della responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum*, poiché sottrae determinati beni alla garanzia generica e dà origine ad una suddivisione del ceto creditorio in tre classi, delle quali solamente due sono ammesse a far valere le proprie ragioni sull'oggetto del fondo.³⁹⁵

La prima categoria di creditori ammessa a soddisfarsi sul fondo patrimoniale è quella dei titolari di un credito inerente ai bisogni della famiglia.

Nella determinazione di tali bisogni «è depositato il sale del fondo», dal momento che solo i crediti ad essi inerenti sono certamente destinati a gravare su di esso.³⁹⁶

In realtà, tale requisito è solo formalmente agganciato ad un parametro oggettivo, poiché secondo la Cassazione alla nozione di bisogni della famiglia devono ricondursi quelli ritenuti tali dai coniugi «in ragione dell'indirizzo della

³⁹³ V. MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 386; FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, op. cit., 162 ss.; CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 782; RECCO D., *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orizzonti giurisprudenziali*, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Vol. II, diretto da Cassano, 470 ss

³⁹⁴ V. TRAPANI G., *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale i limiti dell'esecuzione*, in *Studi e materiali*, a cura della Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Giuffrè, Milano, 1999; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 258 ss. e 503-504, il quale ha chiarito che è solo la nuda proprietà del terzo a non essere affettata dal vincolo di destinazione, mentre per il diritto di godimento conferito valgono i limiti di cui agli art. 169 e 170 c.c.

³⁹⁵ V. LEMBO M., *La costituzione del fondo patrimoniale e del trust: effetti e rimedi*, in *Dir. fall.*, 2003, 2028 ss., il quale ha affermato che a seguito della costituzione del fondo patrimoniale «il realizzo del credito attraverso la vendita all'asta del bene gravato passa sicuramente sotto le forche caudine».

³⁹⁶ Così FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, op. cit., 1078.

vita familiare e del tenore prescelto, in conseguenza delle possibilità economiche familiari».³⁹⁷

La giurisprudenza è ormai granitica nell'accogliere una interpretazione ampia della nozione di bisogni della famiglia, comprensiva non solo di quanto indispensabile per la vita del nucleo familiare, ma anche delle «esigenze volte al pieno mantenimento e all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze di natura voluttuaria caratterizzate da intenti meramente speculativi».³⁹⁸

Più le maglie della nozione di bisogni della famiglia si allargano, più saranno i creditori ammessi a soddisfarsi sui beni in fondo, sicché è evidente il rischio che il vincolo di destinazione di cui esso è espressione possa vanificarsi.³⁹⁹

³⁹⁷ Cass. civ., 19.2.2013, 4011, in *Giust. civ. Mass.*, 2013. In dottrina v. sul punto CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 693 ss., la quale ha sottolineato che in quest'ambito viene riconosciuta ai coniugi ampia libertà, poiché essi possono anche scegliere di tenere un tenore di vita particolarmente elevato al cui soddisfacimento i beni del fondo patrimoniale devono essere destinati. Di conseguenza, «è evidente l'importanza che in tale ambito riveste, soprattutto ai fini dell'applicazione dell'art. 170 c.c., la conoscenza da parte dei terzi creditori, con i quali i coniugi entrino in rapporto, dell'indirizzo di vita scelto dai coniugi stessi; conoscenza resa possibile qualora l'indirizzo di vita concordato sia manifestato ed individuabile con chiarezza». V. anche RECCO D., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 418; AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 196, secondo cui in mancanza di un indirizzo di vita concordato dai coniugi, si deve ricorrere al criterio sussidiario oggettivo delle condizioni economiche della famiglia.

³⁹⁸ In questi termini si è espressa per la prima volta Cass. civ. 7.1.1984, n. 134, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 663. V. anche Cass. civ., 7.7.2009, n. 15862, cit.; Cass. civ., 18.9.2001, n. 11683, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1950; Trib. Salerno, 30.9.2008, in *www.iusexplorer.it*. Nella nozione di bisogni della famiglia rilevante ai sensi dell'art. 170 c.c. rientrano, a titolo esemplificativo, quelli destinati alle esigenze materiali di vita dei suoi membri, compresi quelli legati alla realizzazione della loro personalità, le cure mediche, ma anche quelli legati allo svago. Sul punto si rinvia a AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 194; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 522 ss. Critico nei confronti della nozione lata di bisogni della famiglia accolta dalla giurisprudenza è sempre AULETTA T., *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, op. cit., 831, secondo cui essa, oltre ad essere troppo ampia, ha anche un significato incerto.

³⁹⁹ V. gli interessanti spunti offerti da QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 210 s., il quale ha criticato la scelta effettuata dal legislatore di far dipendere la regola della responsabilità del fondo da un concetto così elastico quale quello dei bisogni della famiglia, in vista della deroga attuata attraverso il fondo patrimoniale all'art. 2740 c.c.

La giurisprudenza sembra in parte essersi resa conto del pericolo incombente sul fondo patrimoniale in alcune decisioni relative alla riconducibilità dei debiti di impresa al novero dei bisogni della famiglia.⁴⁰⁰

Pur partendo dal presupposto che normalmente i redditi derivanti dal lavoro dei coniugi sono destinati alla famiglia, la Cassazione ha chiarito che tale correlazione non può affermarsi a priori, ma è necessario valutare di volta in volta se la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbiano «inerenza diretta ed immediata» con tali bisogni, rendendosi necessaria una valutazione strettamente legata alla fattispecie concreta.⁴⁰¹

È pertanto sempre più evidente, anche agli occhi della giurisprudenza, l'esigenza di «evitare il rischio che l'ansia di tutela delle ragioni dei creditori vanifichi del tutto la *ratio* stessa dell'istituto del fondo patrimoniale».⁴⁰²

⁴⁰⁰ I debiti assunti da uno o da entrambi i coniugi nell'esercizio dell'attività di impresa sono stati generalmente ricondotti entro i bisogni della famiglia in quanto tale attività è rivolta allo sviluppo della famiglia medesima e a soddisfare le esigenze dei suoi componenti. V. *ex multis* Cass. civ., 18.9.2001, n. 11683, cit.; Cass. civ., 15.3.2006, n. 5684, in *Riv. not.*, 2007, 161 ss.; Cass. civ., 7.7.2009, n. 15862, cit.; Cass. civ. 7.1.1984, n. 134, cit. V. anche Corte d'Appello Torino, 11.9.2007, n. 1375, in *www.iusexplorer.it*; Trib. Varese, 15.12.2010, in *www.iusexplorer.it*.

⁴⁰¹ Cass. civ., 31.5.2006, n. 12998, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 5 ss., che ha escluso nel caso di specie la riconducibilità dell'obbligazione assunta da uno dei coniugi ai bisogni della famiglia, poiché il rapporto di lavoro è stato instaurato per l'esercizio di attività economica quale fattore produttivo che si affiancava alle risorse strumentali alla famiglia. «Diversamente opinando ogni esercizio di attività di impresa (e non solo) verrebbe per ciò stesso intrapresa e svolta per esigenze della famiglia e non potrebbero sussistere attività che non siano destinate a soddisfare i bisogni della famiglia stessa». V. anche Trib. Lecce, 24.8.2012, in *Giur. mer.*, 2013, 802 ss., con nota di FANTICINI G., *Il divieto di agire sui beni in fondo e un possibile equilibrio tra la tutela della famiglia e le ragioni dei creditori*, secondo il quale non può essere sottovalutato il fatto che in ragione dell'ultimo comma dell'art. 143 c.c. i redditi derivanti dal lavoro devono essere in primo luogo destinati al benessere materiale della famiglia. Il Tribunale di Lecce riconosce però che l'art. 144 c.c. consente ai coniugi di stabilire un indirizzo di vita familiare che si articola diversamente da quanto stabilito nell'art. 143 c.c., sicché la rispondenza dell'obbligazione contratta nell'attività imprenditoriale o professionale ai bisogni della famiglia può essere superata: sono i coniugi a dover provare che la vita familiare non è alimentata dai proventi dell'attività lavorativa dalla quale ha avuto origine il credito in questione.

⁴⁰² Trib. Lecce, 24.8.2012, cit. V. in dottrina AULETTA T., *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, op. cit., 832, secondo cui l'ampia accezione dei bisogni della famiglia accolta dalla giurisprudenza si giustifica solo con l'intento di rafforzare la tutela dei creditori oltre i limiti consentiti dalla legge. V. anche BELLOMIA V., *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, 698 ss., che ha sottolineato come alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale si può affermare che «non esiste una nozione

La tenuità della separazione patrimoniale occasionata dal fondo emerge con ancor più evidenza per il fatto che l'art. 170 c.c. non cristallizza l'assoluta insensibilità dei beni in fondo alle pretese dei creditori titolari di un credito estraneo ai bisogni della famiglia.⁴⁰³

Essi sono infatti ammessi ad aggredire il fondo purché ignorassero tale estraneità. Per contestare il diritto di tali creditori di agire esecutivamente sul fondo, il debitore opponente dovrà dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo di cui all'art. 170 c.c., rappresentato dall'effettiva conoscenza del creditore dell'estraneità del debito ai bisogni familiari, non essendo invece sufficiente la mera conoscibilità astratta.⁴⁰⁴

Deve osservarsi, ancora, che la separazione patrimoniale che prende vita dalla costituzione del fondo ha dei confini piuttosto incerti.

In primis non è chiaro se i limiti all'esecuzione di cui all'art. 170 c.c. siano opponibili anche ai titolari di un credito sorto anteriormente alla costituzione del fondo.

astratta di bisogni della famiglia; viceversa la valutazione deve operarsi caso per caso, in relazione alle condizioni, alle abitudini ed alle necessità di ogni specifica famiglia coinvolta».

⁴⁰³ V. QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 208; CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 777ss; BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 51. Di separazione che presenta un grado non completo ha parlato anche CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 92, il quale ha precisato, altresì, che solo con riferimento ai crediti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia conosciuti dal creditore l'esecuzione è vietata, realizzandosi propriamente una separazione patrimoniale.

⁴⁰⁴ V. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 324; GRASSO V., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 420 ss., il quale ha precisato altresì che l'assunzione del debito da parte di entrambi i coniugi non crea una presunzione di inerenza ai bisogni della famiglia. Un'interessante indicazione è quella fornita da CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 693 s.: «considerata la rilevanza che la legge attribuisce alla conoscenza, da parte del creditore che agisce in esecuzione, dell'estraneità del debito ai bisogni familiari e considerato anche che il relativo onere probatorio grava sui coniugi che vogliono evitare l'esecuzione, bisogna concludere che dopo la costituzione del fondo patrimoniale, i coniugi che vogliono avere un margine di certezza circa i vantaggi in una eventuale sede esecutiva dovranno aver cura, nell'assumere obblighi estranei ai bisogni della famiglia, di manifestare tale estraneità al creditore, e se si tratta di atto scritto di dichiararla nell'atto stesso, soprattutto se l'obbligazione viene assunta congiuntamente da entrambi i coniugi». Con riferimento al fatto che l'onere della prova dell'elemento soggettivo grava sui coniugi v. GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 301; MAGGIOLIO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 387. In giurisprudenza v. Cass. civ., 15.3.2006, n. 5684, cit.; Trib. Parma, 7.1.1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 31 ss, con nota di MORA A., *Fondo patrimoniale, opposizione all'esecuzione ed onere della prova*. V. anche Trib. Napoli, 6.4.1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 116 ss.

La giurisprudenza prevalente ha affermato che il divieto di aggredire i beni del fondo patrimoniale riguarda sia i crediti sorti in epoca successiva alla sua costituzione, sia quelli anteriori, eccezion fatta solo per i crediti assistiti da una garanzia reale sorta prima dell'annotazione del fondo.⁴⁰⁵

In direzione contraria può osservarsi che la rilevanza attribuita dall'art. 170 c.c. allo stato soggettivo del creditore ha senso solo con riferimento ai crediti sorti successivamente alla costituzione del fondo.⁴⁰⁶

Non si può, allora, immaginare di utilizzare tale disposizione nei confronti di una categoria di creditori rispetto ai quali è materialmente impossibile l'applicazione di uno dei suoi presupposti, né sembra corretto ipotizzare di prescindere da tale requisito, poiché ne deriverebbe un ingiustificato trattamento peggiore per tali creditori rispetto a quello riservato ai titolari di un credito sorto successivamente alla costituzione del fondo.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Cass. civ., Sez. trib., 7.7.2009, n. 15862, in *Vita not.*, 2009, 3, 1439 ss. che ha affermato l'irrelevanza di qualsiasi indagine riguardo l'antiorità rispetto alla costituzione del fondo, in quanto l'art. 170 c.c. estende la sua efficacia anche ai crediti anteriori, ferma la possibilità per il creditore, laddove ne ricorrano i presupposti, di esperire l'azione revocatoria. L'argomento solitamente addotto a sostegno di questa tesi è dato dalla mancata riproduzione ad opera dell'art.170 c.c. della regola contenuta nel vecchio art. 169 c.c. con riferimento al patrimonio familiare, che ne limitava l'opponibilità ai creditori il cui credito fosse sorto successivamente alla costituzione del fondo. Nello stesso senso v. anche Cass. civ., 9.4.1996, n. 3251, in *Fam. e dir.*, 1996, 475 ss.; Cass. civ., 7.3.2005, n. 4933, *Famiglia*, 2006, I, 170 ss.

Con riferimento all'eventualità che il credito sia assistito da una garanzia reale v. Cass. civ., 30.9.2008, n. 24332, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1407 ss., dove si legge che «se il pignoramento immobiliare è eseguito, nelle forme dell'art. 555 c.p.c., prima dell'annotazione, la costituzione del fondo patrimoniale non ha effetto nei confronti del creditore pignorante e di quelli che intervengono nell'esecuzione, sussistendo l'inefficacia degli atti di disposizione del bene pignorato, prevista dall'art. 2913 c.c., che comprende non solo gli atti di alienazione in senso stretto, ma anche tutti gli atti di disposizione del patrimonio del debitore dai quali possa comunque derivare una sostanziale diminuzione della possibilità per il creditore pignorante o per i creditori intervenuti di soddisfarsi sui beni in questione. Allo stesso risultato si perviene quando il pignoramento sia successivo all'annotazione, ma l'ipoteca (nella specie giudiziale) sia stata iscritta precedentemente, in quanto con l'iscrizione sorge immediatamente per il creditore il potere di espropriare il bene, ex art. 2808 c.c., con prevalenza rispetto ai vincoli successivi». Nello stesso senso v. anche Cass. civ., 24.1.2012, n. 933, in *Riv. Not.*, 2012, 75 ss.

⁴⁰⁶ V. gli spunti offerti da FANTICINI G., *Il divieto di agire sui beni in fondo e un possibile equilibrio tra la tutela della famiglia e le ragioni dei creditori*, op. cit., 806, secondo cui «è evidente che il creditore anteriore non ha alcun dovere di interrogarsi sull'estensione della garanzia patrimoniale ai beni di un fondo patrimoniale non ancora costituito e che assurda è la pretesa di una sua conoscenza dell'estraneità dell'obbligazione ai bisogni della famiglia»

⁴⁰⁷ Tale impostazione è tuttavia prospettata solamente da parte di alcuni giudici di merito Trib. Lecce, 24.8.2012, cit., secondo cui si deve privilegiare l'argomento teleologico

Un ulteriore problema lasciato irrisolto dall'art. 170 c.c. attiene alla aggredivibilità del fondo patrimoniale da parte dei titolari di un credito la cui fonte sia un fatto illecito, tanto più che il riferimento della citata disposizione ai debiti «contratti» farebbe presumere la responsabilità del medesimo solo per le obbligazioni negoziali.

Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno risolto tale questione dando all'art. 170 c.c. un'interpretazione estensiva, ritenendo questa disposizione applicabile tanto alle obbligazioni contrattuali, quanto a quelle extracontrattuali: «il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo patrimoniale va ricercato non già nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse e i bisogni della famiglia».⁴⁰⁸

Di conseguenza, ogni qualvolta la fonte del rapporto obbligatorio abbia «inerenza diretta e immediata con le esigenze familiari, deve ritenersi operante la regola della piena responsabilità del fondo», a prescindere dalla natura contrattuale o meno dell'obbligazione.⁴⁰⁹

Le principali ragioni addotte a sostegno di tale impostazione si identificano nella necessità di superare l'interpretazione strettamente letterale dell'art. 170 c.c. al fine di assicurare la parità di trattamento ai titolari di crediti comunque riconducibili alle esigenze famigliari, con la precisazione che,

rispetto a quello storico. V. anche Trib. Ragusa, 21.12.1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2755 ss.; Trib. Milano, 5.11.1990, in *Giur. it.*, 1993, I, 470 ss.

⁴⁰⁸ V. Cass. civ., 18.7. 2003, n. 11230, in *Riv. Not.*, 2004, 155 ss.; Cass. civ., 31.5.2006, n. 12998, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 5 ss. In dottrina v. BIANCA M., *Se l'esecuzione sui beni e frutti del fondo patrimoniale possa aver luogo per debiti non derivanti da contratto*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, Cedam, 1989, 111 ss., la quale ha osservato che la norma sull'opponibilità del vincolo non è eccezionale, ma vale a specificare e delimitare la rilevanza esterna del vincolo stesso in coerenza alla funzione assegnata al fondo patrimoniale. Con riferimento al problema dell'applicabilità dell'art. 170 c.c. alle obbligazioni extracontrattuali v. anche AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 325; MAGGIOLLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 387; GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 301; PELLEGRINI L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 319; DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 194 s.; VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 746; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 506 ss.; CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 781.

⁴⁰⁹ Cass. civ., 18.7. 2003, n. 11230, cit.

rispetto a quelli la cui fonte non è negoziale, non troverà applicazione il requisito dello stato soggettivo del creditore.⁴¹⁰

Tuttavia, deve osservarsi che la presunta applicabilità dell'art. 170 c.c. alle obbligazioni extracontrattuali porta a concludere che l'impignorabilità dei beni oggetto del fondo per le obbligazioni prive di connessione con le esigenze familiari possa essere opposta anche ai creditori c.d. involontari.⁴¹¹

Certamente tale soluzione ha il pregio di preservare il fondo patrimoniale dall'aggressione di tali creditori involontari e di favorire la specializzazione della responsabilità patrimoniale del debitore.⁴¹²

Questa tesi, tuttavia, non convince fino in fondo, specie se si considerano le conseguenze pregiudizievoli che essa spiega proprio nei

⁴¹⁰ Cass. civ., 18.7. 2003, n. 11230, cit., nella cui motivazione si legge che «il legislatore ha inteso precludere ai creditori che al momento del sorgere dell'obbligazione erano a conoscenza di detta estraneità di soddisfarsi sui beni del fondo, ma non impone quale ulteriore requisito in positivo l'effettiva conoscenza da parte degli stessi della corrispondenza del credito alle esigenze del nucleo». Secondo la Cassazione l'art. 170 c.c. tende a temperare il principio di inespropriabilità a tutela dell'affidamento dei creditori, escludendo che coloro che abbiano avuto consapevolezza dell'estraneità del credito possano soddisfarsi sui beni del fondo e non a limitare la possibilità di aggredire detti beni da parte dei soggetti titolari di crediti obiettivamente riconducibili alle esigenze familiari, dunque meritevoli di tutela. Circa l'irrelevanza dello stato soggettivo del creditore per le obbligazioni di fonte non negoziale v. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 325, il quale ha posto l'accento sul fatto che in questi casi rileva solo l'obiettiva natura del credito. Cfr. Anche CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 781.

⁴¹¹ V. VIGLIONE F., *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Giuffrè, Milano, 2005; GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, op. cit., 301: «qualche dubbio è sorto, invece, con riguardo alla determinazione obiettiva delle obbligazioni di cui è escluso il soddisfacimento coattivo: che secondo alcuni interpreti, puntigliosamente attenti alla formulazione letterale, sarebbero soltanto quelle di fonte contrattuale; ma la sostanziale infondatezza d'una simile limitazione appare evidente». V. anche Trib. Larino, 7.5.2009, in www.iusexplorer.it; Trib. Potenza, 1.10.1998, n. 973, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 195 ss., con nota di DONATO A., *Opponibilità del fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 170 c.c. anche quando siano fatte valere obbligazioni non aventi titolo negoziale*.

⁴¹² Ha valorizzato l'esigenza di assicurare la parità di trattamento tra i creditori e di evitare che il fondo venga sottoposto ad attacchi in relazione a crediti estranei ai bisogni della famiglia VIGLIONE F., *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, op. cit., 38: «il favor familiae, sotto questo profilo, si realizza proprio attraverso la sottrazione di determinati beni alla aggredibilità dei creditori, purché il loro utilizzo avvenga ad esclusivo vantaggio della comunità familiare. Non si vede, pertanto, quale potrebbe essere la differente funzione di un istituto di protezione familiare, ove si dimenticasse, o si comprimesse la *longa manus* della inaggredibilità dei beni».

confronti dei creditori involontari titolari di crediti estranei ai bisogni della famiglia.⁴¹³

Non si tratta tanto di escludere *sic et simpliciter* la riferibilità dell'art. 170 c.c. alle obbligazioni extracontrattuali, come pure è stato sostenuto, in quanto norma dal carattere eccezionale rispetto all'art. 2740, primo comma, c.c. e come tale insuscettibile di interpretazione analogica.⁴¹⁴

L'applicabilità dell'art. 170 c.c. alle sole obbligazioni contrattuali si giustifica, piuttosto, per ragioni di carattere sistematico.⁴¹⁵

Una decisione della giurisprudenza di merito ha prontamente osservato che, in tema di patrimoni destinati delle società, l'art. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c. fa salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito e che l'art. 2645 *ter* c.c., nel disciplinare la responsabilità dei beni vincolati, utilizza l'espressione "debiti contratti", costituendo ulteriore conferma «dell'intento del legislatore di chiarire che i crediti risarcitori per responsabilità aquiliana sono estranei al divieto di esecuzione».⁴¹⁶

⁴¹³ V. DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op. cit., il quale ha avvertito che «le vittime dei *Tort* sono il tallone d'Achille dei patrimoni destinati. La destinazione non può condurre alla irresponsabilità extracontrattuale».

⁴¹⁴ Così Trib. Sanremo, 29.10.2003, in *Vita not.*, 2005, 843, nella cui motivazione si legge che «la limitazione alla pignorabilità dei beni costituiti nel fondo patrimoniale ex art. 170 c.c. deve intendersi riferita alle obbligazioni nascenti da contratto e non anche a quelle nascenti da fatto illecito. (...) La formulazione testuale dell'art. 170 c.c., infatti, nel richiamarsi ad attività poste in essere dai coniugi nell'ambito dell'autonomia contrattuale e nell'indicare l'ulteriore requisito della previa "*scientia creditoris*" (con riguardo all'estraneità del credito ai bisogni della famiglia), indirizza il limite alla pignorabilità dei beni del fondo patrimoniale alle sole obbligazioni "*ex contractu*", con esclusione di quelle riferibili al paradigma dell'art. 2043 c.c.». V. anche Trib. Lecce, 24.8.2012: «il fonema "contrattuali" non può poi essere considerato un equipollente di "assunti", perché la disposizione ha natura eccezionale (...) e, quindi, tollera solo un approccio interpretativo di tipo restrittivo». Nello stesso senso v. anche Trib. Salerno, 28.10.2003, in *Giur. merito*, 2004, 534. In dottrina v. TRAPANI G., *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale i limiti dell'esecuzione*, op. cit., 633 ss.; PARTISANI R., *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, op. cit., 44 ss., il quale ha sottolineato come proprio l'eccezionalità del criterio di responsabilità di cui all'art. 170 c.c. ne preclude l'estensione analogica alle obbligazioni da fatto illecito.

⁴¹⁵ Uno spunto in tal senso è offerto da Trib. Lecce, 24.8.2012, cit.

⁴¹⁶ Trib. Lecce, 24.8.2012, cit., nella cui motivazione si legge anche che i patrimoni di scopo affidati all'autonomia negoziale «consistono in strumenti che l'ordinamento appresta per consentire ad un soggetto di individuare *ex ante* e con atti unilaterali i limiti entro i quali alcuni

Il tratto comune a tali ipotesi di separazione patrimoniale appare quello di assicurare la maggiore tutela possibile dei creditori c.d. involontari, i quali certo non potevano sapere nel momento in cui il loro credito è sorto che il patrimonio del debitore fosse oggetto di un vincolo di destinazione e di una limitazione di responsabilità.⁴¹⁷

Per i creditori involontari continua, dunque, ad operare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*, sicché essi potranno aggredire il fondo patrimoniale senza incontrare le limitazioni di cui all'art. 170 c.c.⁴¹⁸

beni determinati possono rispondere dei debiti del titolare. Questo tratto comune tra i patrimoni rimessi all'autonomia negoziale fa propendere per la possibilità di individuare un principio generale, sia pure di rilevanza limitata allo specifico settore dei patrimoni destinati o separati, che restringe il beneficio della limitazione di responsabilità dei beni che ne sono oggetto alle sole obbligazioni di fonte contrattuale». In dottrina tale profilo è stato evidenziato da PARTISANI R., *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, op. cit., 48: «se la regola codificata nel terzo co. dell'art. 2447 *quinquies* c.c. è traspota dal diritto societario al comparto *gius-familiare*, la lesione dell'*alterum non ledere* potrebbe allora giustificare la pignorabilità dei beni conferiti nel fondo patrimoniale a prescindere dalla riconducibilità del debito inadempito alla necessità di soddisfare i bisogni della famiglia. In altri termini, il criterio selettivo dei creditori legittimati a soddisfarsi sul fondo patrimoniale non sarebbe più quello del solo vincolo di scopo una volta esclusa un'equivalenza delle fonti dell'obbligazione inadempita agli effetti della più ampia garanzia generica dell'art. 2740 c.c.». Nello stesso senso v. anche FIMMANÒ F., *Destinazione patrimoniale e separazione delle masse*, in *Notariato*, 2010, 247 ss.

⁴¹⁷ Trib. Lecce, 24.8.2012, cit., ha osservato che l'art. 170 c.c. «ha un'unica giustificazione razionale, e cioè il principio di auto-responsabilità: il creditore che contrae volontariamente con un soggetto i cui beni sono stati costituiti in fondo patrimoniale accetta il rischio che, in caso di inadempimento, il patrimonio residuo del debitore possa risultare insufficiente a realizzare coattivamente la prestazione dovutagli». V. anche PARTISANI R., *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, op. cit., 47, il quale ha osservato che «se l'estensione della responsabilità del fondo alle obbligazioni da fatto illecito trae giustificazione dalla lettera dell'art. 170 c.c. che non richiede l'estremo positivo della *scientia creditoris* in merito alla obiettiva riconducibilità del debito ai bisogni familiari, per contro, il fatto che la legge, agli effetti della impignorabilità del fondo patrimoniale, espressamente esiga il medesimo requisito soggettivo con riguardo però all'estraneità del debito al vincolo di scopo potrebbe allora comportare (giusta l'involontarietà dell'obbligazione *ex delicto*) un diverso regime di responsabilità a seconda della fonte, contrattuale o aquiliana, dell'obbligazione inadempita».

⁴¹⁸ Trib. Lecce, 24.8.2012, cit.: «la *lectio* più corretta dell'art. 170 c.c. (dal punto di vista semantico, teleologico e sistematico) induce a ritenere che le obbligazioni extracontrattuali sono sempre assistite dalla tutela esecutiva anche sui beni oggetto del fondo patrimoniale». Con riferimento al problema dell'opponibilità della separazione patrimoniale ai creditori involontari v. anche *infra*, par. 5. In dottrina v. TRAPANI G., *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale i limiti dell'esecuzione*, op. cit., 633 ss. *Contra* DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 511, secondo cui una simile interpretazione rischia di

L'ulteriore fondamento normativo della separazione patrimoniale a cui la costituzione del fondo dà origine si rinviene nell'art. 46, comma 3, l. fall. - così come modificato dal D.lgs., 9.1.2006, n. 5 - il quale prevede espressamente che non sono compresi nel fallimento «i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 del c.c.».⁴¹⁹

L'esistenza del fondo patrimoniale comporta, dunque, la creazione di un patrimonio di scopo «insensibile alla dichiarazione di fallimento».⁴²⁰

contrarre in modo eccessivo l'area di protezione del fondo dagli attacchi esterni e di vanificare la *ratio* dei patrimoni destinati «che trovano proprio nella inespropriabilità (se non per debiti dello scopo) la loro stessa ragion d'essere».

⁴¹⁹ Il problema dei rapporti tra fondo patrimoniale e fallimento si pone per le ipotesi in cui i coniugi (o uno di essi) svolgano attività di impresa in forma individuale o siano soci illimitatamente responsabili di una società di persone. L'originaria formulazione dell'art. 46, comma 3, della l. fall. escludeva dal fallimento «redditi dei beni costituenti il patrimonio familiare, salvo quanto disposto dall'art. 170 c.c.». Tuttavia, a seguito dell'abolizione dell'istituto del patrimonio familiare e dell'introduzione del fondo patrimoniale, fino al 2006 non vi era alcuna disposizione che si riferisse espressamente a quest'ultimo escludendone l'assoggettabilità al fallimento. A fronte di questa situazione sono emersi due diversi orientamenti: quello che escludeva l'applicabilità dell'art. 43, comma 6, l. fall. al fondo patrimoniale, sicché i beni in esso conferiti entravano a far parte della massa fallimentare, formando una massa separata destinata al soddisfacimento dei creditori di "scopo". In tal senso v. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 366 ss.; CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, op. cit., 829. Secondo una diversa impostazione l'art. 46, comma 3, della l. fall. nella sua originaria formulazione sarebbe stato comunque applicabile anche al fondo patrimoniale, sicché i beni in esso conferiti non potevano essere appresi dal fallimento. In questi termini v. Cass. civ., 22.1.2010, n. 1112, in *Corriere giur.*, 2011, 97 ss., con nota di GALLUZZO F., *Destino dei beni costituiti in fondo patrimoniale in caso di fallimento del loro titolare*; in *Fall.*, 2010, 554 ss., con nota di FIGONE A., *Fondo patrimoniale e successivo fallimento del disponente*, in *Questioni dir. fam.*, 2010, 59 ss., con nota di ARCERI A., *I beni costituiti in fondo patrimoniale non rientrano nella massa fallimentare*. V. anche Cass. civ. 20.6.2006, n. 8379, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 79 ss.; Cass. civ., 28.11.1990, n. 11449, in *Riv. not.*, 1991, 711, 1004.

⁴²⁰ Trib. Napoli, 12.12.2001, in *Fall.*, 2002, 775. V. anche Cass. civ., 18.10.2011, n. 21494, in *Giust. civ.*, 2011, 1157 ss., la quale ha affermato che «i beni del fondo patrimoniale non sono compresi nel fallimento poiché si tratta di beni che, pur appartenendo al fallito, rappresentano un patrimonio separato, destinato al soddisfacimento di specifici scopi che prevalgono sulla funzione di garanzia per la generalità dei creditori». Per l'analisi dei rapporti tra fondo patrimoniale e fallimento a seguito della riforma del 2006 v. FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, op. cit., 1077; VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 740 ss.; DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 198 ss.; PELLEGRINI L., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 320; LAGHI P., *Il fondo patrimoniale: note critiche sul doppio regime di pubblicità e coordinamento con la disciplina del fallimento alla luce delle recenti pronunce della suprema corte*, op. cit., 688 ss.; FIMMANÒ F., *Destinazione patrimoniale e separazione delle masse*, op. cit., 247 ss.

Il significato del rinvio ad opera dell'art. 46, comma 3, l. fall. all'art. 170 c.c. deve intendersi nel senso che, essendo i beni conferiti in fondo patrimoniale sottratti al fallimento, essi possono essere sottoposti ad esecuzione individuale da parte dei creditori legittimati a soddisfarsi su essi.⁴²¹

Peraltro, l'insensibilità del fondo patrimoniale al fallimento non è assoluta, ben potendo essere superata dal curatore attraverso l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare *ex art. 64 l. fall.* e ordinaria *ex art. 66 l. fall.*

É certamente indiscutibile che la funzione del fondo patrimoniale è quella di fornire alla famiglia un substrato su cui confidare per potere soddisfare le proprie esigenze.

Tuttavia, non si può trascurare che fin troppo spesso questo strumento è stato utilizzato a scapito dei creditori, al fine di sottrarre beni alla garanzia generica su cui essi possono soddisfarsi coattivamente.⁴²²

Non è un caso che la maggior parte delle decisioni della giurisprudenza inerenti al fondo patrimoniale abbia ad oggetto proprio la sua revocabilità, tanto in sede ordinaria, quanto in sede fallimentare.⁴²³

Nessun giudice ha mai dubitato che, laddove il fondo sia stato costituito allo scopo di frodare i creditori del disponente, essi possano esperire l'azione

⁴²¹ FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, op. cit., 1077; FIMMANÒ F., *Destinazione patrimoniale e separazione delle masse*, op. cit., 250; FIGONE A., *Fondo patrimoniale e successivo fallimento del disponente*, op. cit., 556. Tuttavia, poiché la legge non prevede espressamente se alla dichiarazione di fallimento consegua la formazione di due masse attive ovvero di una sola con esclusione da essa dei beni conferiti in fondo, parte della dottrina ha ritenuto, invece, che si formino due masse distinte, una delle quali dedicata solo ai creditori di "scopo". In tal senso v. GALLUZZO F., *Destino dei beni costituiti in fondo patrimoniale in caso di fallimento del loro titolare*, op. cit., 106, il quale ha affermato che la non confondibilità dei beni conferiti in fondo patrimoniale con la massa fallimentare non vale ad escludere la legittimazione del curatore alla liquidazione «tutte le volte in cui la liquidazione avvenga per masse separate, sì da garantire le istanze delle differenti categorie di creditori afferenti alle diverse masse».

⁴²² CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 92, il quale per sottolineare l'uso distorto a cui il fondo patrimoniale si presta utilizza l'espressione "fondi di pulcinella".

⁴²³ Con riferimento alle caratteristiche dell'azione revocatoria si rinvia a quanto osservato nel Cap. 2, § 2 e alla bibliografia ivi citata alle nt. 179-180.

revocatoria al fine di ottenere la declaratoria di inefficacia dell'atto costitutivo del fondo medesimo.

Occorre precisare che la revocabilità dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale è ammessa anche quando esso non comporti alcun effetto traslativo della proprietà o di altro diretto reale.⁴²⁴

La giurisprudenza, infatti, ha da tempo osservato che ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria «quel che conta non è la disposizione in senso tecnico, ma la destinazione implicante sottrazione alla regola generale della responsabilità patrimoniale generalizzata e globale *ex art. 2740 c.c.*».⁴²⁵

Tanto con riferimento alla revocatoria ordinaria, quanto alla revocatoria fallimentare, è opinione consolidata della giurisprudenza che l'atto costitutivo del fondo patrimoniale abbia natura gratuita, sia che esso provenga dal terzo, sia dai coniugi.⁴²⁶

⁴²⁴ V. AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 84 ss., il quale ha messo in evidenza come il danno per i creditori del disponente può verificarsi anche quando il fondo non si accompagna ad alcuna vicenda traslativa, perché essi perdono la possibilità di soddisfarsi sui beni del disponente se non nei limiti di cui all'art. 170 c.c. FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, op. cit., 1082-1083, secondo cui «l'assenza di alcun trasferimento di proprietà passa in secondo piano di fronte alla considerazione che il negozio costitutivo del fondo patrimoniale rende i beni conferiti aggredibili solo a determinate condizioni, riducendo la garanzia generale spettante ai creditori» V. anche MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 377 ss.; VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 723 ss.; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 553; FRATINI M., *Un'analisi dell'azione revocatoria alla luce delle questioni legate alla revocabilità della vendita con riserva di proprietà, del contratto definitivo di preliminare, della doppia alienazione immobiliare, dell'atto costitutivo di un fondo patrimoniale e degli accordi di separazione dei coniugi*, in *Riv. nel dir.*, 2012, 181 ss. *Contra* DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, op. cit., 89 ss., il quale ha affermato che non essendoci atto di disposizione in senso tecnico quando manca l'effetto traslativo, non sussistono i presupposti per applicare l'art. 2901 c.c.

⁴²⁵ V. la motivazione di Cass. civ., 28.11.1990, n. 11449, cit., la quale ha altresì precisato che secondo la giurisprudenza della Cassazione «gli atti di disposizione del proprio patrimonio, che possono essere dichiarati inefficaci nei confronti del creditore che eserciti l'azione revocatoria, purché ricorrano le condizioni richieste dall'art. 2901 cod. civ., sono quelli che importano attuazione o modificazioni sulla situazione patrimoniale del debitore, tali da poter pregiudicare o rendere più difficoltosa la realizzazione coattiva del credito». V. anche Cass. civ., 7.3.2005, n. 4933, cit.; App. Milano, 8.4.1986, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1987, II, 611 ss.

⁴²⁶ Numerose sono le decisioni che qualificano come atto gratuito la costituzione del fondo patrimoniale. V. *ex multis* Cass. civ., 12.12.2012, n. 22878, in *www.iusexplorer.it*; Cass. civ., 11.3.2010, n. 5934, in *Guida al diritto*, 2010, 75 ss.; Cass. civ., 29.4.2009, n. 10052, in *www.iusexplorer.it*; Cass. civ., 9.4.2009, n. 8680, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, 613 ss.; Cass. civ., 4.3.2008, n. 5816, in *Guida al diritto*, 2008, 98 ss.; Cass. civ., 7.10.2008, n. 24757, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 401 ss., con nota di MARINI M., *Più agevole l'azione*

Ne deriva che per il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria ordinaria è sufficiente la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma dell'art. 2901 c.c., e, dunque, *in primis* la mera *scientia fraudis* del debitore, la cui prova può essere fornita anche per presunzioni, e non anche la *participatio fraudis* del terzo.⁴²⁷

Qualora la costituzione del fondo sia anteriore al sorgere del debito occorrerà altresì il *consilium fraudis* del debitore, requisito che la Cassazione interpreta in maniera abbastanza elastica, poiché essa reputa necessario non il dolo specifico, ma quello generico, ovvero la semplice previsione del pregiudizio per i creditori.⁴²⁸

revocatoria ordinaria dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale; Cass. civ., 8.8.2007, n. 17418, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8; Cass. civ., 7.3.2005, n. 4933, cit. Inoltre, con riferimento alla revocatoria fallimentare, la giurisprudenza ha negato che la costituzione del fondo patrimoniale costituisca atto di adempimento di un dovere morale, riconducibile alle ipotesi di esclusione dalla revocatoria fallimentare di cui alla seconda parte dell'art. 64 l. fall. Sul punto v. Cass., 2.12.1996, n. 10725, in *Fall.*, 1997, 799 ss.; Cass. civ., 26.3.2003, n. 4457, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1774 ss. Si veda però Cass. civ., 8.8.2013, n. 19029, in www.iusexplorer.it, che ha concluso per la natura gratuita dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale, «salvo che si dimostri l'esistenza, in concreto, di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del "solvens" di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione». La dottrina si è mostrata particolarmente critica nei confronti della posizione assunta dalla giurisprudenza, osservando che, laddove la costituzione del fondo provenga dai coniugi, essa può costituire lo strumento per adempiere al dovere giuridico di contribuzione primaria posto a loro carico dall'art. 143 c.c., sicché dovrebbe riconoscersi la natura solutoria del medesimo. V. in tal senso AULETTA T., *Il fondo patrimoniale*, op. cit., 87 e dello stesso autore anche *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, op. cit., 330; CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 92 ss.; FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, op. cit., 1052 ss.; BELLOMIA V., *Fondo patrimoniale e creditori: un rapporto equilibrato?*, op. cit., 673 ss.; MARINI M., *Fondo patrimoniale e azione revocatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 179 ss., secondo cui è necessario valutare di volta in volta la natura gratuita o solutoria dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale. La giurisprudenza è solita respingere tale assunto, osservando che l'obbligo dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia è una libera iniziativa dei coniugi, che non sono tenuti ad adempiervi ex art. 143 c.c. mediante la costituzione del fondo patrimoniale.

⁴²⁷ Tra le tante v.: Cass. civ., 17.1.2007, n. 966, in *Giust. civ.*, 2007, 596 ss.; Trib. Milano, 8.5.2012, n. 5316, in www.iusexplorer.it; Trib. Roma, 14.3.2012, n. 5325, in www.iusexplorer.it. V. anche Cass. civ., 21.3.2014, n. 6795, in www.iusexplorer.it, che ha recentemente ribadito che la prova della *consilium fraudis* può essere fornita anche attraverso presunzioni semplici.

⁴²⁸ Cass. civ., 7.10.2008, n. 24757, cit., la quale ha altresì precisato che il dolo generico va provato dal chi lo allega e può essere accertato anche mediante il ricorso a presunzioni. V. anche Trib. Napoli, 23.1.1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 580 ss.; App. Firenze, 8.7.1989, in *Arch. Civ.*, 1990, 158 ss. che hanno ritenuto che il *consilium fraudis* può dirsi *in re ipsa* nello stesso atto costitutivo del fondo.

Ai fini della sussistenza dell'ulteriore requisito dell'*eventus damni* non è indispensabile che la costituzione del fondo abbia reso impossibile la soddisfazione del creditore, essendo sufficiente che l'abbia resa più complicata.⁴²⁹

Nella costruzione del rapporto tra azione revocatoria e fondo patrimoniale la giurisprudenza sembra orientata a privilegiare l'interesse dei creditori alla tutela del credito.

Tuttavia, questo strumento non sempre si presenta idoneo a garantire la posizione del creditore a scapito del quale è avvenuta la costituzione del fondo patrimoniale.

Questo perché la possibilità per il creditore di attivare questa forma di tutela del credito è condizionata anzitutto dal fattore temporale, essendo l'azione revocatoria soggetta al termine di prescrizione quinquennale *ex art.* 2903 c.c., con la conseguenza che il creditore danneggiato potrebbe vedersi precluso il ricorso all'azione revocatoria per intervenuta prescrizione.⁴³⁰

⁴²⁹ Cass. civ., 7.10.2008, n. 24757, cit. In questi termini v. anche Trib. Modena, 30.12.2013, n. 2063, in *www.iusexplorer.it.*; Trib. Prato, 24.2.2009, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 187 ss., con nota di BERNARDONI R., *Fondo patrimoniale e doveri di contribuzione: limiti all'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria*, il quale ha affermato che «a determinare l'"*eventus damni*" è sufficiente la mera variazione qualitativa del patrimonio del debitore, tale, però, da causare al creditore una maggiore difficoltà od incertezza nel recupero coattivo del credito». V. però Cass. 18.9.1997, n. 9292, in *Fall.*, 1998, 682 ss., con nota di FIGONE A., *La Cassazione interviene ancora su fondo patrimoniale e fallimento*, la quale ha escluso la sussistenza dell'*eventus damni*, ove il creditore abbia altri cespiti, tali da fornire adeguate garanzie di recupero per il creditore. Sempre con riferimento all'*eventus damni* si incontrano decisioni che hanno ritenuto che lo stesso deve ritenersi presunto a fronte della costituzione del fondo patrimoniale, poiché è insito nei limiti dell'operatività dell'art. 170 c.c. Così Cass. civ., 2.9.1996, n. 8013, in *Fall.*, 1997, 595. Al contrario, secondo altra giurisprudenza non può presumersi la sussistenza dell'*eventus damni* per la sola costituzione del fondo, ma questo deve essere di volta in volta accertato. Così Trib. Catania, 27.5.1993, in *Dir. fam.*, 1994, 1263 ss.; Trib. Milano, 27.9.2005, in *www.iusexplorer.it.*

⁴³⁰ V. Cass. civ., 19.1.2007, n. 1210, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1 ss., la quale ha precisato che «la disposizione dell'art. 2903 c.c., laddove stabilisce che l'azione revocatoria si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto, deve essere interpretata (attraverso il coordinamento con la disposizione generale in tema di prescrizione, di cui all'art. 2935 c.c.) nel senso che la prescrizione decorre dal giorno in cui dell'atto è stata data pubblicità ai terzi, in quanto solo da questo momento il diritto può esser fatto valere e l'inerzia del titolare protratta nel tempo assume effetto estintivo». V. anche Trib. Lecce, 28.8.2012, cit., che ha rilevato le difficoltà legate al fattore temporale in cui può incorrere il creditore che voglia attivare il meccanismo della revocatoria. Sul punto v. anche DOMENICI L., *Il fondo patrimoniale: negozio di protezione dei beni familiari*, op. cit., 561. Per ulteriori risvolti problematici legati alla

A fronte di una costituzione del fondo patrimoniale a scopo frodatario, maggiori possibilità sono a disposizione del curatore fallimentare, il quale potrà avvalersi tanto dell'art. 64 l. fall., per cui sono privi di effetto rispetto ai creditori gli atti a titolo gratuito compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, quanto dell'art. 69 l. fall., che consente la revoca degli atti a titolo gratuito compiuti tra coniugi più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale, salvo che il coniuge provi di aver ignorato lo stato d'insolvenza del coniuge fallito.⁴³¹

Viene, infine, in rilievo anche art. 66 l. fall., che consente al curatore di esperire l'azione revocatoria ordinaria, purché ne sussistano i presupposti di cui al Codice civile, senza per altro essere obbligato al previo esperimento di quella fallimentare.⁴³²

revocabilità del fondo patrimoniale v. ZACCARIA A., *È opponibile la revoca di un fondo patrimoniale a chi abbia acquistato immobili in esso vincolati?*, in *Fam. Per. Succ.*, 2012, 246 ss.

⁴³¹ Per questi profili v. DOMENICI L., *Il fondo patrimoniale: negozio di protezione dei beni familiari*, op. cit., 562 ss.

⁴³² Cass. civ., 28.5.2013, n. 13182, in *www.iusexplorer.it*

3. - I patrimoni e i finanziamenti destinati ad uno specifico affare.

Il crescente favore del nostro ordinamento nei confronti della specializzazione della responsabilità patrimoniale è testimoniato dall'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli artt. 2447 *bis* e ss. del Codice civile, che rappresentano una rivisitazione in chiave attuale della categoria dei patrimoni di destinazione elaborati dalla *Zweckvermögenstheorie*.⁴³³

Anche se il legislatore ha utilizzato genericamente l'espressione "patrimoni destinati", la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 ha previsto la possibilità per le società per azioni di avvalersi di due diversi strumenti.⁴³⁴

⁴³³ V. gli spunti offerti in tal senso da ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 545 ss. Per un'approfondita analisi dei patrimoni destinati ad uno specifico affare v.: MANES P.-PASQUARIELLO F., *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Libro V (art. 2447 *bis*-2447 *decies*), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2013; FAUCEGLIA G., *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, parte II, cap. IV, sez. IX, Giappichelli, Torino, 2013, 492 ss.; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm., Agg.*, III, Utet, Torino, 2008, 611 ss.; RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, in *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abadessa-Portale, Vol. II, Utet, Torino, 2006, 817 ss.; MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico al d.lgs. 17.1.2003 n. 6*, Vol. II, Cedam, Padova, 2005, 1676 ss.; GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005; SANTOSUOSSO D., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003; MIGNONE G., *Commento agli artt. 2447 *bis* c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Zanichelli, Bologna, 2004, 1623 ss.; SPADA P., *Responsabilità patrimoniale e articolazione del rischio, Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Afferini-Visintini, Milano, 2005, 165 ss.; ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Cedam, Padova, 2003; COMPORTE C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *La riforma della società. Commentario del d.lgs., 17.1.2003 n. 6*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, Giappichelli, 2003, 951 ss.

⁴³⁴ Dal momento che il legislatore ha previsto espressamente la possibilità di costituire patrimoni destinati ad uno specifico affare solo con riferimento alle s.p.a. in dottrina si è posto il problema circa l'applicabilità di tale istituto anche ad altri tipi societari. V. sul punto DI PAOLO F.-DE CAROLIS G., *I patrimoni e i finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Vita not.*, 2004, 58 ss., i quali hanno ritenuto inapplicabile tale istituto ad altri tipi societari, in forza del carattere tassativo delle ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale. Favorevole all'utilizzo dei patrimoni destinati da parte delle s.a.p.a. e delle società cooperative in virtù dei richiami operati dagli artt. 2454 e 2519 c.c. alla disciplina delle società per azioni è

Secondo quanto disposto dall'art. 2447 *bis*, lett. a), c.c. la società può, infatti, costituire uno o più patrimoni, ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare (c.d. modello operativo o gestionale).

La lett. b) dell'art. 2447 *bis* c.c., invece, permette alla società di stipulare un contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare, convenendo che al rimborso totale o parziale dello stesso siano destinati i proventi dell'affare medesimo (c.d. modello finanziario).

Pur differenziandosi per disciplina e funzioni tali fattispecie presentano una caratteristica comune: entrambe danno vita ad un vincolo di destinazione, da cui deriva un fenomeno di separazione patrimoniale.⁴³⁵

Attraverso l'introduzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare il legislatore ha guardato ancora una volta al patrimonio non in ragione della sua appartenenza ad un soggetto, bensì alla luce dello scopo che esso è deputato a perseguire.⁴³⁶

Sotto questo profilo, i patrimoni destinati delle s.p.a. hanno contribuito a restituire al sistema della responsabilità patrimoniale le potenzialità che ha

MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis*, in *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 7. Cfr. anche SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 613.

⁴³⁵ La dottrina ha precisato che i due modelli non sono né tra loro incompatibili, né impermeabili, ben potendo la società utilizzarli entrambi. Cfr. COMPORTI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 955. Nello stesso senso v. anche . MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, in *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 53 ss., che ha efficacemente osservato che ulteriori caratteristiche comuni alle due fattispecie sono il ricorso a mezzi di terzi per finanziare lo svolgimento dell'affare, la previsione dell'obbligo a carico della società di adottare procedure contabili e modalità organizzative che assicurano la separazione in fatto e giuridica dei beni destinati e l'adempimento di formalità pubblicitarie. Sul punto v. più approfonditamente *infra*.

⁴³⁶ V. SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 612, il quale ha riconosciuto che entrambe le fattispecie «condividono la caratteristica della strumentalità del patrimonio all'esercizio di un'attività esercitata dall'imprenditore-società per azioni nel perseguimento di una operazione economica puntualmente identificata», precisando, inoltre, che attraverso la localizzazione della responsabilità patrimoniale, si favorisce la concentrazione della ricchezza destinata alla produzione. V. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 13: «la cifra distintiva non è più nella relazione soggetto-beni, persona giuridica-patrimonio, ma nell'attività economica, nell'esercizio dell'impresa, dove il profilo dell'imputazione è relegato in secondo piano».

sempre avuto poiché, prendendo le distanze dalla concezione personalistica del patrimonio, segnano una tappa del percorso verso la sua specializzazione.⁴³⁷

In ambito societario la separazione patrimoniale appare «proiettata verso una effettiva funzione di tipo produttivo e gestionale».⁴³⁸

La costituzione del patrimonio destinato rende possibile «un secondo livello di limitazione della responsabilità patrimoniale della società», poiché determina l'insensibilità del patrimonio destinato alle vicende che interessano la società medesima.⁴³⁹

La *ratio* sottesa a tale istituto è quella di dotare le s.p.a. di strumenti che permettano loro di raggiungere il risultato della limitazione della responsabilità patrimoniale connessa allo svolgimento dello specifico affare, senza dover per questo costituire un'apposita società controllata.⁴⁴⁰

⁴³⁷ V. EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Giappichelli, Torino, 2009; TOMASI T., *Novità concorsuali in tema di patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Impresa*, 2005, 1976 ss.; GRANELLI C., *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 ss., secondo cui i patrimoni destinati rappresentano un'ulteriore tappa del «sostanziale deperimento» del principio di universalità della responsabilità patrimoniale. V. anche IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 253 ss.; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 612, secondo cui la limitazione della responsabilità patrimoniale rappresenta un'efficace stimolo ad investire in nuove operazioni, poiché consente un'organizzazione dell'iniziativa economica funzionale alla migliore ripartizione dei rischi connessi alle distinte articolazioni dell'attività. Ha parlato di «articolazione dell'attività imprenditoriale con efficacia esterna» MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 5 ss.

⁴³⁸ V. INIZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, 163 ss.

⁴³⁹ MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis*, op. cit., 39, che si è così espressa perché tale limitazione della responsabilità si aggiunge a quella assicurata ai soci dalla costituzione della società stessa. V. anche LAMANDINI M., *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. soc.*, 2003, 491 ss., che ha parlato di «segregazione nella segregazione».

⁴⁴⁰ Il medesimo risultato potrebbe essere raggiunto attraverso la costituzione di una società controllata, in modo che delle obbligazioni assunte per la realizzazione dello specifico affare risponda solo il patrimonio di quest'ultima. La logica seguita dal legislatore è stata quella di offrire alle s.p.a. un meccanismo in grado di realizzare un risparmio di costi rispetto a quelli che deriverebbero dalla costituzione di una nuova società. V. *ex multis* EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 97 ss.; ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 567, secondo cui «il nuovo istituto si giustifica per l'esigenza di contenere i costi transattivi quando alla duplicazione soggettiva si voglia pervenire al (solo) fine di realizzare la separazione patrimoniale. Il costo evitabile è quello riferibile alla costituzione e all'amministrazione d'una società che è mero "veicolo" dei rapporti giuridici che si vogliono separare dal restante

La logica è quella di evitare inutili moltiplicazioni soggettive, preferendo, in luogo di esse, la duplicazione dei patrimoni.⁴⁴¹

I patrimoni destinati di cui all'art. 2447 *bis* e ss c.c., infatti, non sono altro che una parte “separata” di quello appartenente alla società, non essendo un autonomo centro di imputazione dei rapporti giuridici relativi all'affare medesimo.⁴⁴²

Invero, come la dottrina non ha mancato di osservare, una vera e propria separazione patrimoniale si ha soltanto nell'ipotesi in cui la società si avvalga del modello c.d. operativo, dal momento che quello finanziario

patrimonio». Nello stesso senso v. anche FAUCEGLIA G., *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 492; COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 954.; CESARO E., *La disciplina del patrimonio separato*, in *La riforma del diritto societario*, a cura del Centro Studi della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, Roma, 2003, 417 ss., che ha definito la costituzione di una società apposta la fine di conseguire un obiettivo separato da quello generale, sovrabbondante rispetto allo scopo perseguito. Altra parte della dottrina ha obiettato che il risparmio di costi non sarebbe elemento sufficiente a motivare la soluzione della destinazione patrimoniale. V. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 38 ss., secondo cui la destinazione patrimoniale finisce per sollevare molteplici problemi che sono superati dalla costituzione di una controllata totalitaria con unico socio. MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1630 ss.; RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 825 ss., il quale ha puntualizzato che «la segregazione patrimoniale diventa, però, in concreto inevitabile rispetto alla costituzione di società di capitali uni personale, allorché i beni e i rapporti da separare non siano rappresentati da entità suscettibili di essere conferite in società di capitali».

⁴⁴¹ EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 104, secondo cui l'introduzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare «sta finalmente a dimostrare come non si ritenga più necessario ricorrere alla creazione di un nuovo ente, dunque allo schermo della personalità giuridica, ove si voglia ottenere l'effetto di convogliare la responsabilità patrimoniale del debitore su una massa separata del suo patrimonio, privilegiando le concrete istanze di efficienza ed economicità della gestione societaria».

⁴⁴² V. SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 362 ss.; COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 958 ss., il quale ha affermato che con l'introduzione dei patrimoni destinati si permette che rapporti giuridici incidano sul regime di responsabilità dei soggetti in modo difforme da quello previsto dall'art. 2740 c.c., senza intaccare il profilo dell'imputazione al soggetto. V. anche ARLT R., *I patrimoni dedicati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2004, 323 ss.; FIMMANO' F., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Quad. Giur. comm.*, 2008, 12 ss. (v. spec. 49): «la società anche quando destina una parte del patrimonio ad un determinato affare, rimane l'unico soggetto al quale sono imputate la titolarità dei beni destinati e le relative attività di impresa».

determina «una mera segregazione del flusso dei proventi dell'operazione economica».⁴⁴³

Se, infatti, ricorrendo al modello operativo la società fraziona il proprio patrimonio destinandone una parte esclusivamente alla realizzazione di uno specifico affare, nel caso dei c.d. finanziamenti destinati tale scissione manca. Oggetto della separazione sono soltanto gli eventuali proventi dell'affare, i quali, se realizzati, costituiranno una massa a sé stante rispetto al patrimonio della società, essendo destinati in via esclusiva al rimborso del finanziatore.⁴⁴⁴

Di conseguenza, mentre la funzione della segregazione occasionata dai patrimoni destinati è quella di consentire il beneficio della specializzazione della responsabilità patrimoniale connessa alla realizzazione di affari determinati, nell'altro caso essa è volta, piuttosto, a ottenere un finanziamento, essendo funzionale alla sola restituzione del medesimo.⁴⁴⁵

Ambedue i modelli comportano una significativa deviazione dai principi dettati dagli artt. 2740 e 2741 c.c., che assume, tuttavia, caratteristiche differenti.

Certo è che i finanziamenti destinati incidono in misura minore sui diritti dei creditori, dal momento che essi coinvolgono solamente beni futuri ed eventuali della società, sicché tra le due fattispecie sono i patrimoni destinati di cui alla lett. a) dell'art. 2447 *bis* a offrire spunti di maggiore interesse ai fini del presente lavoro.

⁴⁴³ EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 99.

⁴⁴⁴ MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1698; COMPORTI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 955; EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 104; FAUCEGLIA G., *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 495; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 95; SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, in *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abadessa-Portale, Vol. II, Utet, Torino, 2006, 877 ss. V. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 57 ss.

⁴⁴⁵ COMPORTI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 955. Cfr. anche IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 261; LAMANDINI M., *Patrimoni separati e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2005, 37 ss., il quale ha visto nei finanziamenti destinati una particolare forma di garanzia sui proventi di un affare a servizio di un prestito, il cui scopo è appunto quello del finanziamento di uno specifico affare.

3.1. - *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis lett. a) c.c.)*

La separazione patrimoniale generata dai patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 *bis* lett. a) c.c. è «una fattispecie a formazione progressiva, che si raggiunge solo al termine del compimento di una sequenza complessa».⁴⁴⁶

Essa sorge esclusivamente se sussistono tutti i presupposti stabiliti dagli artt. 2447 *bis* e ss. c.c., che si sostanziano tanto in requisiti sostanziali, quanto pubblicitari.

I patrimoni destinati ad uno specifico affare si costituiscono attraverso la segregazione di taluni beni e rapporti facenti parte del patrimonio della società, nonché con eventuali apporti di terzi.⁴⁴⁷

Non vi sono limiti qualitativi all'oggetto della destinazione, che può comprendere qualsiasi tipologia di bene e rapporto giuridico funzionale alla realizzazione dell'affare.⁴⁴⁸

Oggetto della destinazione possono essere tanto beni già esistenti nel patrimonio della società, quanto beni frutto di nuovi conferimenti appositamente raccolti tra i soci o apportati da terzi.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 44.

⁴⁴⁷ Cfr. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 59, che ha ravvisato nei patrimoni destinati costituiti con l'apporto di terzi un terzo modello, di natura mista. La dottrina ha evidenziato come l'apporto dei terzi risulti particolarmente significativo per la realizzazione degli affari economicamente più complessi. Così QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 99. È stato da taluno escluso che il patrimonio destinato possa comporsi solo di risorse apportate dai terzi. V. EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 136; PAOLO F.-DE CAROLIS G., *I patrimoni e i finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 39.

⁴⁴⁸ V. MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1684; RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 843, secondo cui questo rappresenta il principale motivo per preferire lo strumento dei patrimoni destinati rispetto a quello della costituzione di una società *ad hoc*.

⁴⁴⁹ Per una dettagliata analisi di tali profili si rinvia a MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 ter c.c.*, op. cit., 79 ss., dove si chiarisce che è ammissibile che i beni e rapporti giuridici oggetto della destinazione abbiano «un saldo negativo», fermo il riconoscimento che tale soluzione si presta ad utilizzi abusivi da parte della

Analogamente a quanto accade per il fondo patrimoniale, l'effetto destinatorio non si accompagna necessariamente a quello traslativo: ciò che si verifica è il mutamento del regime giuridico dei beni che sono oggetto del patrimonio dedicato sui quali si crea un vincolo di indisponibilità e di assoggettamento al peculiare regime di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2447 *quinquies*.⁴⁵⁰

In ragione della sottrazione dei beni e rapporti destinati alla garanzia patrimoniale generica, la disciplina di cui agli artt. 2447 *bis* e ss. c.c. è improntata ad assicurare la tutela dei creditori. Tale esigenza caratterizza tanto la fase genetica della destinazione, quanto quella dinamica di svolgimento dello specifico affare.

È proprio nell'ottica di salvaguardare le ragioni dei creditori sociali che deve leggersi il primo requisito di tipo sostanziale posto per la costituzione dei patrimoni destinati.⁴⁵¹

società che ricorra alla costituzione dei patrimoni separati per destinarvi passività. Nello stesso senso v. anche RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 845, il quale ha riconosciuto che al momento della costituzione del patrimonio destinato non è necessario che il valore netto dello stesso sia positivo e ha rilevato che, di conseguenza, «il problema si sposta nell'evitare che la separazione patrimoniale sia utilizzato per “liberare” il patrimonio residuo dalle passività, così che, attraverso un uso distorto dell'istituto e la destinazione dei debiti, si riesca a “ghettizzare” i creditori, lasciando loro solo i beni e i rapporti segregati, di scarso valore o di difficile espropriabilità». *Contra* la possibilità che il patrimonio destinato comprenda anche elementi passivi v. LAMANDINI M., *Patrimoni separati e tutela dei creditori*, op. cit. 40.

⁴⁵⁰ V. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 ter c.c.*, op. cit., 80; RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 817 ss. Cfr. quanto rilevato a proposito della costituzione del fondo patrimoniale, cap. IV, § 2.

⁴⁵¹ EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 124 ss., secondo cui tale limite rappresenta il vero strumento di tutela dei creditori nella fase iniziale di costituzione dei patrimoni destinati. V. anche SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 616; SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 362 ss., che ha individuato nell'art. 2447 *bis* co., 2, c.c., una norma imperativa relativa ai soli patrimoni destinati, poiché nei finanziamenti destinati non si pone il problema della riduzione delle garanzie patrimoniali, posto che l'apporto avviene esclusivamente per opera dei terzi. Cfr. anche INIZIARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 168.; MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1679 ss.; COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 67, secondo cui il vincolo dimensionale sembra riconducibile all'esigenza di limitare in modo accettabile la deroga all'art. 2740, co. 1, c.c.

Si tratta di un limite quantitativo, poiché essi non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al 10% del patrimonio netto della società.⁴⁵²

La ragione del predetto limite è stata ravvisata nell'esigenza di «mantenere un equilibrato rapporto tra ciò che è “la società” e ciò che sono “il suo” o “i suoi patrimoni destinati”». ⁴⁵³

Indubbiamente quando il legislatore acconsente alla localizzazione della responsabilità patrimoniale è necessario che il fenomeno sia strutturato in modo tale che non si presti ad utilizzazioni abusive.⁴⁵⁴

Che il limite quantitativo posto dall'art. 2447 *bis*, comma 2, c.c. sia realmente idoneo a soddisfare tale proposito è tutt'altro che sicuro. Il legislatore ha finito, infatti, col trascurare che l'effettività della garanzia patrimoniale dipende anche dalla composizione qualitativa del patrimonio e non solo quantitativa.⁴⁵⁵

Nel silenzio del legislatore, la dottrina maggioritaria ha ritenuto che il limite dimensionale debba essere rispettato solo durante la fase costitutiva,

⁴⁵² Il riferimento al patrimonio netto deve intendersi all'importo corrispondente alla voce così denominata nel bilancio della società, comprensivo di capitale, riserve e utili. Così MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1632 ss., il quale ha precisato anche che nel caso in cui il patrimonio sia costituito anche con apporti di terzi, per il computo del limite del 10% andrà considerata solo la parte del patrimonio rappresentata dal contributo della società. Per una dettagliata analisi delle modalità di funzionamento di tale limite si rinvia a MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 63 ss. V. anche COMPORTI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 966 ss.

⁴⁵³ Così MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1632, secondo cui entro questo limite il fenomeno del frazionamento della responsabilità può ritenersi contenuto in una dimensione tale da non produrre eccessivi squilibri nel sistema dei rapporti fra creditori della società.

⁴⁵⁴ Cfr. MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1633 s., il quale ha illustrato le conseguenze a cui porterebbe una illimitata frazionabilità del patrimonio: «la società potrebbe suddividerlo completamente in comparti, proponendosi all'esterno come una specie di natante a camere stagne i cui guadagni possono essere fatti fluire verso l'alto (..) ma le perdite restano chiuse nei singoli alvei che le hanno prodotte, ove restano pure confinati, stretti come sardine, i relativi creditori».

⁴⁵⁵ In questi termini v. QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 105 ss., il quale ha rilevato anche che in ragione di tale limite per le iniziative economiche maggiormente rilevanti la società, se vuole beneficiare della limitazione della responsabilità, non potrà che dare vita ad una nuova società. Nello stesso senso v. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 61 ss. V. anche EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 133, che ha definito il limite quantitativo «croce e delizia» della disciplina dei patrimoni destinati.

essendo irrilevante il successivo superamento per effetto dell'incremento del valore del patrimonio destinato o di perdite del patrimonio della società.⁴⁵⁶

Vi è poi un limite oggettivo alla costituzione dei patrimoni destinati, essendo preclusa la loro creazione per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali.⁴⁵⁷

Secondo quanto previsto dall'art. 2447 *ter* c.c., l'atto di destinazione si realizza attraverso una delibera adottata dal consiglio di amministrazione a maggioranza assoluta, salvo diversa previsione da parte dello statuto.⁴⁵⁸

La legge non prevede espressamente alcun requisito formale della delibera, stabilendo esclusivamente l'onere di deposito e iscrizione di cui all'art. 2436 c.c. Tuttavia, proprio il richiamo a tale disposizione ha indotto parte della dottrina ad affermare la necessità dell'intervento notarile in sede di costituzione del patrimonio destinato.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ V. MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1681; SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 366; FAUCEGLIA G., *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 493; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 617, il quale ha affermato che pare di dover escludere la sussistenza di uno specifico obbligo degli amministratori di provvedere al ripristino del rispetto del limite quantitativo se nella fase dinamica emergesse l'alterazione del rapporto tra patrimonio destinato e patrimonio al netto della società. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 66, ha avanzato l'idea che il superamento può essere fatto valere tramite l'opposizione di cui all'art. 2447 *quater* c.c.

⁴⁵⁷ Sul punto si rinvia a MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis*, op. cit., 66 ss. La *ratio* di tale previsione è quella di evitare che i soggetti che hanno ricevuto l'autorizzazione per una determinata attività svolgano uno specifico affare che rientra nella stessa mediante il patrimonio destinato.

⁴⁵⁸ MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1635, ha precisato che la costituzione del patrimonio separato va considerata una modificazione dell'atto costitutivo.

⁴⁵⁹ V. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quater c.c.*, op. cit., 122 ss.; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 617; MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1653. *Contra* COMPORTI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 982; EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 110, secondo cui alcuni aspetti della delibera si sottrarrebbero alle capacità di controllo notarile, in quanto implicano una verifica di opportunità e necessità gestorie che non è lecito chiedere al notaio che interviene quale mero controllore della legalità. V. anche LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 543 ss., dove si legge che nessun dubbio può esservi circa la necessità dell'intervento notarile quando la deliberazione deve essere trascritta, essendo compresi nel patrimonio destinato beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri.

Questo nell'ottica di tutelare i creditori da possibili abusi della separazione patrimoniale, in quanto al notaio sarebbe demandato un controllo di legalità circa la costituzione del patrimonio destinato, in assenza del quale sarebbe impedita l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese e l'effetto di limitazione della responsabilità.⁴⁶⁰

Sempre al fine di garantire la massima trasparenza e preservare le ragioni dei creditori, l'art. 2447 *ter* contiene un elenco tassativo dei requisiti della delibera costitutiva del patrimonio destinato.⁴⁶¹

Pur avendo il legislatore omissivo di precisare quali siano le conseguenze derivanti dal mancato rispetto di tale previsione, si ritiene di dover accogliere l'impostazione seguita dalla dottrina prevalente, secondo cui ciò determina l'inefficacia del vincolo di destinazione.⁴⁶²

Il nucleo centrale della delibera costitutiva si identifica indubbiamente nell'indicazione dello specifico affare a cui è destinato il patrimonio.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Tale controllo di legittimità si sostanzia nella verifica dell'assenza della manifesta mancanza delle condizioni richieste dalla legge. Così MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quater*, op. cit., 124 ss. Hanno affermato l'indispensabilità dell'intervento notarile perché possa prodursi la segregazione del patrimonio destinato anche: QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 100; RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 832 ss., il quale ha rilevato che un'ulteriore conferma circa la necessità del controllo notarile si evince dal fatto che per il contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare è previsto solo il deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese senza che sia richiamato l'art. 2436 c.c. L'autore ha osservato che il vero problema è piuttosto quello di individuare il contenuto del concreto controllo che il notaio è chiamato a esercitare.

⁴⁶¹ Per una attenta disamina di tali requisiti si rinvia a: RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 835 ss.; MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1682 ss.; MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 ter c.c.*, op. cit., 74 ss.

⁴⁶² INIZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 167 ss., il quale ha sostenuto l'inefficacia della destinazione per incompletezza o inesistenza della delibera. L'autore ha, inoltre, precisato che solo alcuni requisiti debbono essere necessariamente previsti nella delibera costitutiva, mentre gli altri (quelli di cui alla lettera d), e) e f)) possono anche sopraggiungere nelle delibere successive. V. anche QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 96; MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 ter c.c.*, op. cit., 74 ss.; EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 115, ha precisato che alle medesime conseguenze conducono tanto la radicale omissione, quanto la inesattezza, non veridicità o non adeguata precisione delle indicazioni richieste.

⁴⁶³ V. CESARO E., *La disciplina del patrimonio separato*, op. cit., 420, secondo cui ove manchi l'indicazione dell'affare a cui è destinato il patrimonio l'atto di destinazione non sarebbe semplicemente inefficace e inopponibile ai creditori, bensì giuridicamente inesistente per mancanza di contenuto essenziale. Con riferimento al modo in cui l'affare deve essere

Requisito di tipo sostanziale, essenziale ai fini della costituzione del patrimonio separato, è la sua destinazione alla realizzazione di un affare determinato e distinto rispetto alla residua attività svolta dalla società.⁴⁶⁴

Sembra preferibile interpretare estensivamente la nozione di affare di cui all'art. 2447 *ter*, sicché essa può sostanziarsi anche nell'esercizio di un ramo dell'attività d'impresa svolta dalla società.⁴⁶⁵

La dottrina non ha mancato di osservare che il termine utilizzato dal legislatore è volutamente ampio, così da lasciare discrezionalità alle imprese

indicato v. RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 837, ha precisato che nella delibera costitutiva è sufficiente che vi sia una precisa menzione dello specifico affare per gli atti posti in essere al fine di realizzarlo, non essendo però consentita un'indicazione imprecisa, poiché non consentirebbe al terzo di comprendere il vincolo di destinazione e, quindi, di accertare *ex ante* il patrimonio sul quale poi soddisfarsi. Cfr. anche INIZIARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 167, secondo cui è del tutto insufficiente l'indicazione delle attività per tipologia, genere, dovendo essere piuttosto indicata la specifica iniziativa attraverso cui realizzare tale attività.

⁴⁶⁴ RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 836 ss., il quale ha precisato che l'affare deve essere determinato e distinto sia attraverso una individuazione territoriale che tipologica.

⁴⁶⁵ In proposito la dottrina ha proposto soluzioni contrastanti. L'interpretazione estensiva è stata prospettata da SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 614, il quale ha sostenuto non essere d'ostacolo l'aggettivo specifico alla costituzione di patrimoni destinati a rami particolari o a nuovi comparti dell'attività imprenditoriale esercitati in via continuativa dalla società. Nello stesso senso v. anche SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 365 ss. COMPORTI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 962; LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 543 ss. Altra dottrina ritiene preferibile un'interpretazione restrittiva, tale per cui il termine "affare" si riferirebbe al singolo affare o, al massimo, ad una più vasta operazione economica, non potendo essere inteso quale sinonimo di attività. Secondo questa dottrina una diversa conclusione consentirebbe una sottrazione pressoché permanente di una parte del patrimonio societario alla garanzia dei creditori generali, con un'indebita compressione dei diritti di questi. In questi termini v. EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 117 ss., il quale ha affermato che il concetto di operazione economica deve intendersi come «insieme articolato di atti diretti tutti al raggiungimento di un risultato economico unitario, in grado di tradursi in un utile per la società». Ha utilizzato l'espressione «iniziativa economica» MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1679, sulla base del presupposto che i patrimoni destinati equivalgono alla costituzione di una nuova società. Cfr. anche QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 96; GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 ter c.c.*, op. cit., 76 ss.; POTITO L., *Patrimoni destinati ... all'insuccesso?*, in *Società*, 2006, 549 ss.

nell'utilizzo dei patrimoni destinati, dal momento che il solo limite è dato dal fatto che l'affare deve rientrare nell'oggetto sociale.⁴⁶⁶

Altra questione particolarmente delicata è quella relativa alla necessaria temporaneità dell'affare. Parte della dottrina, al fine di evitare una perpetua sottrazione alla garanzia patrimoniale generica dei beni oggetto del patrimonio separato, ha ritenuto di dover escludere che l'affare possa sostanziarsi in un'attività svolta in via continuata, arrivando alla conclusione che i patrimoni destinati di cui all'art. 2447 *bis* sono una forma di separazione patrimoniale solo temporanea.⁴⁶⁷

Certamente non si può trascurare la necessità di arginare il rischio che la costituzione dei patrimoni destinati avvenga al solo scopo di frodare i creditori, tuttavia è questo un risultato che potrà essere raggiunto attraverso l'utilizzo di strumenti più efficaci, quali la revocatoria o il diritto di opposizione, a nulla rilevando sotto questo profilo il carattere temporaneo della separazione patrimoniale.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 ter*, op. cit., 77; EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 118. V. anche MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1636 ss., il quale ha affermato che per affare dovrebbe intendersi un insieme di atti legati da un nesso funzionale, idonei a concretare e a portare a compimento una vicenda in grado di produrre utili. «Si tratterà dunque di un affare “speculativo”, nel senso di capace di produrre un lucro oggettivo (..) Il concetto di “affare” non implica di per sé limitazioni quantitative e pertanto esso potrà avere dimensioni anche rilevanti».

⁴⁶⁷ In tal senso v. EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 118 ss. I principali argomenti addotti dalla dottrina per giustificare tale soluzione riposano sull'art. 2447 *ter c.c.*, in quanto tale disposizione alla lett. c) si riferisce alla realizzazione dell'affare, e sull'art. 2447 *novies c.c.*, in base al quale il compimento dell'affare realizza una causa di liquidazione del patrimonio destinato. V. COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 963; MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 ter c.c.*, op. cit., 76; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 96.

⁴⁶⁸ Favorevoli a che l'affare sia svolto in via continuativa sono RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 838, il quale ha rilevato il carattere non univoco delle disposizioni citate dalla dottrina cit. alla nota precedente. L'autore ha, infatti, osservato che l'art. 2447 *novies* non vuole che sia prestabilito il termine entro cui l'affare deve essere compiuto, ma solamente regolare la vicenda nel caso in cui l'attività non possa più essere proseguita. Lo stesso dicasi per l'art. 2447 *ter c.c.*, che tenderebbe solamente a imporre la congruità del patrimonio rispetto alla iniziativa economica da realizzarsi, senza prendere necessariamente in considerazione il momento della sua cessazione. V. anche MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1678; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 614.

Uno strumento di tutela preventiva dei creditori è offerto, piuttosto, dalla necessaria indicazione nella delibera di un piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio destinato al perseguimento dell'affare.

Tale piano ha rilevanza fondamentale sia per i creditori, che possono ponderare l'esercizio di eventuali azioni a tutela della propria posizione, sia per gli investitori, che sono così in grado di valutare al meglio l'opportunità dell'investimento.⁴⁶⁹

Dalla previsione contenuta nell'art. 2447 *ter*, lett. c), c.c. si evince che tra i requisiti sostanziali a cui è subordinata la valida costituzione del patrimonio separato vi è quello della congruità dello stesso rispetto all'affare da realizzare.⁴⁷⁰

Nel caso in cui la massa patrimoniale dovesse risultare incongrua, conseguenza inevitabile sarebbe l'invalidità della costituzione del patrimonio destinato, sicché non si verificherebbe alcuna specializzazione della responsabilità patrimoniale.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ V. SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 615, il quale ha affermato che il piano ha una duplice funzione: da un lato vale a giustificare la limitazione della responsabilità della società nella specifica intrapresa, e dall'altro costituisce l'unico strumento di apprezzamento della decisione gestoria di destinazione patrimoniale da parte dei terzi. V. anche INIZIARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 169, che ha riconosciuto nel piano uno strumento di valutazione prospettica del patrimonio rispetto allo scopo produttivo che si intende perseguire. EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 121, il quale a letto nell'art. 2447 *ter*, co. 1, lett. c), una disposizione volta ad impedire comportamenti abusivi a danno dei creditori. V. anche IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 262.

⁴⁷⁰ Il modo in cui deve interpretarsi il requisito della congruità è stato specificato da MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 *ter* c.c.*, op. cit., 87, secondo cui esso deve essere inteso sia in senso statico (quale capacità dei beni di soddisfare i creditori particolari), sia in senso dinamico (quale capacità di completare l'affare, rimborsare i creditori e remunerare gli investitori). Quanto al contenuto del piano attestante la congruità, esso è sia economico, poiché deve dare conto dei risultati attendibili, sia finanziario, poiché deve indicare i flussi finanziari necessari per il compimento dell'affare. V. anche SCARPA D., *Dinamicità e congruità del patrimonio destinato ad uno specifico affare*, in *Società*, 2010, 39 ss., il quale ha affermato che per congruità si intende «capacità dei beni che compongono il patrimonio destinato a realizzare l'affare». MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1684.

⁴⁷¹ V. GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 76; EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 121; MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 *ter**, op. cit., 87 ss., ha affermato che il mancato rispetto di tale parametro determina una causa di invalidità della delibera che attribuisce ai creditori azione contro gli amministratori. *Contra* nel

Discutibile è, invece, la necessità che tale requisito permanga per tutta la durata dell'affare.⁴⁷²

Molteplici sono gli oneri pubblicitari che devono essere rispettati ai fini della valida costituzione del vincolo di destinazione e della conseguente limitazione della responsabilità patrimoniale della società.⁴⁷³

Innanzitutto, l'art. 2447 *quater* c.c. stabilisce che la delibera costituiva del patrimonio dedicato deve essere depositata e iscritta a norma dell'art. 2436 c.c.

Risulta, tuttavia, problematica l'individuazione del momento in cui si realizza l'effetto della separazione patrimoniale, poiché il secondo comma dell'art. 2447 *quater* c.c. attribuisce ai creditori sociali anteriori all'iscrizione il diritto di opposizione, da esercitare nel termine di sessanta giorni.

L'art. 2447 *quinquies* c.c., inoltre, stabilisce che solamente decorso detto termine (o dall'iscrizione del provvedimento del tribunale che autorizza l'esecuzione della delibera nonostante l'opposizione) è precluso ai creditori sociali agire esecutivamente sul patrimonio destinato.

senso non si ha invalidità della delibera costitutiva, ma la mera revocabilità degli atti costitutivi privi del requisito della congruità del patrimonio alla realizzazione dell'affare è FIMMANÒ F., *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fall.*, 2005, 1105 ss.; LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 543 ss., secondo cui la mancata congruità può solamente dar luogo a responsabilità della società e degli organi deliberanti per aver ingenerato affidamento nei terzi e nei creditori circa la adeguatezza del patrimonio destinato a garantire gli impegni che possono sorgere dalla realizzazione dell'affare.

⁴⁷² Hanno dato risposta negativa a tale quesito sulla base del presupposto che ciò rientra nella normale alea connessa all'attività di impresa EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 122; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 615; MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1684, secondo cui se il patrimonio diventasse insufficiente al punto da rendere impossibile la prosecuzione del medesimo, si procederà alla sua liquidazione, in applicazione dell'art. 2447 *novies* c.c. *Contra*, QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 98; INIZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 170; SCARPA D., *Dinamicità e congruità del patrimonio destinato ad uno specifico affare*, op. cit., 42, secondo cui si verifica in questo caso un abuso della separazione patrimoniale con la conseguente possibilità di perdere il privilegio della separazione.

⁴⁷³ V. IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 725 ss.; SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 367, ha osservato che senza pubblicità la delibera non ha effetti giuridici e non è opponibile ai creditori.

Sembra, pertanto, di dover affermare che «l'iscrizione è elemento necessario ma non sufficiente al prodursi dell'effetto reale», perfezionandosi la fattispecie solo con il decorso dei termini di cui all'art. 2447 *quinquies* c.c.⁴⁷⁴

Fino a quando la separazione patrimoniale non diverrà efficace per il verificarsi degli eventi a cui è subordinata, la società continuerà a rispondere delle obbligazioni con tutto il suo patrimonio, quand'anche esse siano inerenti allo specifico affare.⁴⁷⁵

Non sembra accettabile, né alla luce del dettato normativo, né in ragione delle eccessive disparità di trattamento che ne deriverebbero, la soluzione prospettata da chi ha ritenuto di dover distinguere il momento di decorrenza della separazione patrimoniale con riguardo ai i creditori sociali anteriori all'iscrizione, o, rispettivamente, a quelli successivi e alla società.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Così IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, op. cit., 728, il quale ha addotto a sostegno di tale affermazione evidenti ragioni di tutela dei creditori particolari, poiché «coloro che contrattano con il patrimonio destinato convinti di vantare una garanzia esclusiva sui beni che ne fanno parte rischiano di subire il concorso di alcuni creditori sociali, fino a giungere a situazioni in cui il patrimonio sarebbe totalmente eroso dalle azioni degli opposenti». V. anche GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 90 ss.; COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, 984; MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1688; ARLT R., *I patrimoni dedicati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, op. cit., 339. Tale dottrina ha ritenuto l'effetto reale sospensivamente condizionato al verificarsi di tre eventi tra loro alternativi, ovvero: la mancanza di opposizioni tempestive; in caso di opposizione, l'autorizzazione del tribunale all'esecuzione della deliberazione previa prestazione da parte della società di idonea garanzia; sempre in caso di opposizione, l'esito negativo della stessa. Specificamente, SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 623, ha attribuito all'iscrizione della delibera «efficacia costitutiva parziale» e ha affermato che la sua omissione impedisce il decorso del termine entro cui i creditori sociali possono fare opposizione, laddove, se venisse comunque attuata sarebbe inefficace nei confronti dei creditori medesimi. Altra dottrina ha ritenuto, invece, che il vincolo di destinazione sorga già al momento dell'iscrizione, essendo differita solo la sua opponibilità ai creditori sociali anteriori. V. in particolare RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 86, il quale ha ritenuto di dover distinguere il piano dell'efficacia della segregazione patrimoniale, che opera fin dal momento dell'iscrizione della delibera, da quello di esecuzione della delibera, che è suscettibile di sospensione in virtù dell'opposizione.

⁴⁷⁵ V. COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, 984. BARTALENA A., *I patrimoni destinati: due posizioni a confronto. I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 89 ss., il quale ha sostenuto l'impossibilità di dare esecuzione alla delibera non ancora efficace per mancanza di un presupposto legale, individuando il fondamento normativo di tale affermazione nella previsione di cui art. 2447 *quinquies* c.c., che posticipa l'efficacia iniziale della delibera al decorso del termine per l'opposizione.

⁴⁷⁶ Così GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 97 ss., il quale ha affermato che l'effetto immediato della separazione patrimoniale deve escludersi solo

La separazione patrimoniale diviene, dunque, efficace solo al completamento dell'intera fattispecie e i suoi effetti retroagiscono al momento dell'iscrizione della delibera.⁴⁷⁷

Se oggetto del vincolo di destinazione sono beni immobili o mobili registrati, l'art. 2447 *quinquies*, comma 2, c.c. richiede l'adempimento di un ulteriore onere pubblicitario, ovvero quello della trascrizione.

La trascrizione della destinazione allo specifico affare ha valore costitutivo del vincolo poiché la sua mancanza ne impedisce il sorgere in relazione all'intero patrimonio.⁴⁷⁸

con riferimento ai creditori sociali anteriori, decorrendo invece dal momento dell'iscrizione della delibera tanto per gli altri creditori, quanto per la società. Ne deriva che i creditori anteriori fino al perfezionamento della fattispecie possono aggredire sia il patrimonio generale della società, sia quello destinato. La società può, invece, dare immediata esecuzione alla delibera, sicché delle obbligazioni assunte in relazione allo specifico affare risponde solo con il patrimonio destinato. Così anche ARLT R., *I patrimoni dedicati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, op. cit., 340 ss., che ha sottolineato, tuttavia, come ciò determini una «sperequazione nella posizione dei creditori».

⁴⁷⁷ Così IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, op. cit., 728, il quale ha rilevato altresì l'interesse dei terzi a venire a conoscenza degli eventi condizionanti dal cui verificarsi dipende la realizzazione o la mancata realizzazione della separazione patrimoniale. Sarebbe per questo opportuno, pur in assenza di una espressa previsione normativa, la pubblicizzazione anche delle opposizioni proposte e dei provvedimenti del tribunale che le rigettano.

⁴⁷⁸ V. COMPORTI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 987, secondo cui «il regime patrimoniale delle obbligazioni» decorre dalla trascrizione del vincolo. Nello stesso senso v. anche IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, op. cit., 729; SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 367; ARLT R., *I patrimoni dedicati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, op. cit., 341; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 11; MAGNANI M., *I trust ed i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Impresa*, 2006, 1766 ss.; LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 543 ss., secondo cui non è chiaro se la mancata pubblicità relativa a tali specifici beni escluda *in toto* la nascita del patrimonio destinato ovvero se la separazione venga meno solo limitatamente ad essi. «Sebbene quest'ultima soluzione sembrerebbe più conforme ai principi di funzionamento della pubblicità immobiliare, tuttavia la lettera della norma orienta verso una più generale efficacia preclusiva della separazione». *Contra*, nel senso che la trascrizione ha solo valore di pubblicità notizia: MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies*, op. cit., 146; RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 862; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 624, secondo cui si deve distinguere tra efficacia della destinazione e opponibilità. Pertanto, seguendo tale impostazione il vincolo di destinazione, anche quando ha ad oggetto beni soggetti a trascrizione, sorge per effetto dell'iscrizione nel registro delle imprese, essendo semplicemente inopponibile ai creditori sociali fino al momento della trascrizione.

Il mancato rispetto degli oneri pubblicitari previsti ai fini della costituzione del vincolo determina la sua inefficacia, essendo irrilevante l'eventuale conoscenza che i terzi ne abbiano comunque avuto.⁴⁷⁹

Inoltre, al fine di consentire l'individuazione del patrimonio destinato in ogni fase di esecuzione dell'affare l'art. 2447 *sexies* c.c. impone la contabilizzazione separata degli atti gestori e l'obbligo di rendicontazione periodica.⁴⁸⁰

Premesso quanto sopra, il «cuore della disciplina dei patrimoni destinati» risiede nell'art. 2447 *quinquies* c.c.⁴⁸¹

Alla luce di tale disposizione si può osservare che i patrimoni dedicati ad uno specifico affare determinano una netta deviazione dai principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., poiché si crea una distinzione dei creditori in classi sulla base della qualità dei rispettivi crediti.⁴⁸²

⁴⁷⁹ IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, op. cit., 727. Critica nei confronti di tale soluzione è MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis*, op. cit., 45. Ha rilevato, inoltre, l'inadeguatezza dell'iscrizione della delibera quale strumento pubblicitario poiché costringe periodicamente i creditori a controllare i registri delle imprese ARLT R., *I patrimoni dedicati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, op. cit., 339, secondo cui sarebbe stato più opportuno imporre alla società l'obbligo di comunicazione della delibera da parte della società ai creditori sociali anteriori. V. anche LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 502.

⁴⁸⁰ Sul punto v. FAUCEGLIA G., *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 495. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447quinquies c.c.*, op. cit., 147, la quale ha osservato che «uno dei *leitmotiv* della disciplina è rappresentato dalla centralità della regolare tenuta delle scritture contabili per dare evidenza alla separazione e per evitare la confusione dei patrimoni». Critico è LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 543 ss., secondo cui questa soluzione ha, sul piano della conoscibilità, il difetto che la destinazione dei nuovi acquisti può essere ricostruita solo a posteriori, sulla base della contabilità, e non fin dal momento della conclusione dell'atto di acquisto. «Inoltre, affidare alla contabilità il valore di elemento determinante l'imputazione dell'acquisto, pone l'ulteriore problema di quale soluzione adottare in caso di difformità tra il dato contabile e l'oggettiva destinazione del bene».

⁴⁸¹ Così COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 985.

⁴⁸² V. COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 986; MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis*, op. cit., 5 ss.; GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 89 ss.; EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 104 ss. Con riferimento all'impatto dei patrimoni dedicati sui principi della responsabilità patrimoniale v. PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1559 ss., secondo cui i patrimoni destinati divergono dalle cause di prelazione poiché non limitano ma «elidono la *par condicio creditorum*, in funzione della più ampia garanzia di crediti futuri che possono sorgere anche in dipendenza di un

All'interno del «perimetro» entro il quale si articola la separazione patrimoniale si collocano i creditori sociali, i creditori particolari, ovvero quelli il cui credito è inerente allo specifico affare, e i creditori c.d. involontari, il cui credito deriva da un fatto illecito.⁴⁸³

Nel caso in cui la società di avvalga contemporaneamente anche dei finanziamenti dedicati di cui all'art. 2447 *decies* c.c., vi sarà un'ulteriore categoria di creditori, ovvero quella dei finanziatori.⁴⁸⁴

L'art. 2447 *quinquies* c.c. configura una separazione di tipo bilaterale, poiché i creditori sociali non possono agire esecutivamente sui beni che compongono il patrimonio destinato e i creditori particolari possono far valere le loro ragioni soltanto su di esso, salvo diversa disposizione contenuta nella deliberazione costitutiva.⁴⁸⁵

Le diverse classi di creditori sono evidentemente portatrici di interessi contrapposti.

rapporto non ancora esistente al momento della loro costituzione». V. anche SPADA P., *Responsabilità patrimoniale e articolazione del rischio*, op. cit., 165 ss.; FERRO-LUZZI P., *La disciplina dei patrimoni separati*, *Riv. soc.*, 2002, 121 ss.; BECCHETTI E., *Riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, I, 49 ss.; SCHLESINGER P., *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. e pratica delle società*, 2003, 6 ss.; RIBATTI BEDOGNI C., *Patrimoni dedicati*, in *Riv. Not.*, 2002, 1121 ss.

⁴⁸³ L'espressione virgolettata è di MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies*, op. cit., 140. V. anche GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 90 ss.

⁴⁸⁴ COMPORTI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 986. Con riferimento a tale fattispecie v. più approfonditamente *infra*, par. 3.2.

⁴⁸⁵ V. RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 818, che ha parlato di separazione a doppio senso. V. anche LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 496; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 106 ss. V. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 43, la quale ha affermato che proprio in ragione del fatto che la società può derogare al carattere bilaterale della separazione essa «non è biunivoca e simmetrica» e non consente, dunque, di parlare tecnicamente di segregazione quale quella attuata dal *trust*, perché alla possibilità che la società scelga di rispondere per le obbligazioni contratte dal patrimonio di destinazione non fa da contraltare la responsabilità del patrimonio di destinazione (...): esiste dunque una comunicabilità unidirezionale che opera soltanto dalle obbligazioni inerenti al patrimonio destinato dalla società, ma non viceversa». Cfr. MAGNANI M., *I trust ed i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1766 ss.

I creditori sociali, sia anteriori che successivi alla destinazione, non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato, né sui frutti o proventi da esso derivanti, salvo che per la parte spettante alla società.⁴⁸⁶

Ne deriva che essi potranno soddisfarsi solo sul restante patrimonio della società e sull'eventuale risultato dell'operazione relativa allo specifico affare ad essa spettante, a meno che la delibera costitutiva non abbia stabilito che tali proventi siano deputati al finanziamento del patrimonio destinato.⁴⁸⁷

Per altro, parte della dottrina ha anche riconosciuto ai creditori sociali il potere di compiere atti conservativi sulla quota di utili spettante alla società prima del relativo accertamento.⁴⁸⁸

Viceversa, i creditori particolari possono agire esecutivamente solo sul patrimonio destinato allo specifico affare.⁴⁸⁹

Come già accennato, la natura bilaterale della separazione non costituisce un carattere indefettibile della fattispecie. Invero, la separazione

⁴⁸⁶ MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1688 ss.; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 102 ss.; NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, in *Società*, 2009, 1090 ss.

⁴⁸⁷ FAUCEGLIA G., *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 494; INIZIARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, op. cit., 177, il quale ha precisato che potranno considerarsi attribuiti alla società solamente i frutti e i proventi al netto delle spese di produzione, come pure fiscali e comunque connesse. V. anche MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1689, dove si legge che se il patrimonio destinato ha ricevuto apporti di terzi dietro il riconoscimento di una determinata partecipazione ai risultati dell'affare, ovvero se siano stati emessi strumenti finanziari di partecipazione all'affare, prima andranno retribuiti tali soggetti e soltanto l'eventuale eccedenza potrà essere attribuita alla società.

⁴⁸⁸ Così MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 143, che ha, invece, riconosciuto ai creditori particolari il potere di compiere atti conservativa sull'utile complessivo dell'affare e quindi anche per la parte spettante alla società.

⁴⁸⁹ La norma non chiarisce se i creditori esclusivi del patrimonio sono soltanto quelli sorti da fonte negoziale successivamente alla costituzione del patrimonio destinato o anche quelli preesistenti, ma relativi ad obbligazioni che risultano inerenti al patrimonio destinato. Sul punto v. la soluzione offerta da GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 100, secondo cui il silenzio della legge e le finalità dell'operazione non possono che condurre ad una sola soluzione e cioè che, una volta costituito, il patrimonio destinato risponde soltanto per i debiti sorti per la sua realizzazione.

patrimoniale generata dai patrimoni dedicati è stata efficacemente descritta quale fenomeno «a geometria variabile».⁴⁹⁰

L'art. 2447 *quinquies* c.c. attribuisce agli amministratori della società il potere di determinarne il perimetro attraverso la previsione nella delibera costituiva della responsabilità illimitata della società per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare.⁴⁹¹

Si ha dunque una valorizzazione, assente nella disciplina del fondo patrimoniale, del ruolo dell'autonomia privata nella individuazione dello spazio entro cui può operare la specializzazione della responsabilità.

Una simile previsione non appare del tutto condivisibile, non tanto per il rafforzamento dell'autonomia privata che essa comporta, quanto più perché è proprio il carattere bidirezionale della separazione ad assicurare adeguata tutela alle ragioni dei creditori sociali.⁴⁹²

⁴⁹⁰ V. NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1091.

⁴⁹¹ In questo caso l'art. 2447 *septies* c.c. prevede che l'impegno da ciò derivante debba risultare in calce allo stato patrimoniale e formare oggetto di valutazione secondo criteri da illustrare nella nota integrativa. Con riferimento alla deroga consentita dall'art. 2447 *quinquies* la dottrina ha parlato di «gestione contrattuale del rischio di impresa», così SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 625, il quale ha osservato che è presumibile il ricorso a tale facoltà con riferimento all'intrapresa di iniziative economiche particolarmente rischiose. Cfr. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 146 ss.

⁴⁹² V. GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 101 ss., il quale ritiene pericolosa la facoltà riconosciuta alla società di ampliare la responsabilità patrimoniale per le obbligazioni inerenti al patrimonio destinato, poiché da un lato rende inutile il ricorso allo strumento di cui agli artt. 2447 *bis* ss., dall'altro «non potrebbe che comportare la reazione dei creditori generali, i quali già risultano scarsamente tutelati, visto che non possono mai aggredire i patrimoni dedicati e che, in questo caso, potrebbero vedersi privati di ogni garanzia». Hanno ritenuto tale previsione contraria alla *ratio* dell'istituto dei patrimoni separati anche NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1098 ss.; MAGNANI M., *I trust ed i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1766 ss.; IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 267 ss., secondo cui attraverso tale previsione il legislatore ha ridotto il tasso di tipizzazione che di solito caratterizza le forme di separazione patrimoniale, data l'esigenza di garantire un adeguato livello di certezza nell'assunzione dei rischi e nella limitazione degli abusi. L'unica ragione che secondo l'autrice sembra sorreggere tale previsione è quella di «segnalare un impegno finanziario da parte della stessa società, particolarmente importante per quelle categorie di creditori poco propensi a correlare la soddisfazione del loro credito all'andamento dell'affare». Ha criticato l'attribuzione di una simile facoltà all'autonomia privata QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 109. *Contra* COMPORI C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 989, il quale ha chiarito la conformità della facoltà concessa agli amministratori dall'art. 2447 *quinquies* rispetto all'art. 2740, comma 2, c.c., in quanto è pur

Si deve, inoltre, sottolineare che il legislatore non ha previsto la possibilità di una deroga inversa, tale per cui il patrimonio separato risponda anche delle obbligazioni della società estranee alla destinazione. Del resto una simile previsione non solo non è consentita, ma non sarebbe nemmeno appropriata, poiché finirebbe inevitabilmente col vanificare il risultato della localizzazione della responsabilità patrimoniale.⁴⁹³

Data l'ampiezza del dettato normativo, non sembrano esservi limiti nemmeno ad una graduazione della responsabilità patrimoniale della società tra i vari patrimoni ad essa appartenenti.⁴⁹⁴

Tuttavia, pur nel silenzio del legislatore, appare auspicabile che la delibera costitutiva configuri come meramente sussidiaria la responsabilità del patrimonio generale della società al fine di evitare una eccessiva e arbitraria compromissione delle ragioni dei creditori sociali in favore di quelli particolari.⁴⁹⁵

sempre la legge che ha attribuito alla società tale possibilità, consentendole di adeguare il regime patrimoniale alle specifiche esigenze, in linea con le esigenze dalla prassi.

⁴⁹³ In proposito la dottrina ha osservato che la soluzione inversa precluderebbe una attendibile attestazione di congruità del patrimonio separato rispetto all'affare, inderogabilmente richiesta, a tutela degli investitori e dei creditori del patrimonio separato, dall'art. 2447 *ter*, lett. c), c.c. In questo senso v. SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 625; GIANNELLI G., *Commento sub art. 2447 quinquies*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Vol. II., Napoli, 2004, 1240 ss.; RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 818; MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 155. *Contra* LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 496.

⁴⁹⁴ Così MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1656, secondo cui è ben possibile che la società non sia costretta ad optare per le due soluzioni estreme, ma possa stabilire, purché con chiarezza, un determinato livello di responsabilità aggiuntiva. V. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies*, op. cit., 153 ss., secondo cui, essendo la decisione sui limiti della separazione totalmente discrezionale da parte della società, questa può assoggettare il sorgere o il cessare della sua responsabilità illimitata ad una condizione o rispetto ad un solo creditore particolare. Secondo l'autrice da ciò deriva che è essenziale che ai creditori sia assicurato dalla delibera di costituzione un diritto di controllo integrativo, con la possibilità di consultare ogni documento relativo all'amministrazione del patrimonio destinato.

⁴⁹⁵ MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1656; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 625; NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1098; GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 102, il quale ha osservato che è dubitabile che una vera e propria forma di *beneficium excussionis* possa essere rimessa alla volontà dalle parti e non della legge. V. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 153, secondo cui non vi è un preventivo obbligo di escussione del patrimonio

L'art. 2447 *quinquies* c.c. contiene due ulteriori deroghe all'operatività della specializzazione della responsabilità patrimoniale.

La norma fa espressamente salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.⁴⁹⁶

Si ha, dunque, una netta distinzione tra la posizione dei creditori c.d. volontari e quelli involontari. La *ratio* sottesa a tale previsione è data dalla necessità di assicurare la maggior tutela possibile ai creditori involontari, i quali certo non potevano sapere al momento del sorgere del loro credito che il patrimonio della società fosse oggetto di un vincolo di destinazione da cui deriva la specializzazione della responsabilità patrimoniale.⁴⁹⁷

Un problema lasciato irrisolto dal legislatore attiene all'individuazione dei creditori involontari a cui si riferisce l'art. 2447 *quinquies* c.c., e cioè se essi siano soltanto quelli il cui credito deriva da un fatto illecito inerente al patrimonio destinato o meno.

Posto che la *ratio* della previsione è quella di ampliare quanto più possibile la tutela dei crediti derivanti dalla realizzazione di un illecito e che l'art. 2447 *quinquies* c.c. non pone alcuna distinzione al riguardo, si ritiene che esso operi nel senso di ripristinare l'illimitata responsabilità patrimoniale della società qualsiasi sia l'illecito aquiliano da essa realizzato.⁴⁹⁸

destinato, fermo restando che, essendo la responsabilità della società con il patrimonio generale sussidiaria, se il creditore non rispetta tale successione, la società potrà riottenere dal patrimonio destinato quanto corrisposto. La Manes ha precisato, altresì, che in presenza di una pluralità di patrimoni destinati la società non risponde con patrimoni diversi da quello a cui si riferisce l'esecuzione dell'affare.

⁴⁹⁶ Con riferimento alla nozione di illecito rilevante *ex art. 2447 quinquies* v. GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 103 ss., secondo cui si tratta indubbiamente dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. *Contra* SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 369, secondo cui per fatto illecito dovrebbe ogni comportamento che integri una condotta illecita produttivo di responsabilità civile, sia essa contrattuale o extracontrattuale.

⁴⁹⁷ V. *ex multis* GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 103 ss.; ADDUCCI E., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori involontari*, in *Dir. e pratica delle società*, 2006, 22 ss.; ANTINOLFI M., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori involontari*, in *Riv. not.*, 2010, 1281 ss.

⁴⁹⁸ In questo senso v. SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 625; RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 819; GIANNELLI G., *Commento sub art. 2447 quinquies*, op. cit., 1241; SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 369; IAMICELI P., *Unità e separazione dei*

Non solo, dunque, il patrimonio generale della società potrà essere aggredito dai titolari di un credito derivante da illeciti connessi alla realizzazione dell'affare, ma lo stesso patrimonio separato risponderà degli eventuali illeciti estranei alla destinazione posti in essere dalla società.⁴⁹⁹

Nulla dice il legislatore circa la ripartizione dei predetti debiti tra il patrimonio generale della società e quello dedicato allo specifico affare.

Sotto questo profilo la dottrina ha evidenziato il ruolo centrale che viene ad assumere la delibera costitutiva. Tuttavia, sembra preferibile che, pur non essendo configurabile un vero e proprio *beneficium excussionis*, risponda prima il patrimonio a cui l'illecito si riferisce e solo sussidiariamente l'altro.⁵⁰⁰

patrimoni, op. cit., 269. *Contra* ADDUCCI E., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori involontari*, op. cit., 23; MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 159; INIZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, op. cit., 172; NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1098; GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 104, il quale ritiene che la collocazione della norma porti inevitabilmente al suo riferimento esclusivamente ai crediti derivanti da fatti illeciti inerenti allo specifico affare, criticando, tuttavia, tale soluzione poiché porta ad una ingiustificata disparità di trattamento tra creditori involontari.

⁴⁹⁹ Lo dice chiaramente PARTISANI R., *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, op. cit., 42 ss.: «se in caso di condanna aquiliana i creditori del patrimonio separato possono soddisfarsi anche sul patrimonio sociale residuo, allo stesso modo dovrebbe ammettersi l'espropriabilità dei beni del patrimonio separato da parte dei creditori generali da fatto illecito: anch'essi, come i primi, sono creditori involontari, per non aver scelto il proprio debitore, né hanno rinunciato alla più ampia garanzia generica dell'art. 2740 c.c. In questo modo, la *par condicio creditorum* si risolve nell'inopponibilità biunivoca del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito assunte dalla società».

⁵⁰⁰ La dottrina ha precisato che è il piano economico-finanziario a dover specificare la ripartizione delle obbligazioni extracontrattuali, «in quanto tale elemento di previsione costituisce un presupposto di valutazione della congruità del patrimonio, rispetto alla realizzazione dell'affare». Così INIZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, op. cit., 173. Circa il carattere sussidiario della responsabilità del patrimonio residuo della società per gli illeciti commessi nella realizzazione dello specifico affare v. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies*, op. cit., 156; ADDUCCI E., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori involontari*, op. cit., 25; GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 104. V. anche RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 820, nota 3, il quale si è spinto ad affermare che laddove la società abbia dato vita a più patrimoni destinati, la responsabilità per i fatti illeciti sussiste indistintamente per tutti i patrimoni, risultando altrimenti inadeguata la tutela apprestata ai creditori involontari. *Contra* NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1098, secondo cui l'autonomia di cui gode la società è tale per cui potrebbe anche stabilire che sia soltanto il patrimonio generale a rispondere degli illeciti comunque occasionati e non anche quello destinato.

L'art. 2447 *quinquies* contiene un'ulteriore deroga alla localizzazione della responsabilità: «gli atti compiuti in relazione allo specifico affare devono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo».

Le esigenze di trasparenza, al fine di rendere edotti coloro che contrattano con la società del peculiare regime di responsabilità patrimoniale esistente, hanno spinto il legislatore a dettare una previsione dal carattere sanzionatorio per le ipotesi in cui la società ometta di indicare l'esistenza del vincolo di destinazione.⁵⁰¹

Di conseguenza, rispetto ai crediti sorti in dette ipotesi, non opera lo speciale regime di responsabilità e la società è chiamata a rispondere solo con il suo patrimonio residuo.

Se astrattamente il predetto requisito sembrerebbe assicurare l'adeguata informazione dei terzi, in concreto rischia di prestarsi a utilizzazioni abusive da parte della società, poiché le permette, semplicemente omettendo la menzione del vincolo, di far ricadere sul patrimonio generale un debito che altrimenti sarebbe destinato a gravare su quello di scopo.⁵⁰²

La fase di cessazione del patrimonio destinato è disciplinata dall'art. 2447 *novies* c.c., alla luce del quale la sua estinzione si verifica per il

⁵⁰¹ MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 146 ss., la quale ha osservato che la *ratio* di tale previsione è quella di sanzionare «la disapplicazione strategica della separazione» da parte della società. V. SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 369. *Contra* nel senso che la funzione della menzione non è quella di un mezzo attribuzione della responsabilità con funzione sanzionatoria, bensì di strumento di regolazione dell'imputazione è LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 543 ss.: la menzione del vincolo di destinazione «consente di collocare il nuovo creditore nell'ambito della categoria dei creditori generali anziché in quella dei creditori particolari del patrimonio destinato. È bene notare che la mancata menzione del vincolo non sembra far venir meno la separazione, ma determina soltanto una diversa imputazione del rapporto, dal patrimonio destinato al patrimonio residuo; si mantiene quindi una separazione bilaterale». Valorizza tale interpretazione anche NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1097.

⁵⁰² V. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 160–161; NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1097, che ha criticato tale soluzione poiché produce il risultato di sgravare il patrimonio separato «dal dovere di soddisfare l'interesse del titolare della situazione creditoria, rimanendo inalterata l'attribuzione in suo favore degli atti, avendo (...) “la botte piena e la moglie ubriaca”».

compimento dell'affare o per la sopravvenuta impossibilità di realizzarlo, nonché per l'avverarsi di una delle cause eventualmente previste nella delibera costitutiva.⁵⁰³

Tra le cause legali di cessazione del patrimonio destinato di cui all'art. 2447 *novies* c.c. assume particolare rilievo il fallimento della società.

La disciplina delle conseguenze del fallimento nei confronti dei patrimoni destinati ad uno specifico affare è contenuta, specificamente, negli artt. 155 e 156 della legge fallimentare, nonché nell'art. 67 *bis* l. fall., concernente la revocabilità degli atti incidenti sul patrimonio destinato.⁵⁰⁴

Non è possibile in questa sede approfondire le problematiche legate agli effetti del fallimento rispetto ai patrimoni destinati. Si vuole solamente richiamare l'attenzione, seppur brevemente, su alcuni dei principi rinvenibili nelle disposizioni richiamate.

Dagli 155 e 156 l. fall. si ricava, anzitutto, che in caso di fallimento della società il patrimonio destinato è sottratto alla procedura concorsuale,

⁵⁰³ In tali casi, l'organo amministrativo redige un rendiconto finale che deve essere depositato presso l'ufficio del registro delle imprese, unitamente ad una relazione dei sindaci e del soggetto incaricato della revisione contabile. Il secondo comma dell'art. 2447 *novies* c.c. prevede che i creditori particolari insoddisfatti possono chiedere la liquidazione del patrimonio destinato mediante lettera raccomandata inviata alla società entro novanta giorni. La separazione patrimoniale viene meno solo decorso detto termine, permanendo durante tutta la fase della liquidazione eventualmente intrapresa. È, infatti, espressamente previsto che «sono comunque salvi, con riferimento ai beni e rapporti compresi nel patrimonio destinato, i diritti dei creditori previsti dall'articolo 2447 *quinquies*». V. GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 146 ss.; SCARPA D., *Inizio e fine del patrimonio destinatario tra adeguatezza e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2009, 1041 ss.; MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1694 ss.; MIGNONE G., *Commento agli artt. 2447 bis c.c.*, op. cit., 1662 ss.; IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, op. cit., 729 ss.

⁵⁰⁴ Prima della riforma della legge fallimentare avvenuta attraverso il d. lgs. n. 5 del 2006, la disciplina del rapporto tra patrimoni destinati ad uno specifico affare e fallimento era contenuta esclusivamente nell'art. 2447 *novies* c.c., il quale si limitava ad estendere l'applicazione di quanto ivi stabilito anche all'ipotesi di fallimento. Con riferimento alle problematiche sollevate dalla lacuna normativa v. LAUDONIO A., *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, in *Banca, borsa ecc.*, 2006, I, 265 ss.; VINCRE S., *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, 126 ss.; DI TORRE PADULA N., *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, 40 ss.; MANFEROCE T., *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fallimento*, 2003, 1241 ss.; MEOLI B., *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fall.*, 2005, 120 ss.; APICE U., *Riflessi della riforma del diritto societario sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, 349 ss.; GUGLIELMUCCI L., *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1178 ss.

sicché i creditori particolari mantengono il beneficio della separazione patrimoniale rispetto alla massa fallimentare.⁵⁰⁵

La dichiarazione di fallimento della società non comporta, tuttavia, l'automatica liquidazione del patrimonio separato capiente, in quanto l'art. 155 l. fall. consente che l'amministrazione sia affidata al curatore che vi provvede con gestione separata.⁵⁰⁶

Qualora il curatore dovesse procedere alla liquidazione, rimane ferma la separazione tra il patrimonio generale e quello destinato, non essendo ammessi al riparto i creditori generali.⁵⁰⁷

Se, invece, a seguito del fallimento della società il patrimonio separato dovesse risultare incapiente, l'art. 156 l. fall. affida al curatore il compito di provvedere necessariamente alla sua liquidazione.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ V. SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 631; PAVONE LA ROSA A., *L'insolvenza della società per azioni con patrimoni «separati»*, in *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abadessa-Portale, Vol. II, Utet, Torino, 2006, 922 ss.; PASQUARIELLO F., *Dei patrimoni destinati. Sub art. 2447 novies*, op. cit., 219 ss.; PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1571 ss.; GALIMI P., *I patrimoni destinati a uno specifico affare alla luce del «correttivo»*, in *Fall. e crisi di impresa*, 2008, 489 ss. V. anche Cass. civ., 22.10.2010, n. 112, cit.

⁵⁰⁶ Con la sentenza di fallimento il patrimonio separato viene sottratto all'amministrazione e alla disponibilità della società fallita. L'art. 155 l. fall. non solo affida al curatore l'amministrazione del patrimonio separato, ma gli permette anche di cederlo a terzi al fine di conservarne la funzione produttiva. Se, invece, la cessione non è possibile il curatore provvede alla sua liquidazione. La dottrina ha osservato che la liquidazione del patrimonio destinato risulta essere l'*extrema ratio* a cui il curatore può ricorrere solo se la cessione a terzi risulti oggettivamente impossibile. Sul punto v., PASQUARIELLO F., *Dei patrimoni destinati. Sub art. 2447 novies c.c.*, op. cit., 276 ss.; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 631 ss.; PAVONE LA ROSA A., *L'insolvenza della società per azioni con patrimoni «separati»*, op. cit., 927 ss.

⁵⁰⁷ PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1571, il quale ha precisato che solo nel caso di cui all'art. 155, ultimo comma, l. fall. si ha una sorta di «retrocessione del patrimonio separato» a quello generale, in quanto tale disposizione consente l'acquisizione all'attivo fallimentare del corrispettivo della cessione al netto dei debiti del patrimonio destinato ovvero il residuo della sua liquidazione ordinaria, detratto di quanto spettante ai terzi che avessero effettuato apporti ai sensi dell'art. 2447 *ter*, comma 1, lett. d), c.c. V. anche GALIMI P., *I patrimoni destinati a uno specifico affare alla luce del «correttivo»*, op. cit., 493.

⁵⁰⁸ L'art. 156 l. fall. prevede che ad identica conclusione si arriva nel caso in cui l'incapienza del patrimonio dovesse risultare nel corso della gestione separata. La norma stabilisce inoltre che, se risultano violate le regole di separatezza su uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima, il curatore può agire in responsabilità contro gli amministratori e i componenti gli organi di controllo della società. In

La previsione di cui all'art. 156 l. fall. si rivela di particolare interesse poiché consente eccezionalmente ai creditori particolari rimasti insoddisfatti di insinuarsi al passivo nei casi in cui sussista una «(cor) responsabilità del patrimonio generale» della società *ex art. 2447 quinquies*, commi terzo e quarto, c.c.⁵⁰⁹

D'altro canto, la norma non fa altro che confermare implicitamente il perdurare della separazione tra il patrimonio destinato e quello generale, non essendo attribuita ai creditori particolari insoddisfatti alcuna azione verso il fallimento in tutti gli altri casi.⁵¹⁰

Merita, infine, sottolineare che dalla disciplina esaminata si evince chiaramente che non sarebbe possibile l'autonomo fallimento del patrimonio separato: qualora lo «stato di crisi investa il patrimonio stesso e non vi sono i presupposti per una dichiarazione di fallimento della società» la sola strada possibile è quella della sua liquidazione.⁵¹¹

proposito v. gli interessanti spunti offerti da PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1592 ss.

⁵⁰⁹ L'espressione è di PASQUARIELLO F., *Dei patrimoni destinati. Sub art. 2447 novies*, op. cit., 281 ss., dove si legge anche che i creditori particolari possono «prenotare» la tutela del proprio credito mediante l'insinuazione dell'intero credito al passivo della società, «salvo la decurtazione delle somme percepite *a latere* attraverso la liquidazione della cellula».

⁵¹⁰ PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1575, il quale ha osservato che poiché ai creditori separati che non siano stati integralmente soddisfatti dalla liquidazione del patrimonio destinato allo specifico affare non è consentito di insinuarsi al passivo, vi sarà l'esdebitazione della società per le obbligazioni residue. Da ciò, secondo l'autore, deriverebbe ulteriore conferma che i patrimoni separati non si limitano a derogare alla *par condicio creditorum*, ma la elidono completamente.

⁵¹¹ Così PAVONE LA ROSA A., *L'insolvenza della società per azioni con patrimoni «separati»*, op. cit., 926, secondo cui nel se caso di fallimento della società *ex art. 2247 novies* c.c. il patrimonio separato è oggetto di liquidazione ordinaria e non concorsuale, lo sarà *a fortiori* nell'ipotesi inversa. La principale ragione addotta dalla dottrina a sostegno di tale conclusione è data dalla considerazione che nel nostro ordinamento è consentito solamente il fallimento dell'imprenditore e non del patrimonio, sicché, essendo i patrimoni destinati privi di autonoma soggettività, non possono mai fallire. In questo senso v. *ex multis* MANFEROCE T., *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, op. cit., 1245 ss.; PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1572 ss.; GALIMI P., *I patrimoni destinati a uno specifico affare alla luce del "correttivo"*, op. cit., 493; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 632.

Alla luce delle considerazioni fin qui prospettate si può certamente affermare che la costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare determina «un'esenzione quantitativa della responsabilità patrimoniale».⁵¹²

È perfettamente evidente che ogni qualvolta il legislatore consente di raggiungere un simile risultato assumono rilevanza fondamentale gli strumenti di cui possono valersi i creditori per ovviare al pericolo che la separazione patrimoniale sia utilizzata abusivamente dal debitore in loro danno.

A fronte delle numerose incertezze a cui dà origine sotto questo profilo la disciplina in esame, sembra di poter affermare che avverso la delibera costitutiva dei patrimoni destinati i creditori dispongano di due diversi strumenti: l'opposizione di cui all'art. 2447 *quater* c.c. e l'azione revocatoria (ordinaria e fallimentare).⁵¹³

L'interrogativo circa il carattere assorbente dell'opposizione rispetto alla revocatoria deve essere risolto in termini negativi, poiché tra l'esigenza di salvaguardare i creditori e quella di preservare la certezza della destinazione vi sono fondati motivi per far pendere l'ago della bilancia nella prima direzione.⁵¹⁴

⁵¹² Sono parole di INIZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, op. cit., 170.

⁵¹³ V. FIMMANÒ F., *La revocatoria dei patrimoni destinati*, op. cit., 11 ss., il quale ha affermato che la delibera costitutiva dei patrimoni destinati è un puro atto di pianificazione dell'attività economica, che «di per sé è neutro e la revocabilità non può certo riguardarlo ma deve riguardare le disposizioni, contestuali o meno, di apporto nella cellula dei beni e dei rapporti, anche obbligatori, della società, alla stregua di un negozio giuridico preparatorio, rispetto ad uno attuativo». Nel senso che la delibera costitutiva vada ascritta nel novero degli atti di disposizione suscettibili di revocatoria in quanto realizza un atto di destinazione patrimoniale v. SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Riv. soc.*, 2007, 19 ss.; PASQUARIELLO F., *Dei patrimoni destinati. Sub art. 2447 novies c.c.*, op. cit., 234 ss.

⁵¹⁴ Tale quesito ha suscitato un acceso dibattito dottrinale che ha visto contrapporsi due diversi orientamenti. Hanno ritenuto assorbente lo strumento dell'opposizione: SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 624, secondo cui il silenzio dei creditori sociali anteriori all'iscrizione della delibera diviene elemento formativo della fattispecie, precludendo definitivamente l'esercizio di azioni conservative. LAUDONIO A., *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, op. cit., 265 ss., che ha negato la revocabilità della costituzione dei patrimoni destinati, poiché mancherebbe un atto di disposizione in senso tecnico e poiché essa metterebbe «in crisi la saldezza della separazione patrimoniale nel tempo». PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1586 ss., secondo cui l'opposizione è sostitutiva della revocatoria, poiché ha il pregio di salvaguardare l'affidamento dei creditori particolari nella

Come si avrà subito modo di constatare, i due strumenti divergono sia per i rispettivi presupposti, sia con riferimento ai soggetti legittimati al loro esperimento.⁵¹⁵

Inoltre, l'azione revocatoria appare indispensabile per ovviare alle insufficienze della tutela offerta dal solo strumento dell'opposizione.⁵¹⁶

Il diritto di opposizione è, infatti, strumento di cui possono valersi solamente i creditori sociali anteriori all'iscrizione della delibera costitutiva nel termine di sessanta giorni dall'iscrizione medesima.⁵¹⁷

congruità del patrimonio. V. anche ARLT R., *I patrimoni dedicati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, op. cit., 351. In termini parzialmente diversi si è espressa IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 272 ss., che, nonostante abbia rilevato diversi profili di criticità circa il concorso delle due azioni, ha concluso nel senso che l'operatività della revocatoria deve essere concessa quantomeno a tutela delle situazioni più gravi. Hanno riconosciuto all'opposizione carattere di specialità non assorbente: ROCCO DI TORREPADULA N., *Patrimoni destinati e insolvenza*, op. cit., 40 ss., il quale ha fatto leva sull'impossibilità di restringere la tutela dei creditori privandoli di un mezzo a carattere generale senza che ciò sia espressamente previsto. Nello stesso senso v. anche SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 370.; PASQUARIELLO F., *Dei patrimoni destinati. Sub art. 2447 novies c.c.*, op. cit., 240 ss.; LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 564; NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1095; LAMANDINI M., *Patrimoni separati e tutela dei creditori*, op. cit., 38 ss.

⁵¹⁵ FIMMANÒ F., *La revocatoria dei patrimoni destinati*, op. cit., 116, il quale ha messo in luce come la prima sostanziale differenza tra i due strumenti deve ravvisarsi nel fatto che l'opposizione impedisce il compimento dell'atto pregiudizievole, mentre la revocatoria lo rende inefficace *ex post*. L'autore ha specificato, inoltre, che con riferimento alla revocatoria fallimentare non si pone alcun problema di sovrapposizione, sia per i diversi presupposti delle due azioni, sia per la terzietà del curatore stesso rispetto ai creditori concorrenti. Nello stesso senso v. anche PASQUARIELLO F., *Dei patrimoni destinati. Sub art. 2447 novies*, op. cit., 240 ss., che, riferendosi alla revocatoria fallimentare, ha affermato che in ragione della terzietà del curatore l'eventuale inerzia dei creditori a tutelarsi è irrilevante rispetto all'interesse dei creditori concorsuali, globalmente intesi.

⁵¹⁶ Sul punto v. EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 130 ss., secondo cui l'opposizione è uno strumento di tutela insoddisfacente in ragione della brevità del termine concesso ai creditori per farla valere. Inoltre, per apprestare adeguata tutela ai creditori sarebbe stato necessario che il legislatore avesse previsto una disposizione analoga a quella dell'art. 2506 *quater*, ultimo comma, c.c. in tema di scissione secondo cui «ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico». La revocatoria avrebbe, pertanto, il pregio di riequilibrare il trattamento di sfavore riservato dal legislatore ai creditori sociali pregressi. Nello stesso senso v. anche QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 110. Per ulteriori profili di criticità circa l'opposizione v. V. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 129.

⁵¹⁷ Legittimati all'opposizione sarebbero tanto i creditori sociali generali, tanto quelli particolari purché anteriori all'iscrizione. Così anche RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei*

Tramite l'opposizione i creditori sociali possono far valere la riduzione della garanzia patrimoniale che si verifica per effetto della creazione del patrimonio destinato, nonché la violazione delle prescrizioni di cui agli artt. 2447 *bis* e *ter* c.c.⁵¹⁸

Pur non chiarendo la legge quale sia il risultato dell'opposizione, la dottrina ha affermato che essa, ove sia vittoriosamente esperita, comporta la declaratoria di inefficacia della separazione patrimoniale nei confronti dei soli creditori opposenti.⁵¹⁹

Laddove ne ricorrano i presupposti, l'azione revocatoria potrà essere, invece, esperita non soltanto dai creditori sociali anteriori, ma anche da quelli successivi al sorgere del vincolo di destinazione.⁵²⁰

Inoltre, la revocatoria costituisce uno strumento di tutela che può essere utilizzato anche dai creditori particolari contro gli atti di disposizione del patrimonio destinato.⁵²¹

Deve osservarsi, infine, che l'art. 67 l. fall. contiene un ulteriore strumento volto a impedire l'utilizzo abusivo della separazione patrimoniale, in quanto permette di esperire l'azione revocatoria contro gli atti relativi ad un

patrimoni destinati, op. cit., 862 ss., MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies*, op. cit., 129. *Contra* ROCCO DI TORREPADULA N., *Patrimoni destinati e insolvenza*, op. cit., 46, secondo cui, benché la locuzione "creditori sociali" comprenda entrambe le categorie, legittimati all'opposizione sono solo i creditori generali. In termini problematici v. anche NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, op. cit., 1095.

⁵¹⁸ V. *ex multis* MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1687; EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 130 ss., FIMMANÒ F., *La revocatoria dei patrimoni destinati*, op. cit., 115. V. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies c.c.*, op. cit., 132, che ha messo in evidenza come l'interesse ad agire dei creditori deve essere escluso quando il patrimonio destinato sia stato costituito esclusivamente con l'apporto di terzi.

⁵¹⁹ MIGNONE G., *Commento agli artt., 2447 bis c.c.*, op. cit., 1653; MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 quinquies*, op. cit., 132. Cfr. anche RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, op. cit., 862 ss., che ha affermato che l'opposizione non impedisce la costituzione del patrimonio destinato, poiché essa «è diretta a perpetuare la garanzia patrimoniale, ma solo nei confronti di chi la propone, non dell'intero ceto creditorio».

⁵²⁰ V. FIMMANÒ F., *La revocatoria dei patrimoni destinati*, op. cit., 116; MANES P.-PASQUARIELLO F., *Dei patrimoni destinati. Sub art. 2447 decies*, op. cit., 314 ss.

⁵²¹ PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1588.

patrimonio separato esistente che rechino un pregiudizio al patrimonio della società.⁵²²

3.2. – *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis lett. b) c.c.)*

Si è già accennato al fatto che lo strumento di cui all'art. 2447 bis lett. b) c.c. dà origine ad una forma di separazione patrimoniale che ha «un raggio di azione precisamente delimitato», dal momento che essa riguarda esclusivamente i proventi dell'operazione che la società mira a realizzare.⁵²³

Di conseguenza, essa è destinata a incidere sulla posizione dei creditori in misura inferiore rispetto a quanto accada nell'ipotesi precedentemente descritta.

Tuttavia, anche la fattispecie dei finanziamenti destinati ad uno specifico affare, derogando ai principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., offre alcuni interessanti spunti di riflessione ai fini del presente lavoro.

In primis si deve osservare che, diversamente da quanto accade nel modello c.d. operativo, in questa ipotesi il vincolo di destinazione e la conseguente separazione patrimoniale sorgono non in forza di un atto unilaterale della società, bensì di un contratto stipulato tra essa e un finanziatore.⁵²⁴

⁵²² Il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dallo stato di insolvenza della società. V. PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1589 ss., secondo cui tale strumento si giustifica in funzione «della possibile retrocessione di quanto sopravanzasse alla liquidazione (o cessione) dell'art. 155, comma 3, l. fall.» Per una dettagliata analisi delle problematiche sollevate dall'art. 67 l. fall. e in particolare dalle difficoltà legale all'individuazione degli atti a cui si riferisce tale previsione v. anche PELLEGRINO G., *L'azione revocatoria relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare: profili ricostruttivi*, in *Dir. fall.*, 2013, 701 ss.; PAVONE LA ROSA A., *L'insolvenza della società per azioni con patrimoni «separati»*, op. cit., 929 ss.

⁵²³ Così IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 273 ss.

⁵²⁴ V. MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 57, che ha affermato che nel modello c.d. operativo la separazione è fondata su un atto corporativo della società, mentre in quella finanziaria essa trova il suo fondamento nel diritto dei contratti. L'autrice ha parlato di «eccentricità» dell'art. 2447 bis, dal momento che

Ciò suscita particolare interesse sotto due diversi profili.

Innanzitutto, si può constatare che il legislatore ha consentito all'autonomia privata di regolare la responsabilità patrimoniale della società nei confronti del finanziatore in deroga ai principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c. per il tramite di una clausola contrattuale.

Lo spazio entro cui è consentito alle parti derogare all'ordinario regime della responsabilità patrimoniale è piuttosto ampio. I contraenti, infatti, possono non soltanto circoscrivere l'oggetto della garanzia patrimoniale a disposizione del finanziatore, ma addirittura "disattivare" la responsabilità della società connessa alla restituzione del finanziamento in conseguenza della perdita del finanziatore del diritto ad ottenere il rimborso di quanto ancora dovuto.⁵²⁵

L'art. 2447 *decies*, comma 2, lett. h), c.c. stabilisce, infatti, che il contratto di finanziamento deve indicare «il tempo massimo di rimborso, decorso il quale nulla è più dovuto al finanziatore».⁵²⁶

esiste solo un nesso di tipo soggettivo tra la fattispecie di cui alla lett. b) e il diritto societario, trovando essa la sua fonte nel diritto delle obbligazioni. V. anche BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. soc.*, 2012, 78 ss.; CAVALLARI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Fall.*, 2009, 501 ss.; LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 580 ss.; ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, op. cit., 37 ss. Cfr. anche SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, op. cit., 888, secondo cui ogni vincolo di destinazione deve essere ricercato «in un atto unilaterale che si cordini con il contratto (in questo caso di finanziamento), nonché con un ulteriore e distinto atto di individuazione dell'interesse in conseguenza del quale vengono poste in essere limitazioni alla libertà dispositiva di beni e di comportamento dei soggetti agenti».

⁵²⁵ ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, op. cit., 38 s., ha puntualmente osservato che la vicenda è in grado di caratterizzare i rapporti *inter partes* e di incidere sulla struttura del rapporto obbligatorio tra esse intercorrente. «Si tratta (...) di una soluzione che attiene essenzialmente al momento dell'adempimento ed in tal modo al contenuto del rapporto obbligatorio. (...) Viene superata la tradizionale dicotomia tra debito e responsabilità, tra *Schuld* e *Haftung*, e in effetti l'oggetto del primo delimita anche l'estensione della seconda: i proventi dell'affare individuano sia il debito, in modo che la loro dazione al finanziatore è in quanto tale adempimento, sia l'ambito della responsabilità».

⁵²⁶ Fortemente critico verso tale soluzione è MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1701, secondo cui essa introduce un margine di aleatorietà nel contratto di finanziamento difficilmente giustificabile. Per ulteriori rilievi critici v. anche BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 78 ss.

Le parti godono, dunque, di un ampio margine di discrezionalità. Il solo limite posto dal legislatore all'autonomia negoziale attiene all'individuazione del contenuto minimo del contratto di finanziamento, la cui mancanza determina la nullità del medesimo.⁵²⁷

Il *favor* mostrato in questa sede nei confronti della regolamentazione contrattuale della responsabilità patrimoniale spinge a domandarsi se per raggiungere un simile risultato sia indispensabile l'“autorizzazione” del legislatore, oppure se le parti possano provvedervi autonomamente. Sul punto si avrà modo di tornare nel prosieguo di questo lavoro.

Certo è che in assenza di una specifica previsione normativa non è possibile opporre ai terzi alcun vincolo di destinazione.

Invero, l'importanza dell'art. 2447 *decies* c.c. consiste proprio nell'aver reso opponibile ai terzi la clausola contrattuale da cui deriva la localizzazione della responsabilità patrimoniale della società.⁵²⁸

Ai fini dell'opponibilità ai creditori del vincolo di destinazione dei proventi dell'affare al rimborso del finanziamento è necessario che siano rispettate due condizioni: la società deve provvedere al deposito del contratto presso il registro delle imprese e ha l'onere di adottare sistemi di contabilità e

⁵²⁷ Secondo quanto previsto dall'art. 2447 *decies*, comma 2, c.c. il contratto deve contenere: a) una descrizione dell'operazione che consenta di individuarne lo specifico oggetto; le modalità ed i tempi di realizzazione; i costi previsti ed i ricavi attesi; b) il piano finanziario dell'operazione, indicando la parte coperta dal finanziamento e quella a carico della società; c) i beni strumentali necessari alla realizzazione dell'operazione; d) le specifiche garanzie che la società offre in ordine all'obbligo di esecuzione del contratto e di corretta e tempestiva realizzazione dell'operazione; e) i controlli che il finanziatore, o soggetto da lui delegato, può effettuare sull'esecuzione dell'operazione; f) la parte dei proventi destinati al rimborso del finanziamento e le modalità per determinarli; g) le eventuali garanzie che la società presta per il rimborso di parte del finanziamento; h) il tempo massimo di rimborso, decorso il quale nulla più è dovuto al finanziatore. Per un approfondimento v. BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 80 ss., secondo cui, pur dettando il contenuto minimo del contratto, le disposizioni di cui al secondo comma dell'art. 2447 *decies* c.c. sono caratterizzate da un grado di genericità e flessibilità tale da concedere all'autonomia negoziale un margine sufficiente alla definizione di condizioni idonee ad assecondare le esigenze delle parti coinvolte. V. anche SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, op. cit., 896 ss.; MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1698 ss.

⁵²⁸ ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, op. cit., 39 ss.

incasso idonei ad individuare i proventi dell'affare e a tenerli separati dal suo restante patrimonio.⁵²⁹

In realtà, come è stato puntualmente osservato, in questo modo si finisce per far dipendere l'effettività della separazione patrimoniale da comportamenti ascrivibili esclusivamente alla società, sicché essa è in grado di «disattivare, anche in modo strategico, il vincolo di destinazione» a danno del finanziatore.⁵³⁰

La separazione patrimoniale che trae origine dai finanziamenti destinati è circoscritta tanto sotto il profilo soggettivo, tanto sotto quello oggettivo, nonché temporale.

Essa è posta a vantaggio del solo finanziatore e non di una determinata categoria di creditori, diversamente da quanto accade nell'ipotesi precedentemente esaminata.⁵³¹

Più che la consueta distinzione dei creditori in classi, che solitamente accompagna le ipotesi di separazione patrimoniale, in questo caso si crea solamente una differenziazione tra la posizione del finanziatore parte del contratto e quella di tutti gli altri creditori della società.

Si è già avuto modo di accennare al fatto che, attraverso tale istituto, la società non attua una destinazione di beni e diritti già esistenti nel suo

⁵²⁹ SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, op. cit., 897 ss.; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 636-637; BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 89; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 118.

⁵³⁰ Così IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 273 ss.: «è evidente che la norma non riesce a fare della separazione un vincolo ad attuazione automatica e che la cooperazione del soggetto deputato a gestire le risorse assurge ad anello essenziale della catena». V. BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 89, i quali hanno affermato che laddove fosse accertata l'inidoneità dei sistemi di incasso e contabilizzazione apprestati dalla società ciò determinerà non soltanto la cessazione della separazione patrimoniale, ma anche la possibilità per il finanziatore di ottenere l'immediata restituzione dell'importo erogato e il risarcimento del danno ex art. 1218 c.c. che egli avesse eventualmente subito. Cfr. anche LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 581, il quale ha escluso che la semplice confusione fisica dei proventi destinati e di altri beni sociali possa determinare la perdita dell'effetto segregativo.

⁵³¹ IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 273, ha rilevato che la costituzione del patrimonio separato serve soltanto alla soddisfazione dell'interesse del creditore che finanzia l'affare, fermo restando la possibilità che il contratto riguardi più finanziatori. V. anche BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 78 ss.;

patrimonio, ma separa esclusivamente tutti o parte dei proventi derivanti dallo specifico affare a cui è destinato il finanziamento.⁵³²

Oggetto della separazione sono, dunque, solo i proventi, i frutti di essi e degli investimenti eventualmente effettuati in attesa del rimborso al finanziatore.⁵³³

Secondo quanto disposto dall'art. 2447 *decies*, comma quarto, c.c., anche questa fattispecie genera una separazione patrimoniale di tipo bilaterale: i creditori sociali non sono ammessi ad esperire azioni sui beni del patrimonio separato e al finanziatore è precluso agire sul residuo patrimonio della società, tranne che per eventuali garanzie da essa prestate per il rimborso di parte del finanziamento.⁵³⁴

A differenza di quanto accade *ex art. 2447 quinquies*, comma terzo, c.c. con riferimento ai patrimoni destinati, non è possibile che in sede di

⁵³² V. IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 274 ss., dove si legge anche che il patrimonio separato si caratterizza per includere propriamente liquidità e strumenti finanziari «secondo uno schema tipicamente “rotativo” in cui ciò che connota l’afferenza al patrimonio non è un’etichettatura statica decisa *ex ante* una volta per tutte, ma la derivazione della risorsa dal processo produttivo». V. SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 634, che ha parlato, in proposito, di «garanzia flottante». CAVALLARI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 501 ss., ha affermato che si tratta di un’operazione che si fonda sull’idoneità dello specifico affare di generare ricavi capaci di autofinanziarsi, e non sulla solvibilità della società destinataria del finanziamento stesso. V. anche ARLT R., *I patrimoni dedicati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, 353 ss.; LAMANDINI, *I patrimoni «destinati» nell’esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, op. cit., 504 ss.

⁵³³ A fronte delle incertezze sul modo in cui deve essere interpretato il termine «provento» SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, op. cit., 878 ss., ha affermato che in esso deve comprendersi «qualsiasi flusso di cassa percepito dal finanziato». Sul punto cfr. anche BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 86 ss.; LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 580 ss., secondo cui, vista l’incertezza interpretativa, è opportuno che la regolamentazione contrattuale sia analitica, tale da risolvere anche i più incerti profili definitivi. Non è, invece, oggetto di separazione il capitale prestato dal finanziatore, che subisce semplicemente un vincolo di destinazione, dovendo essere impiegato per la realizzazione dell’affare, pur rimanendo nel patrimonio generale della società.

⁵³⁴ V. MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 1698 ss.; LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 581 ss.; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 118 ss., SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, op. cit., 882 ss., il quale ha affermato che dalla separazione patrimoniale generata dai finanziamenti destinati risulta una regolamentazione delle azioni esecutive «per classi di operazioni economiche».

costituzione del vincolo la società deroghi al regime di responsabilità patrimoniale così come delineato dal legislatore.

Tuttavia, l'art. 2447 *decies*, comma quarto, c.c., fa espressamente salva l'ipotesi in cui il contratto preveda che la società presti garanzie per il rimborso di parte del finanziamento, sicché in questo caso essa risponderà non soltanto con il patrimonio separato, ma anche con i beni oggetto di garanzia facenti parte del suo patrimonio generale.⁵³⁵

Per effetto del vincolo di destinazione si instaura, inoltre, una separazione «debole» sui beni della società strumentali alla realizzazione dell'affare. Essi non costituiscono oggetto del patrimonio separato, ma è espressamente previsto che, fino al rimborso del finanziamento, o alla scadenza del termine previsto per il medesimo, i creditori sociali possono esercitare su di essi esclusivamente azioni conservative a tutela dei loro diritti.⁵³⁶

⁵³⁵ BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 86 ss., secondo cui la funzione di tale previsione è specificamente quella di estendere la responsabilità per il rimborso del finanziamento alla restante parte del patrimonio sociale non oggetto di separazione, dando così luogo «ad una separazione patrimoniale imperfetta». Critico nei confronti di tale previsione è QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 120, il quale ha evidenziato che il problema non è tanto la parziale comunicabilità tra patrimoni che viene a crearsi, quanto più il fatto che la suddetta comunicazione avviene in forza di una scelta assolutamente discrezionale della società, senza che ai creditori sia dato nemmeno lo strumento dell'opposizione. «Pare, allora, fondato sospettare che la concessione di garanzie per il rimborso del finanziamento possa prestarsi a meccanismi fraudolenti, tali da favorire la proliferazioni di azioni revocatorie da parte dei creditori sociali».

Si tenga presente che tale garanzia non può avere per oggetto gli stessi proventi dell'affare, ma solo i residui elementi di attivo al patrimonio sociale. V. SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, op. cit., 889 ss., il quale ha affermato che se così non fosse verrebbe meno la funzione stessa della garanzia, «poiché non avrebbe senso costruire un diritto di prelazione su ciò che è già fuori dal concorso con i creditori sociali».

⁵³⁶ Si sono espressi in questi termini BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 79. Ha parlato di «regime affievolito rispetto a quello associato alla vera e propria separazione giuridica» IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 279. La *ratio* di tale previsione è quella di facilitare la realizzazione dell'affare, evitando che siano sottratti i beni necessari a tal fine attraverso le azioni esecutive dei creditori sociali. V. SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, op. cit., 901 ss.; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 120-121;

La separazione patrimoniale generata dai finanziamenti destinati ha, infine, carattere necessariamente temporaneo, essendo destinata a cessare alla scadenza del termine per il rimborso stabilito nel contratto.⁵³⁷

È perfettamente evidente, che pur configurandosi una deroga attenuata al principio di universalità della responsabilità della responsabilità patrimoniale, la posizione dei creditori sociali può risultare comunque compromessa fintanto che perdura la separazione, sicché, ancora una volta, non resterà loro che far valere eventuali abusi ricorrendo all'azione revocatoria.⁵³⁸

In questa sede merita, infine, solo accennare al fatto che in caso di fallimento della società troverà applicazione l'art. 72 *ter* l. fall. e in via residuale l'art. 2447 *decies*, ultimo comma, c.c.⁵³⁹

⁵³⁷ V. IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 275, la quale ha osservato che, di conseguenza, il rischio assunto dal finanziatore è correlato non soltanto alla produttività dell'operazione ma anche al rispetto di un certo programma economico nei tempi prestabiliti. L'art. 2447 *decies* c.c. omette di disciplinare l'ipotesi di mancato conseguimento o realizzazione dell'affare. In proposito parte della dottrina ha affermato che, essendo la realizzazione dell'affare dedotta come specifica obbligazione contrattuale, il mancato conseguimento si manifesta come ipotesi di inadempimento con conseguente attuabilità del meccanismo solutorio. Così CAVALLARI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 501 ss., secondo cui il vero problema consiste nello stabilire se, una volta risolta la destinazione dei proventi, il finanziatore potrà aggredire l'intero patrimonio sociale oppure soltanto i proventi *medio tempore* prodotti o quelli nel frattempo investiti.

⁵³⁸ La dottrina ha affermato che il mancato riconoscimento del diritto di opposizione ai creditori sociali, differentemente da quanto accade nel modello operativo, si spiega alla luce del fatto che l'operazione di per sé non è in grado di incidere sulla loro posizione perché riguarda proventi eventuali e futuri. Così ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, op. cit., 40; BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 79. Hanno valorizzato l'impiego della revocatoria da parte dei creditori sociali per far fronte ai pregiudizi suscettibili di verificarsi in loro danno QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op. cit., 120 ss.; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 635 s.

⁵³⁹ Dagli artt. 72 *ter* l. fall. e 2447 *decies*, ultimo comma, c.c. si evince che la sorte del finanziamento destinato dipende dall'accertamento dell'esistenza di un impedimento alla realizzazione dell'affare. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, op. cit., 902 ss.; SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, op. cit., 637 ss.; BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 92 ss.; PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, op. cit., 1582 ss., il quale ha precisato che nel caso in cui il curatore assuma la gestione dell'affare, la separazione patrimoniale di cui all'art. 2447 *decies*, commi terzo, quarto e quinto, persiste: «al creditore separato non è consentito insinuarsi al passivo, ma è del pari escluso il concorso dei creditori sociali fino a quando il finanziamento non fosse stato integralmente rimborsato».

Ebbene, stando all'art. 2447 *decies*, ultimo comma, c.c., il fallimento della società che impedisca la realizzazione o la continuazione dell'operazione produce un duplice effetto: il finanziatore ha diritto di insinuarsi al passivo per ottenere il soddisfacimento del proprio credito e cessano le limitazioni relative alle azioni esecutive dei creditori sociali sui beni strumentali.⁵⁴⁰

4. – *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*

L'art. 2645 *ter* rappresenta «il punto di arrivo del processo evolutivo della responsabilità patrimoniale del debitore».⁵⁴¹

Le reazioni suscitate dall'introduzione di tale disposizione nel nostro ordinamento sono state a dir poco contrastanti. Accanto a chi ha mostrato grande entusiasmo dinnanzi alle innovazioni da essa apportate, vi è stato chi ha ritenuto auspicabile che questo istituto «rimanga lettera morta, fino a quando il legislatore non abbia saputo e voluto mettervi nuovamente mano».⁵⁴²

Tale diversità di opinioni si spiega in ragione del fatto che se indubbiamente l'art. 2645 *ter* c.c. rappresenta un ulteriore tassello che contribuisce all'affermazione del fenomeno della separazione patrimoniale, al

⁵⁴⁰ Sembra, dunque, stando al tenore della disposizione che il fallimento non incida, invece, sulla separazione patrimoniale relativa ai proventi dell'affare, ai loro frutti e ai beni in cui essi sono stati investiti. Così BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 92. V. anche IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 276 ss., secondo cui l'intento della disposizione sembrerebbe quello di limitare gli effetti della separazione «concependo una valvola di sicurezza a favore del finanziatore in circostanze in cui la crisi è irreversibile (...) Non si può fare in modo di osservare che una simile valvola di sfogo operi a discapito di tutti gli altri creditori della società (...)».

⁵⁴¹ Così PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 202. V. anche SCOGNAMIGLIO C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, in *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione - Guida alla redazione*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 80 ss., consultabile sul sito www.notariato.it, il quale ha osservato che l'introduzione dell'art. 2645 *ter* rappresenta «il momento finale di un processo di progressiva disgregazione del principio della necessaria unità del patrimonio del soggetto», pur essendo avvenuta con modalità affrettate, se non addirittura, casuali.

⁵⁴² Questa affermazione è di CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Vol. I, a cura di aa. vv., Cedam, Padova, 2007, 81 ss. Tra coloro che hanno accolto l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. con maggiore favore vi è GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1 ss.

contempo tale disposizione finisce per sollevare molti più problemi di quanti effettivamente ne risolve.⁵⁴³

Nell'ambito del presente lavoro la fattispecie di cui all'art. 2645 *ter* assume particolare rilevanza poiché essa dà vita ad fenomeno atipico di separazione patrimoniale sotto il profilo strutturale, soggettivo e funzionale.⁵⁴⁴

A differenza di quanto accade nelle altre fattispecie di patrimoni separati per le quali il legislatore ha stabilito a monte quali sono gli interessi che giustificano il sorgere della separazione patrimoniale, l'art. 2645 *ter* c.c. si limita a stabilire la necessità che gli atti di destinazione siano diretti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Tale previsione dal carattere indubbiamente innovativo suscita particolare interesse poiché valorizza il ruolo della autonomia privata nella selezione degli interessi idonei a far sorgere l'effetto della separazione patrimoniale, spingendo così a domandarsi, come avremo modo di constatare nel prosieguo del nostro lavoro, quale sia stato l'impatto dell'art. 2645 *ter* c.c. sulla riserva di legge che presiede le limitazioni della responsabilità patrimoniale.

L'art. 2645 *ter* c.c. permette la trascrizione degli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili registrati vengono destinati, per un periodo

⁵⁴³ In questi termini v. GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. Civ.*, II, 2006, 165 ss. Cfr. anche PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 161 ss.

⁵⁴⁴ Interessanti spunti in tal senso sono offerti da BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, 1175 ss., secondo cui il carattere innovativo dell'atto di destinazione patrimoniale disciplinato dall'art. 2645 *ter* c.c. risiede proprio nel suo essere «atto atipico di separazione patrimoniale che consente ai privati di realizzare la destinazione patrimoniale sia attraverso la struttura che sia più congeniale ai loro interessi, sia attraverso la fissazione delle finalità cui il patrimonio deve essere destinato, salvo il rispetto del parametro della meritevolezza». V. anche SCOGNAMIGLIO C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, op. cit., 80, il quale ha affermato che «la destinazione non solo pone capo ad un effetto giuridico di peculiare rilevanza e che va ad interferire con il principio generale dell'art. 2740 c.c., ma anche (..) non è condizionata ad una previa selezione da parte del legislatore dell'interesse ritenuto idoneo a consentire l'effetto di segregazione». Su tutti questi aspetti v. *infra*.

non superiore a novant'anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela.⁵⁴⁵

L'essenza del vincolo di destinazione è stata ravvisata da autorevole dottrina nella «inespropriabilità del bene se non per debiti funzionali allo scopo della destinazione e nella inefficacia dei negozi attributivi a terzi di diritti incompatibili con la realizzazione di detto scopo».⁵⁴⁶

L'art. 2645 *ter* c.c. stabilisce, infatti, che «i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e

⁵⁴⁵ Gli autori che si sono dedicati allo studio delle problematiche in materia di vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter* sono moltissimi, v. tra i tanti: BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Giuffré, Milano, 2006; BIANCA M., *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. Giur. Treccani, Aggiornamento*, Vol. XV, Roma, 2007; della stessa autrice v. anche *Novità e continuità dell'atto di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Bianca, Giuffré, Milano, 29 ss.; DI MAJO A., *Vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, *ivi*, 111 ss.; SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c.*, *ivi*, 148 ss.; CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, *op. cit.*, 81 ss.; GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 321 ss.; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, *op. cit.*, 141 ss. e dello stesso autore v. anche *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 358 ss.; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, *op. cit.*, 125 ss.; DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, *op. cit.*, 25 ss.; STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, II ed., Cedam, Padova, 2010; MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009; ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 185 ss. e dello stesso autore v. anche *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, *op. cit.*, 97 ss.; VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: una prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 775 ss.; BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, a cura di Fondazione Italiana per il Notariato, Il sole 24 ore, 2007, 131 ss.; SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, *ivi*, 120 ss.; PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, 979 ss.; BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 5 ss.; LUPOI M., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 467 ss.; GENTILI A., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 55 ss.; LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2007, 229 ss.; LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, 1067 ss.; DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, *op. cit.*, 1293.

⁵⁴⁶ CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, *op. cit.*, 85.

possono costituire oggetto di espropriazione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti a tale scopo».

Così come è accaduto in relazione al fondo patrimoniale e ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, anche in questo caso il legislatore guarda al patrimonio non già in ragione della sua appartenenza ad un soggetto, bensì alla luce dello scopo che esso è deputato a perseguire.⁵⁴⁷

I beni oggetto del vincolo costituiscono una massa patrimoniale separata, priva di soggettività giuridica, così come lo sono il fondo patrimoniale e patrimoni dedicati delle s.p.a.⁵⁴⁸

Prima di concentrare l'attenzione sulle modalità di costituzione della separazione patrimoniale *ex art. 2645 ter c.c.*, è necessario affrontare la questione inerente alla natura della norma, occasionata dalla sua collocazione nel titolo dedicato alla trascrizione e dalla sua formulazione, che contiene anche «frammenti di disciplina sostanziale».⁵⁴⁹

Di qui è sorto l'interrogativo nella dottrina e nella giurisprudenza di merito se l'art. 2645 *ter c.c.* sia una «norma sugli effetti», che disciplina semplicemente l'effetto pubblicitario delle ipotesi di destinazione già esistenti nel nostro ordinamento, oppure se si tratti di una «norma sulla fattispecie», che ha dato ingresso alla categoria generale degli atti di destinazione patrimoniale.⁵⁵⁰

Secondo la giurisprudenza l'art. 2645 *ter c.c.* avrebbe introdotto «solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio

⁵⁴⁷ Cfr. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 192 ss.

⁵⁴⁸ V. BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, op. cit., 5 ss., ha osservato che la nuova figura codicistica non implica la creazione di alcun nuovo soggetto o ente. Nello stesso senso v. anche GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 165 ss. Cfr. quanto affermato a proposito del fondo patrimoniale e dei patrimoni destinati a uno specifico affare nei par. 2 e 3 di questo capitolo.

⁵⁴⁹ CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 149.

⁵⁵⁰ Queste espressioni sono utilizzate dalla gran parte della dottrina e della giurisprudenza che si sono occupate della questione, v. *ex multis* CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 82 ss.; GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 166.

rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico a cui può accompagnarsi».⁵⁵¹

L'art. 2645 *ter* c.c. sarebbe, dunque, solamente norma sugli effetti, «complementari rispetto a quelli traslativi e obbligatori delle singole figure negoziali a cui accede il vincolo di destinazione».⁵⁵²

La norma non consentirebbe, invece, la configurazione di un «negozio destinatorio puro», che prescinde dal collegamento con un ulteriore negozio traslativo dotato di autonoma causa.⁵⁵³

⁵⁵¹ Così nella motivazione di Trib. Trieste, 7.4.2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 524 ss., con nota critica di CINQUE M., *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645 ter cod.civ.: qualche riflessione a margine di una prima (non) applicazione giurisprudenziale*. Nella motivazione della decisione si legge anche che l'art. 2645 *ter* c.c. «non costituisce la giustificazione legislativa di un nuovo negozio. Con essa non si è voluto introdurre nell'ordinamento un nuovo tipo di atto ad affetti reali, un contratto innominato, che diventerebbe il varco per il tanto discusso negozio traslativo atipico». A questo proposito v. gli spunti critici offerti da CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 156, secondo cui il vero timore del Tribunale di Trieste sembra essere quello che l'art. 2645 *ter* c.c. dia spazio nel nostro ordinamento al «negozio traslativo atipico». L'autore osserva puntualmente che questo timore è del tutto ingiustificato poiché l'atto di destinazione in sé prescinde da eventuali effetti traslativi e che anche quando c'è l'effetto traslativo questo trova autonoma causa di giustificazione sufficiente proprio nell'atto di destinazione in quanto tale. V. anche le critiche prospettate da BIANCA M., *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 187 ss., dove si legge che «il problema del vincolo di destinazione non è mai stato quello di introdurre una figura generale di atto innominato ad effetti reali quanto il diverso problema di attribuire realtà e opponibilità al vincolo, che in difetto di opponibilità, avrebbe natura obbligatoria». Con riferimento al modo in cui deve essere intesa la realtà del vincolo di destinazione v. più approfonditamente *infra*.

⁵⁵² Trib. Reggio Emilia, 7.6.2012, in *Guida al diritto*, 2012, 49 ss.

⁵⁵³ Trib. Reggio Emilia, 7.6.2012, cit., *ibidem*. In termini analoghi v. anche Trib. Reggio Emilia, 22.6.2012, in *Trusts*, 2013, 57 ss., che ha affermato l'inammissibilità del vincolo di destinazione c.d. "autoimposto", in cui l'effetto destinatorio non si accompagni ad alcun effetto traslativo. Nel caso di specie i coniugi, in sede di accordo di separazione, avevano imposto su beni di loro proprietà un vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c., senza che lo stesso si accompagnasse ad altro negozio di trasferimento. Nello stesso senso v. anche Trib. S. Maria Capua Vetere, 22.11.2013, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui, essendo l'art. 2645 *ter* c.c. norma eccezionale rispetto al principio di cui all'art. 2740 c.c., deve essere interpretata restrittivamente, limitatamente alle sole ipotesi di «destinazione traslativa». V. ancora Trib. Reggio Emilia, 12.5.2014, in *www.iusexplorer.it*; Trib. Reggio Emilia, 27.1.2014, in *www.iusexplorer.it*, nella cui motivazione si legge che l'art. 2645 *ter* consente semplicemente «di rendere opponibile *erga omnes* l'effetto di destinazione, in forza del quale insorge a vantaggio del beneficiario un diritto di credito (personale e non *in re*) a che il bene trasferito e i suoi frutti siano conservati alla destinazione impressa (...) Tuttavia, si ritiene che il predetto effetto debba necessariamente rientrare nel contenuto (eventuale) di un negozio tipico o atipico dotato di autonoma causa». È bene precisare fin d'ora che in tutte le decisioni citate la giurisprudenza utilizza l'espressione "vincolo autoimposto" per designare le ipotesi in cui la

Le principali ragioni addotte a sostegno di tale conclusione fanno leva sia sulla collocazione della norma, sia sul fatto che gli elementi sostanziali ivi contenuti sarebbero troppo scarni per poter desumere l'introduzione nel nostro ordinamento di una nuova figura negoziale.⁵⁵⁴

Parte della giurisprudenza ha sostenuto, altresì, che ammettere l'esistenza di un vincolo di destinazione autonomo, non necessariamente collegato ad altra fattispecie negoziale traslativa, porterebbe ad una lettura dell'art. 2645 *ter* c.c. «eversiva rispetto alla regola sancita dall'art. 2740 c.c., poiché ammettendo la generalizzata possibilità di costituire masse autonome in forza dell'autonomia negoziale, sarebbe scardinato il rapporto tra regola ed eccezione di cui all'art. 2740 c.c.».⁵⁵⁵

Vi sono molteplici ragioni per cui questa soluzione sembra non poter essere accolta, mentre appare pienamente condivisibile l'assunto secondo cui l'art. 2645 *ter* c.c. è una norma dalla «doppia anima», che attiene sia alla fattispecie negoziale, sia alla sua opponibilità.⁵⁵⁶

Non si può dubitare che la norma oltre a disciplinare la pubblicità del vincolo, regola anche elementi di tipo sostanziale, quali la sua durata, la forma, le azioni a tutela del beneficiario, nonché la meritevolezza degli interessi che la destinazione deve soddisfare.⁵⁵⁷

destinazione non si accompagna ad alcun effetto traslativo. In realtà, la maggior parte della dottrina, quando parla di "autodestinazione" fa riferimento al diverso problema della ascrivibilità degli interessi che la destinazione mira a realizzare unicamente al disponente medesimo. Sul punto v. più approfonditamente *infra*.

⁵⁵⁴ V. in particolare le argomentazioni nella motivazione di Trib. Reggio Emilia, 7.6.2012, cit. e Trib. Reggio Emilia, 27.1.2014. Questa tesi è fatta propria anche da una parte minoritaria della dottrina: MANES P., *La norma sulla trascrizione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.*, 2006, 626 ss.; STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 1 ss.; PICCIOTTO A., *Brevi note sull'art. 2645 ter: il trust e l'araba fenice*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1314 ss.; PIRRUCCIO P., *Trust, effetto di segregazione e art. 2645 ter del codice civile*, in *Giur. merito*, 2007, 90 ss.

⁵⁵⁵ Così nella motivazione di Trib. Reggio Emilia, 27.1.2014, cit.; Trib. Reggio Emilia, 12.5.2014, cit.; Trib. S. Maria Capua Vetere, 22.11.2013, cit.

⁵⁵⁶ Questa espressione è stata proposta da DIMAJO A., *Vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, op. cit., 111. In termini analoghi si sono espressi anche LUPOI M., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, op. cit., 169 ss.; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 155.

⁵⁵⁷ BIANCA M., *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, op. cit., 189 ss. e della stessa autrice v. anche BIANCA M.,

Inoltre, la tesi contraria finisce per privare di significato l'art. 2645 *ter* c.c., non essendovi nel nostro ordinamento figure di destinazione tipizzate, insuscettibili di essere pubblicizzate, che lo diventerebbero grazie a tale disposizione.⁵⁵⁸

Si conviene, dunque, con la dottrina maggioritaria secondo cui l'art. 2645 *ter* c.c. è una norma sostanziale, che ha dato spazio alla «figura generale dell'atto di destinazione».⁵⁵⁹

Vincoli di destinazione del patrimonio, op. cit., 13, dove afferma che la norma si limita a disciplinare i «requisiti minimi dell'atto negoziale di destinazione». V. anche CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 149.

⁵⁵⁸ CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 153, il quale ha affermato che per i vincoli di destinazione tipizzati le forme di pubblicità sono già previste dall'ordinamento, «dove una duplicazione delle forme pubblicitarie sarebbe di dubbia utilità». Nello stesso senso v. anche GHIRONI A., *La destinazione dei beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645 ter*, in *Riv. not.*, 2011, 1085 ss., secondo cui «non essendo altrove disciplinato nessun atto con effetto destinativo ed essendo le altre ipotesi tipiche dotate di autonoma disciplina pubblicitaria, non si riuscirebbe a capire a quale atto faccia riferimento il legislatore. La conclusione per la quale la norma avrebbe anche effetti sostanziali è dunque imposta già da un'interpretazione secondo il criterio dell'effetto utile». V. ancora GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts*, 2007, 169 ss.; QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1717 ss.; GALLUZZO F., *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645 ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 128 ss.

⁵⁵⁹ Così BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 8 ss., dove si legge che è difficile, tuttavia, parlare con riferimento all'art. 2645 *ter* c.c. di «norma sulla fattispecie», poiché non è definito un fatto giuridico con pienezza di elementi di identificazione e disciplina. La tesi che riconosce valore sostanziale all'art. 2645 *ter* è sostenuta anche da GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 166; CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 83; PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 162; ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, op. cit., 203; PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 979; MASTROPIETRO B., *L'atto di destinazione tra il codice civile italiano e i modelli europei di articolazione patrimoniale*, in *Riv. not.*, 2012, 319 ss. In dottrina si incontra anche una tesi intermedia, che nega all'art. 2645 *ter* c.c. il carattere di norma di fattispecie introduttiva della categoria generale dell'atto di destinazione. Secondo questa dottrina l'art. 2645 *ter* c.c. regola gli effetti e alcuni presupposti dell'atto di destinazione, sicché ha implicitamente riconosciuto l'esistenza e la legittimità dell'atto negoziale di destinazione rendendo compatibile tale effetto con il nostro ordinamento. In questo senso v. LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1067, ss., «l'art. 2645 *ter* non riesce a tipizzare un contratto, precisamente identificato nel suo assetto causale, ma sancisce la compatibilità con il nostro ordinamento di un effetto giuridico» - quello della destinazione - «già noto in ipotesi tipiche e oggi riconosciuto legittima esplicazione dell'atto di autonomia privata». LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 229 ss., ha affermato che già prima dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* la figura degli atti di destinazione era ammessa dal nostro ordinamento, pur essendo sempre stati incerti gli effetti della opponibilità e dell'incidenza sulla

Quanto poi all'affermazione secondo cui non sarebbe ammissibile il negozio di destinazione puro, che prescinde dal trasferimento dei beni oggetto del vincolo, sembrano esservi fondati motivi per respingerla.⁵⁶⁰

Non convince l'assunto della giurisprudenza secondo cui una diversa interpretazione dell'art. 2645 *ter* c.c. sarebbe «eversiva» rispetto all'art. 2740 c.c. per due ordini di ragioni. Innanzitutto, leggere il rapporto esistente tra universalità e limitazioni della responsabilità patrimoniale in chiave di regola–eccezione non è imposto dal dato normativo, ma è frutto dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che può e deve essere superata per le ragioni precedentemente illustrate, sicché tale preconetto non può influenzare anche la comprensione di ulteriori e innovative disposizioni.⁵⁶¹

Inoltre, anche a volere preservare l'universalità della responsabilità patrimoniale impedendo all'autonomia negoziale di creare masse patrimoniali separate, si deve far leva non già sul fatto che l'atto di destinazione si accompagni o meno ad effetti traslativi, ma sull'interpretazione della clausola di meritevolezza degli interessi a cui è subordinata la nascita del vincolo.⁵⁶²

relazione tra patrimonio e responsabilità, in ragione del principio del numero chiuso dei diritti reali e della responsabilità patrimoniale generica. DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1293, secondo cui «il legislatore ha dato per presupposta l'ammissibilità degli atti di destinazione. L'art. 2645 *ter* serve solo a superare il principio di tipicità degli atti soggetti a trascrizione». V. anche STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 *ter* c.c.*, 47 ss.; SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 145 ss.; DI RAIMO R., *Considerazioni sull'art. 2645 *ter* c.c.: destinazione e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 945 ss.

⁵⁶⁰ Cfr. alcune decisioni della giurisprudenza che hanno attribuito all'art. 2645 *ter* c.c. carattere sostanziale e hanno affermato che tale disposizione autorizzerebbe anche negozi di destinazione che non presuppongono il trasferimento del diritto da sottoporre al vincolo. Si tratta di Trib. Saluzzo, decreto 19.7.20112, in *Guida al dir.*, 2012, 9 ss.; Trib. Bologna, 5.12.2009, in *Il civilista*, 2010, 93 ss., che ha ritenuto valido l'accordo con cui in sede di separazione personale un coniuge si impegnava ad apporre un vincolo di destinazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 *ter* c.c. sugli immobili di sua esclusiva proprietà, obbligandosi a non cedere l'immobile a terzi per tutta la durata del vincolo.

⁵⁶¹ Con riferimento alle ragioni per cui non sembra corretto leggere l'art. 2740 c.c. in termini di regola–eccezione si rinvia a quanto osservato nel Cap. 3, par. 2.

⁵⁶² Del resto è la stessa giurisprudenza che ha affermato la necessità di negare l'ammissibilità del negozio destinatorio puro a riconoscere che anche a voler ipotizzare il contrario «gli interessi meritevoli di tutela che legittimano il vincolo devono essere esplicitati nell'atto di costituzione, devono essere valutati in modo stringente e devono essere prevalenti

Del resto, anche il confronto con le fattispecie del fondo patrimoniale e dei patrimoni dedicati delle s.p.a. permette di osservare che il trasferimento del diritto da vincolare «non ha mai costituito una *condicio sine qua non* della destinazione».⁵⁶³

Sembrano esservi, dunque, fondati motivi per affermare che l'art. 2645 *ter* c.c. è una norma di tipo anche sostanziale, alla luce della quale sono pienamente ammissibili oltre ai negozi di destinazione traslativa, anche i negozi di destinazione pura.⁵⁶⁴

Venendo alle modalità di costituzione della separazione patrimoniale occasionata dagli atti di destinazione si deve osservare, anzitutto, che si tratta di una «fattispecie complessa tipica», il cui perfezionamento è subordinato alla sussistenza dei requisiti sostanziali e pubblicitari previsti dallo stesso art. 2645 *ter* c.c.⁵⁶⁵

rispetto agli interessi sacrificati dei creditori del disponente estranei al vincolo». Così Trib. Reggio Emilia, 12.5.2014, cit.

⁵⁶³ GALLUZZO F., *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645 ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, op. cit., 128 ss.

⁵⁶⁴ BIANCA M., *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, op. cit., 187 ss., ha osservato che il trasferimento non è mai l'elemento caratterizzante la figura in esame. GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, op. cit., 169 ss., secondo cui quando il disponente imprime un vincolo sui beni e ne rimane titolare, ne deriva una situazione analoga a quella del *trust* autodichiarato, il cui effetto è quello di «trasformare il disponente da proprietario a proprietario nell'interesse altrui», mentre quando alla destinazione si accompagna l'effetto traslativo si avrà «un normale trasferimento *fiduciae causae*». QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1740, il quale ha ammesso pacificamente che l'atto di destinazione non debba affiancarsi ad alcun atto traslativo e ha affermato che dal punto di vista funzionale nulla cambia: «in entrambe le ipotesi in capo al titolare del patrimonio separato, sarà configurabile un diritto, che pur gravitando nella propria proprietà, risulta strumentale alla realizzazione dello scopo prefissato». Nello stesso senso v. anche VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: una prima lettura dell'art. 2645 ter*, op. cit., 775 ss.; BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, op. cit., 5 ss. Con riferimento alla questione relativa alla possibilità che l'atto di destinazione produca di per sé effetti traslativi, senza doversi collegare ad una vicenda traslativa con propria causa autonoma v. CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, 364 ss., secondo cui la causa destinataria è sufficiente a produrre effetto traslativo e a giustificare la circolazione strumentale del bene al di fuori della fattispecie donative e di scambio. V. anche LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1097 ss.

⁵⁶⁵ V. TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, in *Riv. not.*, 2013, 471 ss. V. anche gli spunti offerti da PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 161 ss., dove si legge che la deroga al principio della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*

Merita sottolineare che l'istituto in esame è una «fattispecie unitaria», il cui tratto caratterizzante è dato dalla inscindibilità del nesso esistente tra vincolo di destinazione e separazione patrimoniale: «non c'è atto di destinazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645 *ter* se non c'è separazione».⁵⁶⁶

I requisiti sostanziali indicati nell'art. 2645 *ter* si identificano nell'atto di destinazione, nei soggetti, nell'oggetto, nella durata, nella forma, nonché nell'interesse del beneficiario alla cui realizzazione è finalizzato il vincolo.

Dal punto di vista strutturale il negozio di destinazione si presenta quale figura generale, poiché l'art. 2645 *ter* c.c. nulla dice in merito all'atto di cui le parti devono valersi in sede di costituzione del vincolo.⁵⁶⁷

Tra le varie ricostruzioni proposte dalla dottrina con riferimento alla struttura dell'atto di destinazione, sembra di poter convenire con chi ha sostenuto non esservi una soluzione univoca.

La costituzione del vincolo di destinazione può avere natura contrattuale nell'ipotesi in cui essa realizza anche il trasferimento dal conferente al gestore (sia esso lo stesso beneficiario oppure un terzo) del bene che ne è oggetto. In assenza di effetti traslativi non sembrano esservi ostacoli

presuppone un requisito formale, ovvero che il vincolo sia adeguatamente conoscibile da parte dei creditori del disponente, e un requisito sostanziale, che il vincolo sia costituito per un interesse meritevole di «maggiore tutela rispetto a quello dei creditori».

⁵⁶⁶ Così CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 206, nota 261, il quale ha affermato che «senza separazione che si realizza a mezzo della trascrizione, non si ha vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter*». Di conseguenza, l'autore ha osservato che certamente nulla esclude l'ammissibilità di una destinazione con effetti meramente obbligatori, ma ha precisato che una simile destinazione non può essere inquadrata nell'ambito dell'art. 2645 *ter* c.c., bensì in altre disposizioni e precisamente negli art. 1322 e 1379 c.c. V. anche gli spunti offerti da DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 41, secondo cui per i vincoli di destinazione *ex* art. 2645 *ter* il momento perfezionativo del vincolo coincide con il momento pubblicitario, «essendo relegato il semplice intento non trascritto, a mera enunciazione di volontà, frammento della fattispecie destinataria (a meno che le parti non vogliano perseguire un intento destinataria di natura obbligatoria improduttivo di effetti segreganti nel patrimonio del disponente, che prescinde dalla fattispecie prevista dall'art. 2645 *ter* c.c.).

⁵⁶⁷ V. BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto di destinazione*, op. cit., 33 ss. Alcuni autori hanno osservato che l'utilizzo da parte dell'art. 2645 *ter* c.c. del termine «atti» implica un chiaro riferimento ai soli atti provenienti dall'autonomia privata, con esclusione, dunque, dei provvedimenti amministrativi. In proposito v. GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 335; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 157.

ad ammettere, invece, la struttura unilaterale, fermo restando la possibilità per il destinatario di rifiutare i benefici derivanti dall'atto di destinazione.⁵⁶⁸

Per quanto riguarda i soggetti, l'art. 2645 *ter* c.c. si riferisce espressamente all'autore della destinazione e al beneficiario. La norma non menziona, invece, il c.d. gestore, ovvero il soggetto a cui compete l'attuazione

⁵⁶⁸ Questa tesi è sostenuta in ragione del fatto che il negozio di destinazione puro incide in termini negativi solo sulla sfera patrimoniale del disponente. In questo senso v. BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 11 ss.; PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 165; GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1 ss.; QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1722 ss.; PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 980 ss.; NUZZO M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter c.c.*, Giuffrè, Milano, 2007, 60 ss.; BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, op. cit., 5 ss. Cfr. anche la posizione di GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 335 ss., secondo cui il normale strumento di costituzione del vincolo di destinazione è il contratto, potendo tuttavia esso perfezionarsi anche *ex art.* 1333 c.c. quando la costituzione del vincolo non si accompagna ad alcun trasferimento. Secondo altra parte della dottrina la struttura dell'atto di destinazione sarebbe, invece, necessariamente unilaterale. In questo senso v. la peculiare posizione di CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 85 ss., secondo cui il negozio di destinazione è sempre unilaterale, anche quando si accompagna ad effetti traslativi, poiché l'effetto destinatorio in quanto tale è in questa seconda ipotesi prodotto in definitiva dalla volontà del nuovo titolare del bene. In termini analoghi v. anche SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, op. cit., 124. Altri autori per escludere la configurabilità di un contratto tra conferente e beneficiario hanno richiamato il carattere generico dei beneficiari della destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. e la legittimazione di qualsiasi interessato ad agire per la realizzazione della destinazione. Così DI MAJO A., *Vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, op. cit., 114 ss.; SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 147; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 224; TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 484; LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1111. Una parte minoritaria della dottrina ha affermato invece essere sempre necessario un contratto tra conferente e beneficiario. Così GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 172 ss., il quale partendo dal presupposto che dall'art. 2645 *ter* c.c. scaturiscano solo effetti obbligatori, ritiene che esso non sia sufficiente ad integrare la riserva di legge prevista dall'art. 1987 c.c. Secondo Gazzoni la struttura contrattuale risponde, altresì, alle esigenze di tutela della sfera di intangibilità dei creditori, in quanto «l'accettazione del beneficiario (...) attesta circa l'effettiva e concreta ricorrenza dell'interesse» che la destinazione mira a realizzare. Nello stesso senso v. anche BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 145. Ha criticato entrambi gli assunti CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 164 ss., secondo cui la struttura contrattuale è imposta, piuttosto, dal principio di causalità: l'accordo tra conferente e beneficiario è necessario perché permette di palesare l'effettiva e concreta ricorrenza dell'interesse perseguito.

dello scopo di destinazione. Anche la figura del gestore deve ritenersi, tuttavia, elemento indefettibile della fattispecie, non essendo possibile immaginare una destinazione senza la presenza di un soggetto con il compito di provvedere alla sua attuazione, fermo restando che il conferente può certamente riservare a sé tale funzione o attribuirlo direttamente al beneficiario.⁵⁶⁹

Anche sotto il profilo soggettivo si può parlare di atipicità del vincolo di destinazione, in quanto il conferente (*rectius* il destinante) può essere chiunque, non avendo il legislatore predeterminato i soggetti legittimati a valersi di tale strumento come accade per i patrimoni destinati delle s.p.a. e per il fondo patrimoniale.⁵⁷⁰

Beneficiari della destinazione possono essere qualunque persona fisica o ente, purché determinato o determinabile.⁵⁷¹

Dal momento che la norma richiede espressamente che gli atti di destinazione siano diretti alla realizzazione di interessi riferibili a persone fisiche o enti, essa non sembra lasciare spazio alle c.d. «destinazioni di scopo»,

⁵⁶⁹ Sul punto si rinvia a BIANCA M. – D’ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L’atto notarile di destinazione. L’art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 32 ss.; QUADRI R., *L’art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1724; CEOLIN M., *Il punto sull’art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 368; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell’art. 2645 ter c.c.*, in *Giur. Mer.*, Supplemento, 2007, 41 ss.

⁵⁷⁰ V. gli spunti offerti in proposito da BIANCA M., *L’atto di destinazione: problemi applicativi*, op. cit., 1175 ss. La dottrina ha criticato l’utilizzo da parte dell’art. 2645 ter c.c. del termine conferente in quanto il conferimento in senso tecnico non è elemento indefettibile della fattispecie in esame, che può risolversi nella semplice imposizione del vincolo senza alcun trasferimento dei beni che ne sono oggetto e ha ritenuto preferibile utilizzare il termine «destinante». Così BIANCA M. – D’ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L’atto notarile di destinazione. L’art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 30; GAZZONI F., *Osservazioni sull’art. 2645 ter c.c.*, 116; CEOLIN M., *Il punto sull’art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 179.

⁵⁷¹ V. *ex multis* BIANCA M. – D’ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L’atto notarile di destinazione. L’art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 31. La dottrina ha anche osservato che l’elencazione dei possibili beneficiari contenuta nell’art. 2645 ter c.c. è ultronea, poiché indica quale possibile beneficiario qualsiasi persona fisica o ente, sicché il precedente riferimento ai disabili e alle pubbliche amministrazioni appare sovrabbondante. Così PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 178; GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell’art. 2645 ter*, op. cit., 10.

per la cui realizzazione non sia possibile individuare alcun soggetto titolare del relativo interesse.⁵⁷²

La formulazione dell'art. 2645 *ter* c.c. ha indotto parte della dottrina a differenziare la posizione del beneficiario diretto della destinazione, da quella dei c.d. beneficiari finali, ai quali, rientrando nella categoria dei semplici interessati, spetta solo la legittimazione ad agire per l'attuazione del vincolo di destinazione.⁵⁷³

Secondo la dottrina prevalente il beneficiario diretto sarebbe titolare di un vero e proprio diritto di credito avente ad oggetto la realizzazione della destinazione, con conseguente diritto al risarcimento del danno in caso di inadempimento.⁵⁷⁴

⁵⁷² V. *ex multis* BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 31; PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 178; QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1736; CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 367 ss.; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 46. Favorevole al negozio di destinazione di mero scopo è, invece, BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, op. cit., 5 ss.

⁵⁷³ Questa distinzione è prospettata da CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 89 ss., il quale riporta l'esempio di un immobile destinato a un Comune perché sia utilizzato come casa di riposo per anziani da parte dell'ente medesimo: «questi ultimi sono i beneficiari finali dell'atto di destinazione, ma è all'ente che bisogna fare riferimento come beneficiario diretto». L'autore ha espressamente negato che ai beneficiari finali possa riconoscersi un vero e proprio diritto di credito nei confronti del soggetto obbligato, con conseguente diritto al risarcimento in caso di inadempimento da parte del soggetto obbligato.

⁵⁷⁴ V. CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 90, secondo cui non è possibile ritenere che il beneficiario diretto sia titolare solamente della legittimazione ad agire per l'adempimento, perché in questo modo la sua posizione sarebbe eguagliata a quella dei beneficiari indiretti e ha negato, altresì, che la situazione giuridica attribuita al beneficiario in forza del vincolo di destinazione presenti le caratteristiche proprie dei diritti reali. Altri autori hanno evidenziato specificamente che la posizione del beneficiario non può essere ricondotta al novero dei diritti reali poiché ne mancano gli elementi essenziali, quali l'immediatezza, ovvero la possibilità per il titolare di raggiungere il soddisfacimento del proprio interesse indipendentemente dall'apporto di altri, nonché la tutela possessoria tipica dei diritti reali. Così: CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 238 ss.; GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 177 ss., il quale ha negato che il vincolo attribuisca al beneficiario alcuna posizione reale, o «paraproprietaria», perché il proprietario pieno e incondizionato è e rimane il conferente, il quale con la destinazione limita il potere di godimento del bene, ma non anche quello di disporne. Che il beneficiario sia titolare di un diritto di credito è stato affermato anche da ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 44; PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 188; BARALIS G.,

Tuttavia, e qui sta il tratto caratterizzante la fattispecie in esame, pur essendo il beneficiario titolare di un diritto di credito, il vincolo di destinazione non ha rilevanza meramente interna, bensì è opponibile ai terzi in forza dell'apposita trascrizione.⁵⁷⁵

Se, dunque, non è possibile parlare di realtà con riferimento alla situazione giuridica di cui è titolare il beneficiario, lo si potrà fare certamente in relazione agli effetti che il vincolo di destinazione produce, in quanto esso, presenta la caratteristica dell'opponibilità ai terzi.⁵⁷⁶

Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c., in Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, op. cit., 139; STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 82. Secondo altra parte della dottrina la situazione giuridica facente capo al beneficiario avrebbe invece carattere reale, così DI MAJO A., *Vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, op. cit., 119; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 233. Vi è stato infine chi ha affermato che il beneficiario è titolare di una mera aspettativa. Così LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1111, secondo cui il beneficiario è semplicemente titolare di «un interesse legittimo al corretto svolgimento dell'azione (amministrativa) altrui»; TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 494, che ha parlato di «aspettativa legalmente tutelata».

⁵⁷⁵ V. CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 384, secondo cui la vera novità dell'art. 2645 ter c.c. sta nel fatto «che una obbligazione sia opponibile ai terzi mediante trascrizione». V. anche PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 188; BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, op. cit., 1175 ss., la quale ha affermato che «qui per realtà del vincolo si intende non tanto la creazione di un fascio di obbligazioni *propter rem* con superamento del numero chiuso dei diritti reali, ma la rilevanza esterna e quindi l'opponibilità ai terzi di un vincolo che nasce dalla volontà di un soggetto o di più soggetti».

⁵⁷⁶ V. CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 384: «l'effetto latamente «reale» del vincolo può cogliersi sul piano della separazione/autonomia patrimoniale, nella creazione di una massa patrimoniale distinta, e tuttavia non entificata; e sul piano, poi effettuale relativamente alla positivizzazione delle regole concernenti la responsabilità». BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, op. cit., 31 ss., ha affermato che l'art. 2645 ter ha risolto uno dei problemi più spinosi dei vincoli di destinazione di fonte negoziale, e cioè quello di coniugare gli effetti obbligatori dell'atto con la separazione patrimoniale, e quindi con la sua rilevanza esterna in termini di opponibilità ai creditori. V. anche ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, op. cit., 185 ss., secondo cui il tratto dell'efficacia reale si manifesta sotto un duplice profilo: sotto quello esterno, in quanto la posizione giuridica del beneficiario è tutelata *erga omnes*, sia sotto quello interno dell'indisponibilità dei beni destinati, nel senso che gli atti aventi ad oggetto i beni separati e manifestamente contrari alla destinazione sono inefficaci. Quest'ultima conclusione è confermata anche da CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 84. Per il significato di realtà del vincolo di destinazione v. anche DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, op. cit., 33 ss.

A questo proposito, si deve precisare che l'art. 2645 *ter* nel disciplinare l'opponibilità del vincolo di destinazione fa riferimento genericamente ai terzi, sicché esso spiega i propri sia nei confronti dei creditori, sia degli aventi causa dal conferente.⁵⁷⁷

Un problema lasciato irrisolto dall'art. 2645 *ter* c.c. attiene alla possibilità che la destinazione sia diretta a realizzare un interesse riferibile esclusivamente al conferente.⁵⁷⁸

Nonostante non sia rinvenibile nella citata disposizione alcun espresso divieto in tal senso, sembrano esservi fondati motivi per negare che la destinazione possa validamente sorgere per soddisfare un interesse facente capo unicamente al conferente, potendo egli avere al più un interesse concorrente con quello del beneficiario.

La soluzione contraria rischia di prestarsi ad utilizzazione "abusiva" a danno dei creditori del disponente, il cui unico interesse potrebbe essere quello di porre al riparo i propri beni da eventuali azioni esecutive.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ In proposito v. CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 84; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 264; VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: una prima lettura dell'art. 2645 ter*, op. cit., 264; PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 196; GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter*, op. cit., 3 ss.; D'ERRICO M., *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter c.c.: prime riflessioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Bianca, Giuffrè, Milano, 121 ss.

⁵⁷⁸ La maggior parte della dottrina parla in proposito di «autodestinazione». V. *ex multis* BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 30 ss. Si deve però ricordare che questo stesso termine è stato utilizzato in più occasioni dalla giurisprudenza per designare un diverso fenomeno, e cioè le ipotesi in cui la destinazione non si accompagna all'effetto traslativo. In questi termini v. la giurisprudenza citata nella nota 553. Anche LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1096, utilizza l'espressione «autodestinazione» per indicare le ipotesi in cui la destinazione si esaurisce nella sfera patrimoniale del disponente. Ha criticato l'impiego del termine «autodestinazione» a questo fine CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 367: «affermare che autodestinazione c'è *sic et simpliciter* quando non c'è trasferimento, significa, in contrario muoversi sempre nell'ottica della destinazione che determina un effetto traslativo (..) Ma l'effetto essenziale dell'atto di destinazione è quello di far sorgere un vincolo per il perseguimento di un dato interesse».

⁵⁷⁹ Ha ritenuto che tale ragione costituisca ostacolo insuperabile per l'ammissibilità dell'autodestinazione BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, op. cit., 1775 ss., che si è richiamata anche al principio *nemini res sua servit*. QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1735 ss., secondo cui sembra assolutamente

Invero, tale argomento non basta da solo ad escludere l'ammissibilità della c.d. autodestinazione, non essendo possibile affermare a priori che ogniqualvolta il destinante miri alla realizzazione di un proprio interesse questo si esaurisca nel tentativo di eludere il funzionamento della garanzia patrimoniale generica.⁵⁸⁰

Piuttosto, un indice contrario alla "autodestinazione" può rinvenirsi proprio nell'art. 2645 *ter* c.c. nella parte in cui attribuisce la legittimazione ad agire per la realizzazione della destinazione non solo al conferente ma anche qualunque interessato, sicché non si vede come sarebbe possibile giustificare una simile previsione se l'interesse che essa mira a realizzare non fosse un «interesse che "sporge", per così dire, rispetto alla posizione individuale del disponente».⁵⁸¹

necessario ai fini dell'instaurazione del meccanismo *ex art.* 2645 *ter* c.c. che sussista «un dualismo soggettivo tra disponente e titolare dell'interesse», essendo altrimenti elevato il rischio che l'unica finalità di simili atti di destinazione sia quella di aggirare il principio posto dall'art. 2740 c.c. Nello stesso senso v. anche TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, 498 ss. V. ancora GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, op. cit., 171, secondo cui è dubbio che il disponente possa designare quale beneficiario se stesso, in quanto «nella *law of trust* questa possibilità è controbilanciata dai notevoli obblighi di condotta che gravano sul trustee, nonché dalla sua sottoposizione alle disposizioni delle corti di *equity*; obblighi che invece l'art. 2645 *ter* lascia nel vago». Secondo SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 148, in assenza di una espressa norma di legge, come avviene *ex art.* 2447 *bis* c.c., il regime generale della gestione richiede alterità soggettiva tra gestore e gerito.

⁵⁸⁰ In questo senso si è espresso PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2014, 11 ss., il quale ha ritenuto, tuttavia, che l'autodestinazione è inammissibile perché si sostanzia in un atto manchevole della causa concreta. In termini analoghi si è espresso anche GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter*, op. cit., 27, secondo cui l'autodestinazione è un negozio privo di causa, che si risolve in un irrilevante rapporto unisoggettivo. Dello stesso autore v. anche *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, op. cit., 49 ss., dove ha precisato anche che l'autodestinazione costituisce semplicemente espressione delle facoltà dominicali.

⁵⁸¹ Così SCOGNAMIGLIO C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, op. cit., 83, il quale ha sottolineato che tale conclusione è imposta dalla formulazione dell'art. 2645 *ter* c.c. poiché la norma contiene un'enunciazione cumulativa e non alternativa, «come avrebbe dovuto essere, invece, nel caso in cui fosse stata astrattamente configurabile l'ipotesi di un atto di destinazione funzionale all'interesse del solo disponente». Cfr. anche BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 30. Parte della dottrina ritiene, al contrario, pienamente ammissibile l'autodestinazione non ravvisando alcun ostacolo nel dettato dell'art. 2645 *ter* c.c. Così PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 177; CEOLIN M., *Il punto*

Per quanto riguarda l'oggetto della destinazione, l'art. 2645 *ter* c.c. si riferisce esclusivamente ai beni immobili e beni mobili iscritti nei pubblici registri.

Nonostante il tenore della disposizione sembra potersi ammettere un'interpretazione estensiva, comprensiva anche di beni di natura differente per i quali sia comunque possibile una qualche forma di pubblicità, quali ad esempio i titoli di credito o le quote sociali.⁵⁸²

A sostegno dell'interpretazione estensiva depone il raffronto con le altre ipotesi di patrimoni separati tipizzati, dal quale emerge che l'elemento indefettibile perché possa operare la separazione patrimoniale è il requisito della pubblicità del vincolo e non della natura dei beni che ne sono oggetto.⁵⁸³

sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione, op. cit., 368; ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 398 ss.

⁵⁸² PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 171, secondo cui nel leggere la disposizione restrittivamente si finisce con escludere cespiti di grande rilevanza economica, quali sono, ad esempio i titoli di credito e partecipazioni societarie. Di conseguenza, la disposizione dovrebbe estendersi anche ai beni mobili non registrati a condizione che sia possibile effettuare idonea pubblicità del vincolo, dovendo vagliare caso per caso la sussistenza di tale condizione. BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, op. cit., 1177, la quale ha escluso che possano esserne oggetto i beni mobili, ma ha riconosciuto che possono esserlo altri beni per cui esiste un regime di pubblicità, come ad esempio le partecipazioni azionarie. V. anche BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 34, dove si legge che a favore della destinabilità delle quote sociali *ex art. 2645 ter* può osservarsi che il registro delle imprese svolge un ruolo simile a quello della pubblicità immobiliare. L'interpretazione estensiva è sostenuta anche da QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1726 ss., secondo cui il raffronto con il fondo patrimoniale suggerisce di considerare possibile oggetto della destinazione anche i titoli di credito, purché sia rispettato anche in questo caso il dettato dell'art. 167, ultimo comma, c.c. Addirittura, secondo Quadri, anche il denaro e i beni mobili sono possibile oggetto del vincolo di destinazione, dal momento che l'art. 2645 *ter* c.c. menziona espressamente i frutti dei beni vincolati. BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, op. cit., 146; TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 488-489; ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, op. cit., 401; PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 983-984. *Contra* GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 172; D'ERRICO M., *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter c.c.: prime riflessioni*, op. cit., 92; *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 373; GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter*, op. cit., 11.

⁵⁸³ V. BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 34, dove si legge che dal confronto con

Ulteriore requisito a cui è subordinata la costituzione del vincolo è la durata: l'art. 2645 *ter* c.c. stabilisce inderogabilmente che la destinazione può protrarsi per un limite massimo di novant'anni o corrispondente alla vita del beneficiario persona fisica. Di conseguenza, se è ben possibile che l'autonomia negoziale scelga un termine più breve, certamente non potrà prevederne uno maggiore.⁵⁸⁴

L'atto costitutivo del vincolo di destinazione deve rivestire la forma dell'atto pubblico. Parte della dottrina ha osservato che ciò è determinato dalla necessità di garantire «un preventivo filtro di legalità da parte del notaio» in vista della separazione patrimoniale generata dalla trascrizione del vincolo di destinazione.⁵⁸⁵

La forma dell'atto pubblico è richiesta *ad substantiam*, trattandosi di un requisito attinente alla validità del vincolo di destinazione e non solamente al profilo della sua opponibilità ai terzi.⁵⁸⁶

l'art. 167 c.c. emerge che il solo limite relativo all'oggetto della destinazione è dato dalla necessità che il vincolo sia reso noto a tutela dei terzi e dei creditori.

⁵⁸⁴ Laddove le parti dovessero prevedere una destinazione avente durata superiore questa si ridurrà automaticamente entro i termini di legge. V. PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 172, il quale ha affermato che visto il principio del numero chiuso dei diritti reali, la *ratio* del limite è quella di non “svuotare” la proprietà del suo contenuto economico in perpetuo e di evitare il pericolo che i beni “immobilizzati” siano sottratti troppo a lungo alle loro finalità produttive. Nello stesso senso v. anche PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 984-985; QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1727 ss. Per interessanti spunti sulle problematiche connesse alla durata del vincolo di destinazione v. TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 486 ss.

⁵⁸⁵ V. TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 478, il quale ha affermato che la ragione per cui non è ammessa la scrittura privata «risiede nella delicata funzione di bilanciamento dell'interesse sotteso alla creazione del vincolo rispetto alle ragioni dei creditori, sacrificate dalla trascrizione del vincolo» e ha osservato che la forma pubblica è prescritta per qualunque fattispecie di limitazione della responsabilità patrimoniale. Cfr. gli analoghi spunti offerti da PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 161 ss.

⁵⁸⁶ Che la forma dell'atto pubblico sia necessaria, invece, solo al fine della trascrizione è sostenuto da PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 161 ss., secondo cui è proprio la giustificazione sottesa alla necessità della forma pubblica di cui si è detto nella nota precedente che induce a ritenere che tale requisito operi solo in relazione alla opponibilità ai terzi del vincolo e non anche alla sua nascita. In altre parole, se manca la forma dell'atto pubblico, il vincolo di destinazione sarebbe comunque valido e produrrebbe effetti obbligatori tra le parti, essendo, tuttavia, inopponibile ai terzi. Questa tesi è sostenuta anche da SALAMONE

Questa conclusione trae conferma, innanzitutto, dalla natura di norma sostanziale riconosciuta all'art. 2645 *ter* c.c.: una volta affermato che tale disposizione disciplina gli elementi costitutivi della fattispecie dell'atto di destinazione non può negarsi che anche la forma, rientrando nel novero di tali requisiti, attenga al piano dell'esistenza dell'atto medesimo.⁵⁸⁷

Inoltre, si è già avuto modo di chiarire che l'art. 2645 *ter* c.c. disciplina una fattispecie unitaria, nella quale non è possibile scindere il profilo destinatorio da quello della separazione patrimoniale, sicché tutto ciò che è necessario perché si realizzi la segregazione è indispensabile anche per la nascita del vincolo ai sensi e per gli effetti della predetta disposizione.⁵⁸⁸

L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 147; SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, op. cit., 125; BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 35 ss., dove si legge che una ulteriore conferma in tal senso è data dalla collocazione della disposizione.

⁵⁸⁷ V. CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 370 ss.; TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 479 ss., secondo cui l'art. 2645 *ter* c.c. «disciplina una fattispecie complessa tipica, nella quale la trascrizione dell'atto pubblico di destinazione è elemento necessario per la costituzione del vincolo, nonché per la perfezione del procedimento di separazione». Che la forma dell'atto pubblico sia requisito previsto *ab substantiam* è riconosciuto anche da CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 86 ss., secondo cui proprio partendo dalla constatazione che normalmente ai fini della trascrizione è sufficiente la scrittura privata autenticata, richiedendo l'art. 2645 *ter* c.c. un requisito specifico, sembra più logico ritenere che esso riguardi la validità dell'atto. In termini analoghi v. anche STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 117 ss.; GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 336; QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1725; PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 982; BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, op. cit., 5 ss.

⁵⁸⁸ V. TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 490, secondo cui «l'autonomia privata in tanto può beneficiare delle “esenzioni” consentite dall'art. 2645 *ter*, in quanto rispetti la fattispecie normativa disciplinata dal citato articolo. Un eventuale atto di destinazione costituito per scrittura privata e non trascritto potrà continuare ad ammettersi entro gli stessi limiti riconosciuti all'autonomia privata prima dell'approvazione dell'art. 2645 *ter* ma non entrerà nell'orbita normativa dello stesso». CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 370 ss., il quale ha affermato che se l'atto non viene stipulato in forma pubblica, ci si potrà trovare sì di fronte ad un vincolo di destinazione valido solo *inter partes*, ma riconducibile ad altre regole (segnatamente agli artt. 1322 c.c. e 1379 c.c.), «restando del tutto estraneo il disposto dell'art. 2645 *ter*, non solo per quanto riguarda la trascrivibilità dell'atto (e il connesso effetto di separazione), ma anche per quanto concerne

Tra gli elementi essenziali indicati dall'art. 2645 *ter* c.c. vi sono gli interessi meritevoli di tutela che il vincolo deve realizzare, i quali costituiscono la causa del negozio di destinazione.⁵⁸⁹

Di conseguenza, se tali interessi mancano del tutto, così come se difetta il requisito della meritevolezza, il negozio di destinazione sarà nullo.⁵⁹⁰

Posto che l'art. 2645 *ter* c.c. dà origine ad fattispecie unitaria, in cui destinazione e separazione sono inscindibilmente legate, non sembra di poter condividere la diversa soluzione prospettata da chi ha ritenuto che la meritevolezza degli interessi attenga solamente il profilo dell'opponibilità della destinazione ai terzi.⁵⁹¹

tutti gli altri requisiti che la disposizione prevede». Cfr. Anche GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Eseggesi dell'art. 2645 ter*, op. cit., 7 ss.

⁵⁸⁹ V. CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 204 ss. Ritengono, sebbene in una diversa prospettiva, che gli interessi meritevoli di tutela attengano alla causa dell'atto di destinazione STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, 53 ss.; CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 87. La dottrina ha precisato che l'interesse a cui si riferisce la norma non è quello del destinante, ma l'interesse al servizio del quale l'atto di destinazione è posto in essere. Così *ex multis* SCOGNAMIGLIO C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, op. cit., 83; SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, op. cit., 126 ss. *Contra* l'opinione isolata LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1069, secondo cui il giudizio di meritevolezza si riferisce all'autore dell'atto. In quest'ottica l'interprete dovrà svolgere il controllo di legalità finalizzato ad accertare la meritevolezza di tutela dell'interesse concretamente perseguito con l'atto solo con riguardo al disponente.

⁵⁹⁰ Così CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 204 ss.; CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 87; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 100 ss.; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 45; CLARIZIA R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Cedam, Padova, 2010, 545 ss. V. anche QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1746 ss., secondo il quale, applicando la regola della conversione del negozio nullo, è ben possibile che sia salvaguardata l'efficacia dell'atto di destinazione invalido sul piano obbligatorio. Tale conversione non opera automaticamente, essendo necessario verificare se le parti, conoscendo la causa di nullità, avrebbero comunque voluto dare impulso alla vicenda destinataria, anche se soltanto sul piano obbligatorio. Nello stesso senso v. anche LENER G., *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1054 ss.

⁵⁹¹ Secondo questa diversa ricostruzione il controllo di meritevolezza dell'interesse perseguito è richiesto solo ai fini della separazione patrimoniale, sicché se difetta tale requisito la destinazione sarebbe valida ed efficace tra le parti, ma inopponibile ai terzi. Così NUZZO M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, op. cit., 65 ss., secondo cui l'art. 2645 *ter* c.c. contiene due diverse norme: la prima riguardante l'atto di destinazione, volta a disciplinare la fattispecie primaria in sé produttiva di effetti obbligatori; la seconda, riguardante

Il modo di interpretare la clausola di meritevolezza degli interessi incide direttamente sull'impatto che l'art. 2645 *ter* è destinato ad avere sulla riserva del legge contenuta nell'art. 2740, comma 2, c.c. e pertanto sarà oggetto di una riflessione a sé stante.

Ai fini del perfezionamento del vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter* c.c. è necessario che sussistano tutti gli elementi indicati, ma non ancora sufficiente. Ulteriore elemento essenziale è, infatti, la trascrizione dell'atto di destinazione che ha carattere costitutivo rispetto all'intera fattispecie.⁵⁹²

L'art. 2645 *ter* c.c. introduce uno «strumento legale per l'articolazione del patrimonio del disponente in più comparti».⁵⁹³

l'opponibilità della separazione, volta a disciplinare la fattispecie secondaria produttiva di questo specifico effetto. Sarebbe soltanto in relazione a questa seconda norma che rileva il requisito della meritevolezza, sicché laddove dovesse difettare sarebbe impedita solo l'opponibilità del vincolo. PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 11; LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 238, secondo cui la meritevolezza degli interessi «opera come onere per l'opponibilità». Per una critica dettagliata nei confronti di tale impostazione v. CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 206, spec. nota 261.

⁵⁹² In questi termini CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 87; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 263; GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 338, secondo cui sarebbe irragionevole attribuire alla trascrizione del medesimo atto due diverse funzioni. V. anche GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 182 ss.; TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 489 s.; CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 379, il quale fa leva sulla natura unitaria della fattispecie in esame e afferma che «se è vero che non fattispecie *ex art. 2645 ter* c.c. se non c'è trascrizione e se è vero che non c'è separazione senza trascrizione, allora ne consegue che la trascrizione è elemento perfezionativo della fattispecie medesima». V. infine SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, op. cit., 127, secondo cui tale trascrizione è, in realtà, più simile ad un'iscrizione. *Contra* nel senso che la trascrizione avrebbe carattere costitutivo solo riguardo alla separazione patrimoniale e dichiarativo rispetto alla vicenda destinataria: D'ERRICO M., *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter c.c.: prime riflessioni*, op. cit., 125 ss.; PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 161 ss.; SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 157; BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, op. cit., 150.

⁵⁹³ Così ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, op. cit., 185: «in virtù dell'atto di destinazione il disponente vedrà articolarsi il suo patrimonio da un lato in un comparto qualificato, destinato all'esclusiva garanzia dei creditori il cui titolo è connesso con il vincolo di destinazione (..) dall'altro, nel comparto generale che, invece, sarà chiamato a rispondere di tutte le obbligazioni».

I beni oggetto della destinazione costituiscono, infatti, una massa patrimoniale distinta dal restante patrimonio del conferente, in caso di destinazione c.d. statica, oppure da quello del beneficiario o del terzo gestore, in caso di destinazione c.d. dinamica.⁵⁹⁴

Si tratta ora di capire quali sono le caratteristiche della separazione patrimoniale che si accompagna al vincolo di destinazione.

Sotto questo profilo, il cuore della fattispecie in esame si rinviene nella parte in cui l'art. 2645 *ter* c.c. stabilisce che i beni e i frutti conferiti possono costituire oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per lo scopo di destinazione.

Da ciò deriva indubbiamente una deroga ai principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c. poiché l'effetto segregativo determina una distinzione dei creditori in due diverse classi: quella dei creditori particolari, il cui credito ha fonte in un'obbligazione contratta nel perseguimento dello scopo della destinazione, e quella dei creditori generali, che vantano un credito sorto per ragioni ad essa estranee.⁵⁹⁵

All'interno della prima categoria rientrano non soltanto i titolari di un credito sorto per la realizzazione del fine di destinazione, ma anche i beneficiari diretti del vincolo. Questi ultimi vantano, infatti, un diritto di credito all'attuazione della destinazione medesima, sicché ogniqualvolta la realizzazione coattiva del loro credito avvenga a mezzo dell'esecuzione forzata

⁵⁹⁴ V. CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 390; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 49.

⁵⁹⁵ V. ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., *ibidem*; ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, op. cit., 406 ss.; QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1720-1721; BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, op. cit., 48, dove viene precisato che nell'art. 2645 *ter* l'effetto separativo patrimoniale riveste il carattere della «relatività», nel senso che la limitazione di responsabilità è opponibile solamente ai creditori diversi dai creditori per debiti contratti per lo scopo della destinazione.

per espropriazione essi potranno certamente aggredire il patrimonio separato.⁵⁹⁶

Come si evince chiaramente dall'art. 2645 *ter* c.c. il parametro su cui si basa la distinzione dei creditori in classi è esclusivamente oggettivo: ciò che rileva è soltanto il rapporto obiettivo tra debito e finalità del vincolo indipendentemente lo stato soggettivo in cui versa il creditore.⁵⁹⁷

Differentemente da quanto accade con riferimento al fondo patrimoniale, dove l'art. 170 c.c. attribuisce espressamente rilevanza alla buona fede del creditore, in questo caso l'esecuzione forzata sul patrimonio destinato è preclusa per tutti i crediti contratti per finalità estranee alla destinazione, quand'anche il creditore non ne fosse stato a conoscenza.⁵⁹⁸

Agganciandosi ad un parametro puramente oggettivo, nella fattispecie di cui all'art. 2645 *ter* la separazione patrimoniale opera in maniera analoga a

⁵⁹⁶ Cfr. ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 49-50, il quale si richiama alla considerazione che nel testamento e nella donazione vengono considerati creditori i beneficiari del *modus*.

⁵⁹⁷ GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 180, dove si legge che «per la destinazione i limiti sono quelli che risultano dal contratto debitamente trascritto». GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 329; BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 153; PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 161 ss., il quale ha sottolineato l'importanza di indicare nell'atto costitutivo del debito le ragioni per cui questo è contratto, in modo da agevolare la relativa prova e da non creare difficoltà ai fini dell'espropriazione forzata. MATANO E., *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione: uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. not.*, 2007, 370 ss.; ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, op. cit., 407; BULLO L., *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6°, del T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?*, op. cit., 551.

⁵⁹⁸ V. GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., *ibidem*, secondo cui la soluzione offerta dall'art. 2645 *ter* c.c. è assai più garantista di quanto non lo sia quella prescelta dall'art. 170 c.c. Al contrario, secondo DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1257 ss., i creditori godrebbero in questo caso di una tutela affievolita rispetto a quella offerta dall'art. 170 c.c. per il fondo patrimoniale. Cfr. LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Atti di destinazione e trust*, op. cit., 249, secondo il quale, tuttavia, non si può completamente escludere la rilevanza dell'affidamento incolpevole del creditore. In termini analoghi v. anche BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, op. cit., 5 ss., secondo cui, nonostante il dato normativo sembri escluderlo, occorre tenere conto dello stato soggettivo del creditore non solo nell'interesse di quest'ultimo, ma anche del patrimonio destinato, poiché «la soluzione contraria restringerebbe notevolmente le possibilità del gestore di intraprendere rapporti negoziali con i terzi».

quanto accade per i patrimoni dedicati delle s.p.a., pur non essendo richiesto l'ulteriore requisito imposto dall'art. 2447 *quinquies*, ultimo comma, c.c., ovvero che negli atti compiuti in relazione alla destinazione sia fatta espressa menzione del vincolo.⁵⁹⁹

Solamente i creditori particolari sono ammessi ad agire esecutivamente sul patrimonio separato, pur essendo gravati dell'onere della prova circa la rispondenza dell'obbligazione allo scopo della destinazione.⁶⁰⁰

La separazione patrimoniale *ex art. 2645 ter c.c.* è di tipo unilaterale: mentre ai creditori generali è precluso agire esecutivamente sul patrimonio separato, i creditori particolari possono aggredire non solo la massa patrimoniale destinata ma anche il patrimonio residuo del debitore.⁶⁰¹

La norma non contiene, in realtà, indicazioni specifiche in proposito. Tuttavia, dal momento che essa non prevede alcun meccanismo analogo a

⁵⁹⁹ In senso opposto si è espresso QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1743-1743, che ritiene applicabile anche all'atto di destinazione *ex art. 2645 ter* il dettato dell'art. 2447 *quinquies*, ult. co., c.c., sulla base del presupposto che tale disposizione è espressione di un principio generale.

⁶⁰⁰ V. gli argomenti offerti da DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, op cit., 1257 ss., il quale ha puntualmente osservato che il tema dell'onere della prova deve essere rivisitato rispetto a quanto accade per il fondo patrimoniale, dove grava sul debitore. «L'art. 2645 *ter* è una disposizione scritta in positivo (ci dice chi può valersi su quei beni). L'art. 170 è, invece, una disposizione scritta in negativo (ci dice chi non può valersi su quei beni). C'è una bella differenza (..) non si chiede più una prova negativa (di non essere stato a conoscenza dell'estraneità del debito allo scopo: art. 170), ma una prova positiva (l'attinenza del debito rispetto allo scopo). *Contra* ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, op. cit., 407, secondo cui analogamente a quanto accade in materia di fondo patrimoniale anche in questo caso l'onere della prova che il debito è stato contratto per uno scopo difforme da quello perseguito con la destinazione grava sul debitore.

⁶⁰¹ GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 180 ss., che l'ha definita una «separazione chiaramente imperfetta nel senso di non dar vita a due patrimoni incomunicabili tra loro sul piano della garanzia» e ha affermato anche che sul piano terminologico è forse improprio parlare di separazione patrimoniale, «perché non solo il patrimonio è unico, ma l'anomalia sembra risolversi in una questione di limiti all'azione esecutiva (..) più propriamente potrebbe parlarsi di "distinzione" tra i beni, nel senso che taluni godono di un regime speciali, potendo essere aggrediti in via esecutiva solo da determinati creditori: una sorta di inespropriabilità soggettiva relativa». Hanno riconosciuto il carattere unilaterale della separazione anche CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 282 ss.; STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 183 ss.; CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 89; D'ERRICO M., *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter c.c.: prime riflessioni*, op. cit., 90.

quello dell'art. 2447 *quinquies* c.c. relativo al carattere bilaterale della separazione, essa sembra riconoscerne implicitamente la natura unilaterale.⁶⁰²

Ci si può domandare se in sede di costituzione del vincolo sia possibile discostarsi dalla regola che si ricava implicitamente dall'art. 2645 *ter* e prevedere una forma di separazione bilaterale.⁶⁰³

Tale interrogativo non sembra poter ricevere risposta affermativa, dal momento che non pare di poter rinvenire nell'art. 2645 *ter* alcun indice tale da consentire all'autonomia privata di modulare gli effetti della separazione patrimoniale, tanto più che quando il legislatore lo ha ritenuto possibile come nel caso dei patrimoni destinati delle s.p.a., lo ha detto espressamente.⁶⁰⁴

Pur in assenza di una espressa previsione normativa, si ritiene che la responsabilità del debitore con il patrimonio generale abbia carattere residuale, sicché i creditori particolari dovranno aggredire prima il patrimonio destinato e solo in caso di mancata soddisfazione quello generale.⁶⁰⁵

Questa soluzione è la sola che permette di salvaguardare le ragioni dei creditori generali, i quali rischierebbero altrimenti di venire ingiustificatamente

⁶⁰² Cfr. ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, op. cit., 407, secondo cui tale conclusione è imposta dall'assenza di una previsione normativa circa il carattere bilaterale della separazione. Nello stesso senso v. anche MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 269; QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1720; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 48.

⁶⁰³ Questa soluzione è prospettata da SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 152, il quale è giunto a tale conclusione sostenendo che «l'art. 2645 *ter* dischiude spazi di opponibilità di cause create dall'autonomia privata (..) e l' 2740 c.c. non chiude il numero delle cause dispositive opponibili ai terzi, ma semmai sottrae all'autonomia privata la disciplina dei presupposti della opponibilità ai creditori dell'atto dispositivo».

⁶⁰⁴ Cfr. anche CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 291, secondo in assenza di una espressa previsione di legge, le limitazioni della responsabilità patrimoniale sono materia sottratta all'autonomia privata.

⁶⁰⁵ V. GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter*, op. cit., 48 ss., secondo solo se il «bene destinato diviene incapiente» rispetto alle obbligazioni inerenti allo scopo risponderà anche il patrimonio di colui che ha dato causa al debito, e dunque, del disponente o del diverso gestore che ha effettivamente assunto il debito. BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 153. In direzione opposta si vedano GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 181, secondo cui un simile meccanismo per il suo carattere speciale e la sua rilevanza anche processuale avrebbe preteso una previsione espressa. Nello stesso senso v. anche MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 269.

pregiudicati dal momento che vedrebbero ridursi l'unica garanzia su cui possono contare per soddisfare le proprie ragioni.⁶⁰⁶

Inoltre, essa è perfettamente coerente la logica dei patrimoni separati, che è quella di creare una “ramificazione” del patrimonio del debitore, così come si è avuto modo di constatare con riferimento al fondo patrimoniale e ai patrimoni destinati ad uno specifico affare.⁶⁰⁷

Un'ulteriore questione lasciata irrisolta dall'art. 2645 *ter* c.c. è quella relativa alla sua applicabilità alle obbligazioni extracontrattuali, posto che la norma si riferisce esplicitamente solo ai “debiti contratti”.

Questo stesso problema si pone, del resto, anche con riferimento al fondo patrimoniale, dal momento che anche l'art. 170 c.c. menziona espressamente solo i “debiti contratti” e nulla dice circa quelli derivanti da fatti illeciti.

A questo proposito si è già osservato che il restringimento dell'ambito di applicazione dell'art. 170 c.c. esclusivamente alle obbligazioni contrattuali trae giustificazione dall'esigenza di assicurare la maggiore tutela possibile ai creditori involontari, i quali certo non potevano sapere nel momento in cui il loro credito è sorto che il patrimonio del debitore fosse oggetto di un vincolo di destinazione e di una limitazione di responsabilità.⁶⁰⁸

Si ritiene che questa stessa esigenza venga in rilievo anche in relazione ai vincoli di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c. Del resto, un'ulteriore argomento a sostegno di tale soluzione può trarsi dal confronto con la disciplina dei patrimoni destinati delle società, per i quali l'art. 2447 *quinquies*,

⁶⁰⁶ CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 291; MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, op. cit., 395.

⁶⁰⁷ CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., *ibidem*; GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter*, op. cit., 49; STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, 183 ss., che ha sì è richiamato al confronto con le altre fattispecie tipiche di destinazione patrimoniale, ma soprattutto «al principio di ordine pubblico in materia di garanzie reali contenuto nell'art. 2911. La garanzia reale altro non è se non un vincolo di destinazione alla soddisfazione succedanea della pretesa creditoria, e la norma in questione impone al creditore garantito di soddisfarsi sui beni oggetto della garanzia prima di aggredire il restante patrimonio del debitore».

⁶⁰⁸ Sul punto si rinvia alle argomentazioni proposte nel par. 2 di questo capitolo.

comma 3, opera una netta distinzione tra la posizione dei creditori volontari e quelli involontari proprio nell'ottica di assicurare a questi ultimi adeguata tutela.⁶⁰⁹

Sembra ragionevole concludere che anche l'art. 2645 *ter* c.c. si applica solamente alle obbligazioni contrattuali, mentre per quelle derivanti da fatto illecito continua ad operare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*⁶¹⁰

⁶⁰⁹ QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1743, nota 69, secondo cui la previsione della responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito di cui all'art. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c. è suscettibile di estensione anche all'atto di destinazione *ex art. 2645 ter*. *Contra* MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 267, secondo cui essa è norma speciale, inapplicabile alla diversa fattispecie di cui all'art. 2645 *ter*. Favorevole all'applicabilità dell'art. art. 2645 *ter* solamente alle obbligazioni contrattuali è anche Trib. Lecce, 24.8.2012, cit., secondo cui l'espressione contenuta nell'art. 2645 *ter* c.c. "debiti contratti" costituisce ulteriore conferma «dell'intento del legislatore di chiarire che i crediti risarcitori per responsabilità aquiliana sono estranei al divieto di esecuzione». V. anche gli spunti offerti da da PARTISANI R., *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, op. cit., 48, con riferimento al fondo patrimoniale. Cfr. la peculiare posizione di STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 184 ss., secondo cui con riferimento al negozio di destinazione non è possibile giungere a soluzioni univoche sul punto, a differenza di quanto accade rispetto al fondo patrimoniale e ai patrimoni destinati delle s.p.a. Secondo l'autore, la risposta da dare al quesito relativo all'applicabilità dell'art. 2645 *ter* anche ai debiti di fonte extracontrattuale cambia a seconda di quella che è la causa su cui il negozio di destinazione si regge. Nello specifico, «se il negozio si regge su una causa di scambio nulla vieta ai privati di regolare la separazione come meglio credono e se non lo fanno probabilmente la separazione patrimoniale dovrà interpretarsi in senso restrittivo per il suo carattere eccezionale, e risulterà pertanto inopponibile ai creditori di fonte non negoziale». Se la causa è di fonte familiare dovrebbe invece applicarsi la medesima soluzione prevista per il fondo patrimoniale» (che secondo l'autore è nel senso della riferibilità dell'art. 170 anche alle obbligazioni contrattuali).

⁶¹⁰ Per un ulteriore approfondimento si rinvia a quanto già affermato in relazione al fondo patrimoniale e ai patrimoni destinati delle s.p.a. nei paragrafi 2 e 3 di questo capitolo. In direzione contraria si è espresso chi ha ritenuto l'art. 2645 *ter* riferibile anche alle obbligazioni extracontrattuali, facendo applicazione del criterio dell'equivalenza delle fonti dell'obbligazione proposta da alcuna giurisprudenza rispetto al fondo patrimoniale, sicché il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni oggetto del vincolo andrebbe ricercato non nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse e realizzazione dell'interesse della destinazione. Così CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 291 ss., secondo cui facendo applicazione del principio appena richiamato può affermarsi che solo «se i beni vincolati sono fonte del danno, allora essi potranno essere dai creditori titolati extracontrattuali». GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 180, secondo cui il solo elemento di cui tenere conto per differenziare la posizione dei creditori è il vincolo di destinazione. ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, op. cit., 407-408; ROSELLI F., *Atti di destinazione del*

Di conseguenza, i titolari di un credito derivante da un illecito aquiliano potranno agire esecutivamente anche sul patrimonio separato indipendentemente dai limiti di cui all'art. 2645 *ter* c.c., essendo essi a loro inopponibili.

Differentemente da quanto accade per il fondo patrimoniale, dove si è visto che la formulazione dell'art. 170 c.c. dà adito a dubbi circa la sua riferibilità anche ai crediti sorti anteriormente alla costituzione del fondo, certamente i limiti di cui all'art. 2645 *ter* valgono anche per i crediti anteriori al sorgere del vincolo, dal momento che la norma fa espressamente salvo il primo comma dell'art. 2915 c.c.

La separazione patrimoniale opera, dunque, sia con riferimento ai crediti successivi alla nascita del vincolo di destinazione, sia a quelli già esistenti, salva appunto l'eventuale priorità della trascrizione del pignoramento rispetto a quella del vincolo di destinazione.⁶¹¹

La soluzione imposta dal dettato normativo presta, tuttavia, il fianco a critiche, poiché non sembra tenere debitamente conto delle esigenze di tutela dei creditori anteriori. Essi, al pari dei creditori involontari, certo non potevano sapere al momento della nascita del credito che la garanzia patrimoniale rappresentata dal patrimonio del debitore avrebbe subito una limitazione.⁶¹²

Che l'art. 2645 *ter* c.c. finisca per trascurare le esigenze di tutela dei creditori anteriori è ancor più evidente dal confronto della disposizione in esame con la disciplina dei patrimoni separati delle s.p.a., rispetto ai quali il perfezionamento della separazione patrimoniale è subordinato al decorso del

patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c., op. cit., 48; LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Atti di destinazione e trust*, op. cit., 247ss.; BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, op. cit., 5 ss.

⁶¹¹ V. GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 183; CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 389; BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 153.

⁶¹² V. gli spunti offerti da GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 183-184, il quale criticando la soluzione normativa che prevede l'applicazione di limiti di cui all'art. 2645 *ter* c.c. anche ai creditori anteriori, osserva che solamente i titolari di un credito sorto successivamente alla trascrizione sapevano o dovevano sapere che la garanzia patrimoniale del debitore era limitata.

termine entro cui i creditori sociali anteriori sono ammessi ad esercitare il diritto di opposizione, proprio al fine di consentire loro di salvaguardare la propria posizione.⁶¹³

Considerando che l'atto di destinazione determina una diminuzione della garanzia patrimoniale per i creditori del disponente, assumono notevole rilevanza gli strumenti di cui essi possono valersi per ovviare al pericolo che la separazione patrimoniale sia utilizzata abusivamente dal debitore in loro danno.⁶¹⁴

Il legislatore non ha previsto alcuno strumento specifico di tutela dei creditori così come ha fatto, invece, nel dettare la disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Essi dovranno, pertanto, affidarsi a rimedi di carattere generale.

Qualora difetti il requisito della meritevolezza degli interessi che l'atto di destinazione mira a realizzare, i creditori saranno legittimati *ex art.* 1421 c.c. a far valere la nullità del negozio per mancanza di causa.⁶¹⁵

Infine, laddove ne sussistano i presupposti, ulteriore strumento a tutela dei creditori è certamente l'azione revocatoria.⁶¹⁶

⁶¹³ Sul punto si rinvia a quanto osservato nel par. 3 di questo capitolo, pag. 199-200.

⁶¹⁴ In proposito v. le interessanti considerazioni di MACARIO F., *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, in *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione - Guida alla redazione*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, consultabile sul sito www.notariato.it, 60 ss., (spec. 71 ss.), dove si legge che la destinazione patrimoniale appare «neutra» rispetto ai creditori sin tanto che non insorga il conflitto con il loro diritto a conservare inalterata la consistenza della garanzia generica o, comunque, a tutelare l'affidamento riposto sul patrimonio del debitore.

⁶¹⁵ V. STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 187 ss.; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 51, il quale ha posto l'accento sul fatto che i creditori sono legittimati ad esperire l'azione di nullità a condizione che dimostrino *ex art.* 1421 c.c. un concreto interesse, vale a dire il pregiudizio alle loro ragioni. V. anche CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 373. V. la diversa posizione di PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 18 ss., il quale, partendo dal presupposto che il controllo di meritevolezza *ex art.* 2645 ter non attiene alla causa del negozio di destinazione, bensì è richiesto solo ai fini della separazione patrimoniale, afferma che i creditori possono esperire un'azione di accertamento della meritevolezza dell'interesse perseguito dalla destinazione, diretta a rendere l'atto inefficace nei loro confronti.

⁶¹⁶ V. STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 189, il quale ha precisato che il creditore che intende agire per far dichiarare

Tale rimedio potrà essere esperito sia in caso di destinazione traslativa, sia di destinazione statica, dal momento che, stando alle indicazioni delle giurisprudenza in materia di fondo patrimoniale, per ricorrere all'azione revocatoria non è necessario il compimento di un atto di disposizione in senso tecnico, ma è sufficiente che vi sia una destinazione che implichi sottrazione alla regola generale della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*⁶¹⁷

4.1. – *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter e la nuova lettura del principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore.*

L'art. 2645 *ter* c.c. «disciplina un atto tipico con un contenuto atipico».⁶¹⁸

Tale assunto si spiega in ragione del fatto che, mentre nelle altre fattispecie di

l'inefficacia relativa del negozio di destinazione dovrà provare sia l'*eventus damni*, sia la *scientia o consilium fraudis* e al quale si rinvia per il problema relativo all'onerosità o gratuità del negozio di destinazione e sulle conseguenze circa l'eventuale necessità della *participatio fraudis*. V. anche QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1747; MACARIO F., *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, op. cit., 73 ss.; CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 376, il quale ha chiarito che questo il rimedio della revocatoria non può in alcun modo considerarsi un'inutile duplicazione dell'azione di nullità, in quanto esse si differenziano non solo per la situazione patologica che mirano a sanzionare, e cioè «mancanza di causa per l'azione di nullità, la frode per l'azione revocatoria», ma anche per le differenti condizioni di esercizio delle medesime. Diversamente PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, op. cit., *ibidem* sostiene che l'azione di accertamento della meritevolezza opera prevalentemente a fronte di negozi di destinazione pura, poiché in caso di destinazione dinamica appare esauriente la logica della revocatoria.

⁶¹⁷ Si vedano in proposito la dottrina e la giurisprudenza citate nelle note 424 e 425 del par. 2 di questo capitolo. In questi termini v. anche STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., *ibidem*.; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 52. Cfr. la diversa posizione di PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 18 ss., secondo cui in presenza di un mero atto di destinazione non traslativo è più appropriato il rimedio rappresentato dall'azione di accertamento della meritevolezza dell'interesse perseguito.

⁶¹⁸ TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 476. V. anche GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 167, secondo cui in relazione all'art. 2645 *ter* «si assisterebbe ad uno strano fenomeno, per cui la tipicità riguarderebbe il modello, ma non il contenuto, nel senso cioè di tipizzare lo schema, rinviando poi all'autonomia privata

patrimoni separati il legislatore ha preventivamente individuato gli interessi idonei a giustificare la deviazione dalle regole dettate dagli artt. 2740, comma 1, e 2741 c.c., in questo caso, anziché elencare le finalità che l'atto di destinazione deve perseguire, si è limitato a stabilire che esso deve realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., valorizzando così il ruolo dell'autonomia negoziale.⁶¹⁹

Del resto, anche se in misura attenuata, il rafforzamento dell'autonomia privata nella creazione dei patrimoni separati ha cominciato a farsi strada già con l'introduzione dei patrimoni destinati delle s.p.a., i quali sono un ulteriore «indice della tendenza ad ammettere contorni sempre più sfumati nella definizione tipologica degli obiettivi realizzabili con la separazione patrimoniale».⁶²⁰

La progressiva valorizzazione dell'autonomia negoziale in questo settore ha trovato la sua massima espressione proprio nell'art. 2645 *ter*, che ha

il compito di riempire lo schema stesso si qualsivoglia contenuto». MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Tratt. dei diritti reali*, a cura di Gambaro-Morello, Vol. I., 2008, Giuffrè, 147 ss.

⁶¹⁹ V. BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, op. cit., 33 ss.; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 46, secondo cui il legislatore ha delineato «una forma destinataria astratta, affidandone la concretizzazione all'autonomia del destinante, tuttavia sottoposta al controllo di meritevolezza». Ancora più radicale è GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 327, che ha parlato di «abdicazione del potere legislativo». Nello stesso senso v. anche SCOGNAMIGLIO C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, op. cit., 82, secondo il quale, attraverso il riferimento all'interesse meritevole di tutela, il legislatore ha attribuito all'interprete un'opera di selezione che, in precedenza, riservava gelosamente a se stesso. VIGLIONE F., *Interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, in *Studium iuris*, 2008, 1055 ss., ha ravvisato nella fattispecie in esame «un arretramento del legislatore». Cfr. anche NUZZO M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, op. cit., 65 ss.; LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 232; SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, op. cit., 124.

⁶²⁰ In questi termini si è espresso ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645-*ter* c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, op. cit., nota 28. Nello stesso senso v. anche BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, op. cit., 1175, secondo cui «la progressiva emersione di nuove discipline che accordano ampi spazi all'autonomia privata non è una novità della norma in esame, ma risponde ad un preciso orientamento del legislatore attuale che trova espressione in diversi istituti del diritto civile e commerciale, dall'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare alla trasformazione eterogenea (..), al settore delle garanzie reali nella disciplina delle garanzie finanziarie, e alla configurazione negoziale di un patto di rotatività del pegno». V. anche ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 547; CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 *ter* a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 391.

«generalizzato la separazione patrimoniale, rimettendo all'autonomia privata la possibilità di dare vita ad un patrimonio separato».⁶²¹

Premesso quanto sopra, è inevitabile domandarsi quale sia stato l'impatto dell'art. 2645 *ter* c.c. sul principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale.

Ci si può davvero spingere ad affermare che la nuova disposizione abbia implicitamente abrogato la riserva di legge contenuta nell'art. 2740 c.c. aprendo definitivamente la strada alla separazione patrimoniale atipica?⁶²²

Per rispondere a tale interrogativo si deve cercare il vero significato da attribuire alla clausola di meritevolezza degli interessi di cui all'art. 2645 *ter*, compito tutt'altro che facile in ragione della vaga formulazione della norma.

Non sorprende, quindi, che tale questione abbia destato l'attenzione di molti, dando vita ad un acceso dibattito tutt'altro che concluso.

Parte della dottrina ha sostenuto che, poiché ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. il concetto di meritevolezza si identifica con quello di liceità, il rinvio operato dall'art. 2645 *ter* a tale disposizione non possa avere altro significato se non quello di aver autorizzato l'autonomia privata a dar vita a vincoli di destinazione, purché diretti alla realizzazione di interessi leciti.⁶²³

⁶²¹ CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 397. V. anche GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 327, il quale ha affermato che la disciplina in esame, pur essendo collocata nella sede impropria della pubblicità immobiliare, «ha il significato di estendere la sfera operativa dell'autonomia privata, collocando nel museo delle reliquie del passato i limiti che tradizionalmente l'avevano compressa e che paradossalmente, continuano ad essere proclamati da altre norme di legge, rimaste immutate (...) Fino ad oggi era chiuso, sia pure in via di incremento, il numero delle cause idonee a giustificare la separazione. (...) D'ora in avanti, per contro, tutti gli interessi "meritevoli di tutela", ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., dovranno considerarsi cause di giustificazione idonea».

⁶²² Questa tesi è sostenuta da PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter*, op. cit., 990 ss.: «la riserva di legge *ex* art. 2740, comma 2, c.c. è stata svuotata di significato e il riconoscimento del vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter* ha provocato un effetto sterilizzante del generale principio di responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c.». Nello stesso senso v. anche Trib. Reggio Emilia, 14.5.2007, in *Corr. del merito*, 2007, 1006 ss., nella cui motivazione si legge che la riserva di legge contenuta nell'art. 2740 c.c. è stata definitivamente svuotata di significato dall'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c.

⁶²³ Questa tesi è sostenuta da GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter*, op. cit., 16 ss., secondo cui il legislatore nella formulazione dell'art. 2645 *ter*, quale che sia stata l'intenzione storica, richiamandosi all'art. 1322 c.c., non può aver ignorato che secondo il diritto vivente sono meritevoli di tutela gli interessi leciti e non può

Secondo questa stessa dottrina un'ulteriore conferma circa la sufficienza della liceità degli interessi perseguiti può trarsi dalla lettera dell'art. 2645 *ter*: il riferimento agli enti e alle persone fisiche annullerebbe il precedente richiamo alle persone con disabilità e alle pubbliche amministrazioni, che, da solo, potrebbe far pensare ad una destinazione volta unicamente alla realizzazione di interessi di utilità sociale.⁶²⁴

Stando a questa impostazione qualsiasi interesse lecito è idoneo a giustificare la separazione patrimoniale *ex art. 2645 ter*. Il solo e unico limite sarebbe dato dall'impossibilità di identificare l'interesse destinatorio con quello alla salvaguardia del patrimonio del conferente dall'azione esecutiva dei creditori.⁶²⁵

aver inteso altro: «immaginare due diversi significati per la stessa espressione in uno stesso testo contraddice infatti ogni logica ermeneutica sistematica». V. anche MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, op. cit., 284 ss., la quale ha affermato che il richiamo alla meritevolezza implica semplicemente «il riferimento alla norme inderogabili ed a principi di ordine pubblico che delimitano la circolazione dei beni nei vari settori (...) cui è ascrivibile lo specifico interesse». V. anche PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 179 ss., il quale pur partendo dal presupposto che ogni fattispecie di separazione patrimoniale presuppone un requisito di tipo sostanziale, e cioè quello che il vincolo sia costituito per la realizzazione di interessi maggiormente meritevoli di tutela rispetto a quello dei creditori e della libera circolazione dei beni, ha affermato non essere necessaria una particolare pregnanza dell'interesse del disponente ai fini della separazione patrimoniale in esame, poiché «il sacrificio dei creditori sarebbe stato legittimato una volta per tutte dal legislatore con l'introduzione dell'art. 2645 *ter*». Secondo l'autore è sufficiente che il vincolo realizzi un interesse serio, di natura patrimoniale o morale. Sostengono che gli interessi meritevoli di tutela *ex art. 2645 ter* sono quelli leciti anche: VIGLIONE F., *Interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, op. cit., 1058; GHIRONI A., *La destinazione dei beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645 ter*, op. cit., 1085 ss.; PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter*, op. cit., 985 ss.; VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: una prima lettura dell'art. 2645 ter*, op. cit., 176, secondo cui l'art. 2645 *ter* non sarebbe concepito per esigere valutazioni funzionali di prevalenza dell'interesse del disponente rispetto a quello dei creditori danneggiati dalla separazione. In giurisprudenza questa tesi è sostenuta da Trib. Reggio Emilia, 14.5.2007, cit.; Trib. Reggio Emilia, 26.3.2007, cit.

⁶²⁴ LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., 1087; STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 60 ss. e dello stesso autore v. anche *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645 ter c.c.*, in *Giur. it.*, 2008, 1823 ss., GENTILI A., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, op. cit., 65 ss., il quale ha aggiunto anche che non è possibile immaginare che la legge limiti agli scopi di particolare nobiltà la libertà dei debitori di disporre dei propri beni, dal momento che «non siamo uno stato etico».

⁶²⁵ PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., *ibidem*, il quale ha precisato, altresì, che un simile interesse non può mai essere la causa dell'atto di destinazione, ma, al più, l'effetto che ne deriva.

Le conseguenze di questa ricostruzione sul rapporto esistente tra l'art. 2645 *ter* e l'art. 2740, comma 2, c.c. sono perfettamente evidenti: tale disposizione assume «contorni dirompenti rispetto al sistema della tipicità della separazione patrimoniale», poiché ogni interesse semplicemente non illecito consentirebbe la nascita di un patrimonio separato.⁶²⁶

Se così fosse, non avrebbe nemmeno più senso parlare di principio di universalità della responsabilità patrimoniale, poiché esso andrebbe inevitabilmente «in frantumi».⁶²⁷

⁶²⁶ Così, in senso critico, ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 101 ss., il quale ha affermato che «se all'autonomia privata fosse stata riconosciuta dall'art. 2645-*ter* c.c. la facoltà di creare un effetto separativo al fine della realizzazione di qualsivoglia interesse lecito è corretto sostenere che l'interprete si trovi di fronte ad una lacerante contraddizione fra la norma di nuova introduzione e l'art. 2740, comma 2, c.c. Da un lato si avrebbe una norma che autorizza l'autonomia privata a muoversi lungo il terreno dell'efficacia reale con il solo limite della liceità e dall'altro una norma che sanziona con l'inefficacia l'effetto separativo realizzato al di fuori degli schemi tipici (...) Si deve notare che l'art. 2645 *ter* c.c. prevede una separazione solo unilaterale (...). Da qui si potrebbe sostenere che la norma di recente introduzione abbia abrogato la riserva di legge dell'art. 2740, comma 2, c.c. nella parte in cui rimette al legislatore la competenza esclusiva ad introdurre quell'effetto separativo. L'art. 2740, comma 2, c.c. conserverebbe la sua portata precettiva soltanto per l'opposto effetto separativo c.d. *owner shielding* (o *defensive asset partitioning*), che si caratterizza nel mettere al riparo il patrimonio generale del soggetto dalle istanze dei creditori titolati. In definitiva, questo percorso interpretativo segnerebbe il superamento del tradizionale sistema della tipicità dei patrimoni separati a cui si affiancherebbe uno schema separativo generale, seppure con il limite segnalato dell'unilateralità della separazione realizzabile». Diversa è la posizione di PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter*, op. cit., 989 ss., secondo cui «l'art. 2645 *ter* rappresenta una norma in bianco che rinvia all'autonomia privata per la scelta degli interessi meritevoli di tutela e apre il sistema ad una serie indeterminata di destinazioni atipiche».

⁶²⁷ Così MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 169 e dello stesso autore v. anche *Tipicità dell'atto di destinazione e alcuni aspetti della sua disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 451 ss., dove si legge che se questa interpretazione fosse fondata, il principio *ex art. 2740, comma 1, c.c.* sarebbe sostanzialmente abrogato. Rilevano questo rischio BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 137; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 310 ss., il quale afferma che per scongiurare questo rischio il punto di equilibrio deve trovarsi nell'interpretazione dell'art. 2645 *ter*: «delle due l'una: a) o, effettivamente l'art. 2740 deve dirsi sostanzialmente abrogato; b) oppure, se non è così, una volta riaffermata la vigenza dell'art. 2740 c.c., è la previsione dell'art. 2645 *ter* a dove essere mitigata». V. anche PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 11 ss., secondo cui sovrapporre il significato di meritevolezza di cui all'art. 2645 *ter* a quello dell'art. 1322 c.c. condurrebbe ad una conseguenza lesiva del principio di responsabilità patrimoniale «perché qualunque atto semplicemente non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e la buon costume diverrebbe automaticamente senza ulteriori controlli opponibile a qualunque terzo creditore». AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, in *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione - Guida alla*

Questa impostazione non sembra, tuttavia, poter essere accolta per diverse ragioni.

In primis si conviene con quella parte della dottrina che ha messo in evidenza come, nonostante il tenere letterale dell'art. 2645 *ter*, non sia possibile condurre il giudizio di meritevolezza facendo applicazione dei medesimi criteri di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., poiché mentre i contratti atipici producono effetti solo *inter partes*, l'atto di destinazione produce effetti anche nei confronti dei terzi.⁶²⁸

Inoltre, nell'interpretare il dettato dell'art. 2645 *ter* non basta fermarsi ad una lettura "isolata" della disposizione, ma occorre cercare un significato sistematicamente coerente, che tenga conto anche del rapporto tra la fattispecie

redazione, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 50 ss., consultabile sul sito www.notariato.it, il quale ha osservato in senso critico che intendere l'art. 2645 *ter* in questi termini porterebbe alla coincidenza della soglia di ammissibilità della destinazione con quella dell'autonomia contrattuale.

⁶²⁸ In questo senso v. GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, op. cit., 170. Anche secondo AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, op. cit., 50, la valutazione *ex art. 2645 ter* non può coincidere con quella *ex art. 1322 c.c.*: «basterebbe, a dimostrarlo, la natura "relazionale" che il giudizio di meritevolezza assume in ambito contrattuale, nel quale cioè la ponderazione degli interessi va condotta esclusivamente all'interno del rapporto tra le parti (...). Laddove, viceversa, l'opponibilità del vincolo ai terzi impone una messa a confronto di piani di interessi non meramente interni all'atto (e dunque alla sua funzione concreta), che si traduce in una necessaria ridefinizione dei criteri valutativi della meritevolezza stessa». Cfr. gli spunti offerti in questa direzione anche da BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 137 ss.; LENER G., *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, op. cit., 1054 ss.; TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 498. Anche MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, op. cit., 150, nota 201, ha affermato che il rinvio all'art. 1322 c.c. assume «un significato atecnico e di "sistema"». Già PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 28 ss., aveva osservato che il principio del *numerus clausus* dei patrimoni separati si giustifica proprio in ragione dell'efficacia assoluta della separazione patrimoniale. Cfr. infine la posizione di PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 11 ss., secondo cui il controllo di meritevolezza *ex art. 2645 ter* è sostanzialmente e formalmente diverso da quello previsto dall'art. 1322 c.c. per due ragioni: quanto alle finalità, perché è richiesto solamente ai fini della separazione patrimoniale (questa affermazione non sembra condivisibile per le ragioni esposte nel par. 4) e quanto alle modalità, poiché si tratta di un controllo «dinamico», perché si riferisce a tutta la durata della destinazione, e «esterno all'atto», essendo inerente al rapporto tra bene, scopo e patrimonio residuo, e, in alcuni casi, alla valutazione comparativa tra l'interesse avuto ad oggetto con la destinazione e l'interesse dei creditori.

in esame e le altre figure di separazione patrimoniale normativamente previste.⁶²⁹

È proprio alla luce della relazione esistente tra tale istituto e le altre fattispecie tipizzate che si coglie la problematicità di considerare la clausola di meritevolezza quale sinonimo di liceità.⁶³⁰

Parte della dottrina ha osservato che, se fosse realmente questa l'interpretazione da dare all'art. 2645 *ter*, sarebbe inevitabile dubitare della legittimità costituzionale della norma per irragionevole disparità di trattamento rispetto alle altre fattispecie di patrimoni separati.⁶³¹

È perfettamente evidente che, mentre i soggetti contemplati nelle figure tipiche continuerebbero a dover osservare i limiti normativamente previsti per ciascuna di esse, coloro che utilizzano il diverso strumento dell'atto di destinazione sarebbero in condizione di realizzare ugualmente l'effetto della separazione patrimoniale prescindendo da tali limitazioni.⁶³²

⁶²⁹ V. BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, op. cit., 32, la quale ha posto l'accento sul fatto che la nuova norma è un «tassello che aggiunge alle fattispecie tipiche di separazione (...), quindi essa si inserisce in un quadro normativo complessivo e unitario. L'essere questa figura parte del sistema implica conseguenze significative al fine di instaurare un dialogo con le altre figure speciali di destinazione, che può ritenersi proficuo sia per l'individuazione di interessi meritevoli di tutela, sia per rinvenire elementi di disciplina». Cfr. anche PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 12, dove si legge che «il significato di ogni concetto giuridico, come anche quello di meritevolezza, non si rinviene all'interno della parola, ma nell'uso che, conformemente al sistema vigente ed ai suoi valori normativi, il giurista deve fare della locuzione stessa».

⁶³⁰ Cfr. ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 102-103, che ha evidenziato la differenza esistente tra il *trust* e il vincolo di destinazione sotto questo profilo. Mentre il *trust* è stato opera «in un ordinamento che non si muove nell'ordine logico della standardizzazione dei patrimoni separati, l'art. 2645-*ter* c.c. si affianca ad una serie di strumenti che per singole finalità sono funzionalmente equivalenti».

⁶³¹ Così GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 328. GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 169, ha precisato che la norma costituzionale violata sarebbe l'art. 3 per irragionevolezza. Questa tesi è sostenuta anche da MORACE PINELLI A., *Tipicità dell'atto di destinazione e alcuni aspetti della sua disciplina*, op. cit., 454 ss.

⁶³² ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 103 ss. V. anche GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 328-329, il quale ha osservato, in via esemplificativa, che dovrebbe certamente ritenersi lecita la destinazione dei beni a far fronte dei bisogni di una famiglia di fatto. Utilizzando lo strumento di cui all'art. 2645 *ter*, la famiglia di fatto riuscirebbe a conseguire lo stesso risultato che per la famiglia fondata sul matrimonio è realizzabile attraverso l'istituto del fondo patrimoniale. Di conseguenza, mentre

Se poi per superare tale difficoltà si ammettesse che anche i soggetti legittimati a dar vita ad altri patrimoni separati tipici possano utilizzare l'istituto di cui all'art. 2645 *ter*, si «perverrebbe all'assurdo di ritenere desuete tutte le forme di separazione patrimoniale già previste nel nostro ordinamento».⁶³³

L'esigenza di evitare contraddizioni di ordine sistematico si coglie anche sotto un diverso profilo.

Fino ad ora solo interessi «selezionati», ritenuti dal legislatore prevalenti rispetto alle esigenze di tutela del credito, hanno giustificato la costituzione di patrimoni separati, sicché è difficile immaginare che la separazione patrimoniale *ex art. 2645 ter* possa prescindere del tutto da tale requisito.⁶³⁴

Se, dunque, il confronto con le altre ipotesi normative di patrimoni separati mette in evidenza la necessità di operare un bilanciamento tra l'interesse che giustifica il sorgere del vincolo e quello dei creditori a

la famiglia coniugata dovrebbe rispettare i limiti di cui agli artt. 167 ss. cc., la famiglia di fatto dovrebbe attenersi solo a quanto previsto dall'art. 2645 *ter*. Ecco che, secondo Gabrielli, l'illegittimità costituzionale della norma è evidente perché «il fine di destinazione ai bisogni della famiglia fondata sul matrimonio non può avere un trattamento meno favorevole di quello della destinazione ai bisogni della famiglia di fatto». Ad identiche conclusioni arriva anche CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 375.

⁶³³ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., *ibidem*; CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., *ibidem*; MORACE PINELLI A., *Tipicità dell'atto di destinazione e alcuni aspetti della sua disciplina*, op. cit., *ibidem*, secondo cui ciò determinerebbe una irragionevole sovrapposizione della figura prevista dall'art. 2645 *ter* alle fattispecie nominate.

⁶³⁴ BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, op. cit., 36; MORACE PINELLI A., *Tipicità dell'atto di destinazione e alcuni aspetti della sua disciplina*, op. cit., 455 ss., il quale ha osservato che nelle ipotesi di separazione patrimoniale nominate sono «interessi forti» a giustificare il sacrificio dei creditori. Cfr. anche SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, op. cit., 126, secondo cui «adeguare lo scrutinio di meritevolezza a quello di liceità», determina una svendita della separazione patrimoniale. Hanno sostenuto che l'interesse destinatorio deve essere bilanciato con quello dei creditori generali, nonché con quello alla circolazione dei beni: GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 330; ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 46; AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, op. cit., 51 ss.; CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 377, secondo cui nel giudizio di comparazione degli interessi occorre porsi la seguente domanda: «è l'interesse che si vuole perseguire con la destinazione più meritevole o altrettanto meritevole di quello della tutela del credito?». *Contra* GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter*, op. cit., 18 ss., secondo cui la separazione patrimoniale non sarebbe affatto lesiva degli interessi dei creditori.

soddisfarsi sul patrimonio del debitore, ne deriva che la clausola di meritevolezza non può appiattirsi su quella di liceità poiché essa «esprime il punto di equilibrio tra le finalità destinatorie e la tutela del credito».⁶³⁵

Premesso quanto sopra, il problema diviene, pertanto, quello di individuare un parametro su cui fondare il giudizio di meritevolezza diverso dalla semplice liceità.

Le opinioni espresse in proposito dalla dottrina hanno assunto differenti coloriture, pur essendo accomunate dal medesimo punto di partenza, ovvero dalla necessità di individuare un *quid pluris* rispetto alla mera liceità degli interessi perseguiti.⁶³⁶

⁶³⁵ Queste parole sono di BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, op. cit., 32, secondo cui questa interpretazione del giudizio di meritevolezza si pone in coerenza sistematica con le altre discipline della destinazione in cui il legislatore ha operato a monte una selezione degli interessi. V. anche GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 168 ss., secondo cui il senso del rinvio all'art. 1322 c.c. è necessariamente quello di introdurre «un meccanismo di controllo sull'operato dell'autonomia privata». Se si identificasse la meritevolezza con la liceità «la stravaganza, la futilità, la vanità avrebbero allora libero corso, prevalendo sull'interesse dei creditori e sullo stesso disposto dell'art. 2740 c.c., mentre le limitazioni di responsabilità devono discendere da un previo controllo legale». Ritiene necessario che vi sia uno strumento di controllo da parte dell'ordinamento dell'autonomia privata anche LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 241. Secondo GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 329, questa è la sola impostazione che consente di superare il sospetto di illegittimità costituzionale.

⁶³⁶ Non è possibile in questa sede analizzare dettagliatamente le numerose ricostruzioni prospettate dalla dottrina in proposito. Alla tesi che ha ritenuto di poter identificare il concetto di meritevolezza con quello di liceità si sono contrapposte differenti impostazioni, che possono essere ricondotte principalmente a tre diversi filoni interpretativi. Secondo una prima tesi sono meritevoli di tutela gli interessi riconosciuti tali da norme di rango costituzionale. Così GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, op. cit., 331 ss. Secondo Gabrielli la costituzione del vincolo può ammettersi tanto per il perseguimento di un interesse collettivo, quanto individuale, purché non meramente patrimoniale. Gli interessi meritevoli di tutela sarebbero quelli «corrispondenti a “valori della persona costituzionalmente garantiti” la cui lesione un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato considera in ogni caso risarcenda, a prescindere dall'espressa previsione di legge di cui all'art. 2059 c.c.». Nello stesso senso v. anche Trib. Trieste, decreto 19.9.2007, in *Notariato*, 2008, 251 ss. Ad analoghe conclusioni è giunto MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, 1147 ss., in quanto solamente questi interessi sarebbero dotati di un valore capace di giustificare la compromissione degli interessi del ceto creditorio. Cenni in questo senso si rivengono anche nella posizione di GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, op. cit., 171. *Contra* AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, op. cit., 53, secondo cui questa tesi introduce un limite assiologico, che non appare previsto neppure per l'attività delle fondazioni. Per gli ulteriori filoni interpretativi v. le note seguenti.

Parte della dottrina, partendo dal presupposto che il riferimento dell'art. 2645 *ter* ai disabili e alle pubbliche amministrazioni non possa ritenersi privo di significato, ma valga a indicare in via esemplificativa la natura degli interessi idonei a giustificare la separazione patrimoniale anche rispetto alla categoria generale degli enti e persone fisiche successivamente indicata, ha ritenuto di poter identificare questo *quid pluris* in finalità dal carattere altruistico e solidaristico.⁶³⁷

Secondo altra parte della dottrina l'elencazione iniziale avrebbe una valenza ancor più restrittiva, in quanto starebbe ad indicare l'esigenza che la destinazione sia volta alla realizzazione di finalità rispondenti unicamente al concetto di «pubblica utilità», specialmente in considerazione del fatto che le pubbliche amministrazioni possono perseguire solo «interessi superindividuali e socialmente utili».⁶³⁸

⁶³⁷ Questa tesi è sostenuta da SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, op. cit., 126, secondo cui è la stessa cronaca dei lavori preparatori che sta ad attestare che il legislatore immaginava «scopi eticamente forti», riconducibili al concetto di solidarietà. L'autore utilizza l'espressione «autonomia della solidarietà» e osserva che il tratto peculiare della nuova disposizione è quello di essere compatibile «con una serie aperta di interessi», purché siano meritevoli di tutela alla luce del criterio indicato. V. anche CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, op. cit., 88 ss., secondo cui oltre agli interessi a carattere altruistico e solidaristico, legittimano la costituzione del vincolo anche interessi a carattere socio culturale. Di interessi «attinenti alla solidarietà sociale» ha parlato anche Trib. Vicenza, 31.3.2011, in *Corr. Merito*, 2011, 806 ss., con nota critica di Rispoli, che ha negato la fattibilità del piano presentato da una s.r.l. ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo che prevedeva l'acquisizione di nuove liquidità attraverso la costituzione di un vincolo di destinazione in favore dei creditori della società sul diritto di nuda proprietà di un compendio immobiliare spettante ai soci. Secondo il Tribunale gli interessi dei creditori di un società insolvente non sarebbero meritevoli di tutela *ex art. 2645 ter* «perché altrimenti si consentirebbe ad un atto di autonomia privata di incidere sul regime legale inderogabile della responsabilità patrimoniale al di fuori di espresse previsioni normative». Cfr. anche CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 374 ss., secondo cui gli interessi a cui si riferisce la norma in esame devono consistere in «un *quid* che risponda a superiori interessi, sociali, morali o di pubblica utilità che dir si voglia (...) Dunque si dovrà tenere conto dell'interesse della famiglia, latamente intesa, del perseguimento di interessi sociali o della tutela dei soggetti deboli o vulnerabili». MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, op. cit., 148 ss.

⁶³⁸ Così GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 169 ss., secondo cui questa conclusione sarebbe confermata anche dal fatto che per raggiungere il risultato della separazione patrimoniale fuori dalle ipotesi tipiche si dovrebbe dare vita ad un soggetto a cui conferire i beni, sicché «la finalità destinataria deve poter essere ricompresa in quel concetto di pubblica utilità che un tempo era alla base del riconoscimento delle fondazioni». Nello stesso senso v. anche CLARIZIA R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 547-548, secondo cui sarebbe proprio la pubblica utilità a giustificare il sacrificio

Seguendo quest'ultima impostazione, certamente beneficiari del vincolo possono essere qualsiasi ente o persona fisica, ma solamente «a condizione che lo scopo della destinazione sia il mezzo per la realizzazione di una diversa finalità di pubblica utilità».⁶³⁹

Questa tesi è di particolare interesse per le peculiari conseguenze che determina in relazione al rapporto esistente tra l'art. 2740, comma, 2 c.c. e l'art. 2645 *ter*.

Partendo dal presupposto che meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2645 *ter* sono soltanto gli interessi rispondenti al criterio della pubblica utilità, gli atti di destinazione costituirebbero un'ulteriore ipotesi di separazione patrimoniale volta alla realizzazione «di finalità predeterminate dal legislatore», sebbene in termini ampi.⁶⁴⁰

Tale disposizione non avrebbe affatto scalfito il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, essendosi limitato ad utilizzare un criterio suscettibile di mutare nel corso del tempo quale strumento di selezione degli interessi idonei a giustificare la separazione patrimoniale.⁶⁴¹

dell'interesse dei creditori. ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 110 ss., ha affermato che al fine di bilanciare i costi sociali prodotti dall'art. 2645 *ter* è necessario che l'interesse realizzato dal disponente non sia semplicemente «metaindividuale ma sia di carattere superindividualistico, cioè tale da proiettare le sue esternalità positive sulla collettività dei consociati». V. anche la peculiare posizione di MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 187 ss., il quale ha affermato l'impossibilità di ritenere «pleonastico» il riferimento ai disabili e alla p.a. di cui all'art. 2645 *ter*, in quanto le ipotesi nominate indicherebbero le tipologie di valori che legittimano la separazione patrimoniale. Esse esprimerebbero scopi non lucrativi, «rilevanti sul piano della morale (..) o di pubblica utilità». Solamente gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o per soddisfare uno scopo di pubblica utilità sarebbero riconducibili all'art. 2645 *ter*.

⁶³⁹ Così GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 170. V. anche ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 110.

⁶⁴⁰ V. MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 192, il quale afferma che la prevalenza degli interessi legittimanti la creazione del vincolo di destinazione rispetto alle ragioni dei creditori è espressamente sancita dall'ordinamento e non deve essere ricercata dall'interprete di volta in volta. Nello stesso senso v. anche ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 112.

⁶⁴¹ V. MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 195 ss., secondo cui l'adesione alla tesi prospettata determina la riconduzione dell'art. 2645 *ter* alla logica dell'art. 2740, fermo restando che la nozione di pubblica utilità, così come quella della morale sociale, sono criteri «in divenire», legati all'evoluzione del

Questa tesi non appare, tuttavia, condivisibile dal momento che la vaga formulazione della norma non fornisce argomenti decisivi per ricondurre il concetto di meritevolezza esclusivamente a quello di pubblica utilità: non è certamente risolutivo il riferimento ai disabili e alle pubbliche amministrazioni, tanto più che la norma richiama interessi concernenti anche altri enti e le persone fisiche in generale.⁶⁴²

L'elencazione iniziale può offrire, al più, uno spunto per l'individuazione di alcune tipologie di esigenze meritevoli di tutela, ma non anche per chiudere il cerchio degli interessi idonei a giustificare la separazione patrimoniale *ex art. 2645 ter.*⁶⁴³

tempo. V. anche ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., *ibidem*, il quale ha affermato che tale interpretazione «consente di ricondurre l'art. 2645 *ter* c.c. entro la logica della standardizzazione delle forme separative fissate dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. definendo l'atto di destinazione come ulteriore schema tipico la cui funzione finalistica, seppure in termini ampi, è predefinita dal legislatore».

⁶⁴² V. la dottrina cit. nelle nt. 624-625 con riferimento alla duplice elencazione contenuta nella norma. V. anche AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, op. cit., 54, secondo cui in direzione contraria al concetto di utilità sociale depone già la parte iniziale dell'elencazione, poiché gli interessi delle persone disabili non necessariamente devono intendersi come pubblici, potendo riferirsi al singolo soggetto beneficiario. LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 238, il quale ritiene una simile interpretazione «mutilante la portata innovativa della nuova regola». V. anche MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, op. cit., 275 ss.; DI LANDRO A. C., *I vincoli di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. Alcune questioni nell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 727 ss., la quale ha osservato in termini problematici che «il dato letterale, se non legittima senz'altro una indiscriminata apertura alla destinazione patrimoniale purché (solo) lecita, non fornisce però argomenti decisivi per ricondurla esclusivamente alla pubblica utilità». Cfr. anche PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 15 ss., il quale ha affermato anche che non è possibile sostenere che l'art. 2645 *ter* presuppone il perseguimento di interessi pubblici, sociali o individuali poiché alla luce di una interpretazione conforme a Costituzione «rilevante non è se l'interesse sia generale o individuale (distinzione di per sé fuorviante e imprecisa), ma se esso sia o no attuativo di valori fondamentali (salute, famiglia, impresa, lavoro, dignità e personalità umana, risparmio), il che non presuppone, come di sovente affermato, il perseguimento di interessi pubblici o socialmente utili».

⁶⁴³ V. gli spunti offerti da NUZZO M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, op. cit., 66. Cfr. BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 132, secondo cui l'art. 2645 *ter* sembra indicare «non una libertà incontrollata di interessi da tutelare, ma una gerarchia». Secondo l'autore la formulazione della norma non è casuale, ma è tesa a indicare che «le prime due categorie di soggetti sono quelle “elettive” nella selezione e cernita degli interessi meritevoli di tutela, mentre per le categorie “generiche” la cernita dovrà essere più rigorosa». In termini analoghi v. TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 497; QUADRI R., *L'art. 2645 *ter* e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1754 ss.

L'unica strada per identificare il parametro su cui fondare il giudizio di meritevolezza, in modo da attribuire all'art. 2645 *ter* un significato sistematicamente coerente ed evitare interpretazioni eccessivamente permissive o restrittive, è quella del confronto con le altre ipotesi di separazione patrimoniale presenti nell'ordinamento per cercare di ricostruire «una vera e propria tassonomia di valori, alla luce dei quali tracciare i possibili ambiti di incidenza del congegno nuovo».⁶⁴⁴

In questa prospettiva, parte della dottrina ha concluso che il requisito di meritevolezza *ex art. 2645 ter c.c.* è soddisfatto ogniqualvolta l'interesse perseguito tramite l'atto di destinazione appartenga «alla stessa classe degli interessi» che secondo altre indicazioni normative giustificano il fenomeno della separazione patrimoniale.⁶⁴⁵

Ciò non significa, invero, escludere a priori la possibilità di individuare ulteriori interessi ugualmente meritevoli di tutela, purché «siano espressione di principi generali del sistema già all'interno di questo prevalenti rispetto ad altri dotati di minor tutela».⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, op. cit., 55 ss., che reputa necessario «mettersi alla ricerca di ipotesi ulteriori di destinazione/separazione, presenti nell'ordinamento e assimilabili, per affinità, all'ipotetico *genus* di appartenenza della nuova figura». In questo senso v. anche NUZZO M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, op. cit., 68, secondo cui nell'indagine circa la meritevolezza degli interessi, possono offrire spunti sia «le specificazioni iniziali dell'art. 2645 *ter* che le classi di interessi prese in considerazione dalle numerose e varie norme istitutive di patrimoni separati secondo la regola generale dell'art. 2740, comma 2, c.c.». V. anche BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, op. cit., 35 ss., la quale ha affermato che «l'ansia legata alla vaghezza della formula si scoglie se si considera che le altre discipline della destinazione presenti nel sistema sono fari che illuminano l'interprete sui modelli di meritevolezza, avendo indicato un procedimento che compone in equilibrio l'interesse della destinazione e della tutela del credito».

⁶⁴⁵ NUZZO M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, op. cit., *ibidem*; AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, op. cit., 56 ss., il quale ha individuato, a titolo esemplificativo, una serie di ipotesi in cui si ritroverebbe «lo schema destinazione+separazione». Si tratterebbe specificamente del fondo patrimoniale, della comunione legale (parzialmente), dei beni oggetto di sostituzione fidecommissaria (in parte), dei patrimoni destinati a specifici affari.

⁶⁴⁶ NUZZO M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, op. cit., 69, il quale richiama in via esemplificativa la tutela più intensa accordata a livello costituzionale agli interessi che attengono alla persona rispetto a quelli che attengono al patrimonio; all'interno di questi ultimi, quelli che attengono al lavoro e all'impresa rispetto a quelli che attengono alla solidarietà. Proprio questa apertura impedirebbe, secondo l'autore, di giungere ad una

Il confronto con le altre fattispecie di patrimoni separati assume una duplice valenza. In termini positivi, esso permette di individuare tipologie di interessi certamente meritevoli di tutela. In termini negativi esso costituisce un limite all'utilizzo dell'istituto di cui all'art. 2645 *ter*: gli interessi per la cui realizzazione è già stato previsto dalla legge uno strumento *ad hoc* possono essere perseguiti solo per suo tramite e non anche per mezzo degli atti di destinazione, attraverso i quali è possibile realizzare solo interessi simili.⁶⁴⁷

Un esempio può chiarire il significato di tale affermazione. Se certamente la famiglia di fatto potrà valersi del vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter* per far fronte ai propri bisogni, così non è per la famiglia coniugata, che dovrà continuare a utilizzare il fondo patrimoniale.⁶⁴⁸

tipizzazione degli interessi meritevoli di tutela. Cfr. anche BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, op. cit., 36, secondo cui è possibile individuare gli interessi meritevoli «nella stessa impalcatura normativa composta sia dalle leggi speciali sulla destinazione, sia dai principi costituzionali, sia dalle altre leggi che, pur disciplinando fenomeni diversi, segnano la soglia rilevanza di determinati interessi».

⁶⁴⁷ CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., 376-377, secondo cui «i vincoli di destinazione “tipici” non possono surrogarsi con quello generale dell'art. 2645 *ter* e un eventuale atto di destinazione *ex art. 2645 ter* che mirasse a ciò sarebbe nullo per mancanza di meritevolezza di interesse». Così anche TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 499 ss. In questi termini, pur seguendo una diversa impostazione, si è espresso anche SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, op. cit., 126, secondo cui si deve certamente evitare il ricorso alla «destinazione *omnibus* ogni qual volta la destinazione nominata “resista” all'uso che, in concreto se ne vuole fare (...) Ebbene, il mio no a questo tipo di operazioni è davvero convinto: dove la separazione è già stata concessa solo in funzione di interessi dalla legge identificati e nel rispetto delle procedure dalla legge articolate, un interesse equivalente non deve giustificare una separazione attraverso la tecnica *omnibus* “atto pubblico + formalità”». Sembra prospettare una diversa soluzione AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, op. cit., 57, secondo cui si dovrebbe ragionare in base alla *diversità degli effetti*, conseguibili da ciascuno strumento per valutare se essa debba giudicarsi incompatibile in sé, o se piuttosto non sia proprio tale diversità a consentire l'impiego alternativo dell'una o dell'altra forma di tutela.

⁶⁴⁸ V. LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 242 ss., il quale ha osservato che ad analoga conclusione deve pervenirsi con riferimento all'utilizzazione delle schema generale *ex art. 2645 ter* da parte delle s.r.l. o dell'imprenditore individuale per raggiungere il risultato della destinazione dei beni ad uno specifico affare che gli artt. 2447 *bis* ss. c.c. sembrano riservare alle s.p.a., precisando che questo stesso modello generale non può essere utilizzato dalle s.p.a. «per le quali il giudizio di “meritevolezza” è già tutto contemplato nel modello legale». Cfr. anche ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, op. cit., 412 ss.

L'art. 2645 *ter*, dunque, trova applicazione solo al di là delle ipotesi già espressamente regolate dalla legge.⁶⁴⁹

A questo proposito si rende necessaria una precisazione onde evitare i sospetti di illegittimità costituzionale della norma a cui si è precedentemente accennato. Posto che lo strumento di cui all'art. 2645 *ter* può essere utilizzato per realizzare interessi della stessa tipologia di quelli appartenenti alle classi tipizzate, le norme imperative che presiedono al funzionamento degli strumenti tipici devono applicarsi anche al vincolo di destinazione atipico.⁶⁵⁰

L'interpretazione proposta permette di coniugare i due aspetti di cui l'art. 2645 *ter* è espressione, ovvero «di un certa volontà tipizzante del legislatore» e al tempo stesso della valorizzazione dell'autonomia privata in relazione al fenomeno della separazione patrimoniale.⁶⁵¹

Non vi sono dubbi che attraverso l'introduzione di tale disposizione si è passati da un sistema di stretta tipicità dei vincoli di destinazione ad effetti reali

⁶⁴⁹ CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, op. cit., *ibidem*, il quale ha affermato che «l'atto di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* non è categoria così generale da assorbire e annullare tutte le fattispecie tipiche già presenti nel nostro ordinamento, bensì è fattispecie che si ritaglia uno spazio dove questo spazio vi sia (..) ciò perché il rapporto tra l'art. 2645 *ter* è essenzialmente un rapporto di *genus a species*». In questi termini si è espresso anche LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 234 ss.

⁶⁵⁰ Ad esempio, in presenza di un atto di destinazione utilizzato da una famiglia di fatto, dovranno essere rispettate talune norme imperative caratterizzanti il fondo patrimoniale. Allo stesso modo, se una s.r.l. dovesse ricorrere all'art. 2645 *ter* per destinare parte del patrimonio alla realizzazione di uno specifico affare non potrà essere superato il limite del 10% previsto dall'art. 2447 *bis* c.c. Così QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1756 ss.; PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 11 ss., secondo cui il compito dell'interprete è quello di valutare l'imperatività della norma, il grado di derogabilità e la natura dell'interesse tutelato. Non sembra condivisibile l'ulteriore forma di integrazione tra l'art. 2645 *ter* e le altre fattispecie tipiche prospettata dagli autori citati, tale per cui, talvolta, sarebbe tale disposizione a poter integrare la disciplina riferibile alle altre figure tipizzate.

⁶⁵¹ L'espressione è di QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, op. cit., 1729 ss., il quale ha rilevato la contraddizione insita alla norma, ovvero il fatto che l'intento di tipizzazione del legislatore viene manifestato mediante il richiamo di una norma - l'art. 1322 c.c. - «a cui appare paradossale affidare il compito di operare una tipizzazione». Cfr. anche MASTROPIETRO B., *L'atto di destinazione tra il codice civile italiano e i modelli europei di articolazione patrimoniale*, op. cit., 319 ss., secondo cui il tratto comune a tutte le teorie tese a ricercare un *quid pluris* in cui identificare il requisito della meritevolezza rispetto alla mera liceità è proprio quello di impedire che il giudizio su di essa si risolva «in valutazioni soggettive, avulse da precisi parametri ordinamentali di riferimento».

ad un «sistema aperto», poiché tale è la categoria di interessi che giustificano la separazione patrimoniale *ex art. 2645 ter c.c.*⁶⁵²

Se certamente questo implica un rafforzamento dell'autonomia negoziale nella selezione degli interessi alla cui realizzazione il patrimonio separato è funzionale, è altrettanto vero che ciò non è rimesso al mero «arbitrio del singolo», ricevendo un controllo da parte dell'ordinamento giuridico per mezzo della clausola di meritevolezza.⁶⁵³

Nonostante il rinvio all'art. 1322, comma 2, c.c., il controllo sull'operato dell'autonomia privata non avviene attraverso i medesimi criteri utilizzati in ambito contrattuale, bensì è affidato ad un parametro più stringente, che si risolve in un complesso di limiti desumibili dal sistema.⁶⁵⁴

Di conseguenza, la soglia di ammissibilità della separazione patrimoniale *ex art. 2645 ter* non coincide con quella dell'autonomia contrattuale.⁶⁵⁵

Se queste premesse sono corrette, non sembra possibile affermare che l'art. 2645 *ter* abbia determinato il venir meno della riserva di legge *ex art. 2740*, comma 2, c.c., poiché la norma non ha attribuito all'autonomia negoziale il poter di dar vita a patrimoni separati fuori dai casi previsti dalla legge per la realizzazione di qualsivoglia interesse, ma continua a circoscrivere lo spazio in cui essa può muoversi, sebbene attraverso un parametro elastico.⁶⁵⁶

⁶⁵² V. BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 197 ss.; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 205.

⁶⁵³ BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 206 ss.; Cfr. anche GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 168 ss. e quanto osservato nella nota n. 637 di questo paragrafo.

⁶⁵⁴ Con riferimento alle ragioni per cui nonostante il tenore letterale dell'art. 2645 *ter*, il giudizio di meritevolezza non può essere condotto facendo applicazione dei criteri di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., v. la nota 630.

⁶⁵⁵ Cfr. AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, op. cit., 52, il quale ha argomentato circa l'impossibilità di far coincidere la soglia di ammissibilità della destinazione con quella dell'autonomia negoziale in ragione della «diversa “dimensione” che l'effetto destinatorio è in grado di assumere, rispetto ai confini tracciati dalla norma-principio, che limita *inter partes* l'ambito di efficacia della regola contrattuale».

⁶⁵⁶ V. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 187 ss., secondo cui, premesso che la regola di cui al secondo comma dell'art. 2740 c.c. è ritenuta tradizionalmente incompatibile con l'attribuzione ai privati del potere di stabilire forme di limitazione della responsabilità patrimoniale fuori dai casi espressamente e tassativamente dalla legge, ha affermato che con l'art. 2645 *ter* non si è inteso attribuire all'autonomia privata un così ampio e discrezionale potere, tanto è vero che continua ad essere precluso il ricorso alla

La separazione patrimoniale seguita a trovare il suo fondamento in disposizioni normative, tra le quali vi è oggi anche l'art. 2645 *ter*, la cui formulazione ha aperto la strada ad una nuova lettura del principio di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., perché il vero ostacolo alle limitazioni della responsabilità patrimoniale è non più dato dalla necessità di una disposizione di legge che autorizzi espressamente la costituzione del vincolo, bensì dal difetto di meritevolezza dell'interesse perseguito.⁶⁵⁷

Il dogma del numero chiuso dei patrimoni separati, espressione della sottrazione del fenomeno della divisibilità del patrimonio all'autonomia privata, ne risulta fortemente ridimensionato. Al di là delle fattispecie espressamente regolate dalle singole norme sui vincoli di destinazione, è possibile, infatti, che l'autonomia negoziale dia vita a un patrimonio separato

separazione patrimoniale sia per il perseguimento di scopi elusivi della garanzia patrimoniale, sia per la realizzazione di interessi che non richiedono la destinazione di un bene ad uno scopo, potendo essere soddisfatti mediante i tradizionali istituti del diritto civile. V. anche ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, op. cit., 47, secondo cui non è possibile sostenere l'incompatibilità dell'art. 2645 *ter* con il secondo comma dell'art. 2740 c.c., poiché tale disposizione non esclude previsioni derogatorie dalla formulazione elastica, che lasciano spazio all'interprete. CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 310 secondo cui è certa la permanenza della riserva di legge sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale, pur essendo la fattispecie ex art. 2645 *ter* di tipo "aperto", non essendo tipizzata la causa destinataria. Cfr. anche BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 206 ss.

⁶⁵⁷ Cfr. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 207, che ha proposto una lettura integrata degli artt. 2645 *ter* e 2740, comma 2, c.c., che consentirebbe di configurare ipotesi di limitazioni della responsabilità del debitore non più solamente con riferimento a scopi predeterminati dalla legge, «ma con riguardo a qualsiasi interesse che merita protezione alla luce dei principi ordinamentali». Secondo l'autrice, la «forza sistematica dell'art. 2645 *ter* c.c. potrebbe addirittura indurre (..) a sostituire l'espressione "casi previsti dalla legge" (..) con la locuzione casi meritevoli di tutela». Questa affermazione sembra condivisibile solo in parte, perché non lascia trasparire del tutto la complessità e la molteplicità di criteri attraverso si svolge il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 2645 *ter*. Anche secondo PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, op. cit., nota 118. V. inoltre da CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 313, secondo cui la particolarità della fattispecie di cui all'art. 2645 *ter* è data dal fatto che una parte del giudizio di valore sulla destinazione viene compiuto a valle, nella scelta dell'interesse da perseguire, «che dovrà però essere meritevole di tutela in senso sostanziale, e non di mera liceità». Secondo l'autore, in questi termini, «pare affermabile la piena riconducibilità dell'art. 2645 *ter* nella logica dell'art. 2740 c.c.».

ogni qualvolta intenda perseguire un interesse che soddisfi il requisito di meritevolezza richiesto dall'art. 2645 *ter*.⁶⁵⁸

Oltre questi limiti, fino ad un nuovo intervento del legislatore, non sembra possibile spingersi.

Un merito che va indubbiamente riconosciuto all'art. 2645 *ter* è quello di aver riaperto i riflettori sulla possibilità di considerare il nostro sistema della responsabilità patrimoniale costruito sul binomio universalità-specializzazione non in termini di regola-eccezione, bensì quale sistema di regole di pari importanza destinate ad operare l'una in assenza dell'altra.⁶⁵⁹

L'art. 2645 *ter* rappresenta un ulteriore tassello che va a comporre il mosaico del sistema della responsabilità patrimoniale, contribuendo non solo a restituirci tutte le sue potenzialità, ma offrendo anche nuovi spunti per un ripensamento dei dogmi tradizionali.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ V. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 202 ss.

⁶⁵⁹ Cfr. LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 *ter* c.c.*, op. cit., 232 ss., secondo cui la norma in questione non si esaurisce nell'aggiungere un'ulteriore fattispecie di patrimonio separato a quelle già riconosciute dall'ordinamento, ma è una regola generale, di cui l'ordinamento già conosce specifiche applicazioni. «Tale regola concorre con pari dignità con quella dettata dall'art. 2740 c.c., alla composizione del sistema». In questa prospettiva le fattispecie legali, lungi dall'essere viste come separate e autonome eccezioni alla regola dettata dall'art. 2740 c.c. e quindi inutili a fondare su di esse utili argomenti ricostruttivi, offrono quali figure speciali del generico modello generale, un contributo fondamentale all'elaborazione di un sistema di regole che orientino l'interprete e offrono un appiglio nel bilanciamento degli interessi coinvolti.

⁶⁶⁰ V. quanto affermato nel Cap. 3, par. 2.

5.- I nuovi confini della responsabilità patrimoniale del debitore.

Nel corso del presente lavoro si è maturata la convinzione circa la necessità di superare la tesi tradizionale secondo cui il nostro sistema della responsabilità patrimoniale sarebbe stato costruito avendo quale fondamento il dogma dell'unicità del patrimonio.

La maggior parte della dottrina, infatti, ha ritenuto che il Codice civile del 1942 abbia accolto l'idea della necessaria corrispondenza biunivoca tra soggetto e patrimonio, giungendo alla conclusione che il nostro ordinamento non poteva che riservare ai patrimoni separati uno spazio residuale, dal momento che essi avrebbero infranto il principio cardine attorno al quale ruotava l'intero sistema della responsabilità patrimoniale.

Soltanto l'evoluzione normativa, attraverso il moltiplicarsi delle fattispecie di patrimoni separati, avrebbe consentito il superamento del dogma dell'unicità del patrimonio e invertito lo schema regola-eccezione di cui all'art. 2740 c.c. in favore della specializzazione della responsabilità patrimoniale.⁶⁶¹

⁶⁶¹ V. *ex multis* OPPO G., *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 484 ss., che ha parlato di generalizzazione dell'eccezione alla regola della responsabilità patrimoniale illimitata. BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, op. cit., 1° ed., 34 ss., è stato tra i primi ad aver constatato la graduale sostituzione del principio di universalità-concorsualità con quello della «specializzazione» della responsabilità patrimoniale. LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, op. cit., 551 ss., ha affermato non soltanto che l'ampiezza operativa raggiungibile attraverso i nuovi strumenti imporrebbe un ripensamento del rapporto tra i principi generali della responsabilità patrimoniale generica e della *par condicio creditorum* da un lato e i fenomeni di separazione patrimoniale dall'altro, ma anche che «la caduta del rapporto regola-eccezione apre spazi all'utilizzazione dello strumento dell'interpretazione analogica ed estensiva delle norme che prevedono fenomeni di separazione patrimoniale». MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, op. cit., 581, secondo cui il fenomeno della separazione patrimoniale sembra smentire la portata di regola generale dell'art. 2740 c.c.; SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, op. cit., 363; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, op. cit., 72 ss.; MACARIO F., *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 190 ss.; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 509; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 75 ss. Di «specializzazione» della responsabilità patrimoniale hanno parlato anche ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 544; GRANELLI C., *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, op. cit., 512-513. Anche PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op.

L'analisi fin qui svolta ha permesso di constatare che, in realtà, vi sono sempre state le basi per utilizzare una diversa chiave di lettura del sistema della responsabilità patrimoniale del debitore.

Il nostro ordinamento sembra aver rinunciato al principio di indivisibilità del patrimonio fin dai tempi dell'introduzione del Codice civile del 1942.⁶⁶²

Si è visto, infatti, che la formulazione del primo comma dell'art. 2740 c.c., ereditata dall'art. 2092 del *Code civil*, lungi dal rappresentare il fondamento normativo del dogma dell'unicità del patrimonio, è espressione, piuttosto, della volontà di reagire all'impostazione vigente durante il vigore dell'*ancien droit coutumier* che non consentiva l'esecuzione forzata sull'intero patrimonio del debitore.⁶⁶³

La previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. ha suggerito, inoltre, che la vera preoccupazione dei codificatori non è stata quella di preservare il presunto dogma dell'indivisibilità del patrimonio, bensì quella di assicurare la tutela del credito, ponendo un limite alla possibilità per il debitore di sottrarre beni all'azione esecutiva attraverso la creazione di un patrimonio separato.⁶⁶⁴

Al centro dell'art. 2740 c.c. non vi è mai realmente stato il principio di unicità e indivisibilità del patrimonio, ma la tutela del credito.

Alla luce di tali premesse si è ritenuto di poter affermare che certamente l'art. 2740 c.c. ha imposto il principio di universalità della responsabilità

cit., 204, ha osservato che in aree del diritto positivo sempre più estese al principio di universalità della responsabilità patrimoniale si sostituisce quello della specializzazione.

⁶⁶² A questo proposito si rinvia a quanto affermato nel Cap. 3, § 1.1.; §1.2.1.; § 2.

⁶⁶³ V. Cap. 3, § 2, spec. nt. 312 e 313. Per gli ulteriori argomenti a sostegno della tesi secondo cui il Codice civile avrebbe preso le distanze dalla concezione personalistica del patrimonio v. più in generale il § 2 del cap. 3.

⁶⁶⁴ Si veda anche quanto osservato nel cap. 3, § 2 a proposito del fatto che il nostro ordinamento è il solo ad aver disciplinato espressamente le limitazioni della responsabilità patrimoniale. V. spec. le nt. 326 e 327. Cfr. anche MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, op. cit., 361-362, che ha ravvisato nell'art. 2740 co. 2 c.c. una innovazione di non poco conto rispetto ai tradizionali principi di unità e indivisibilità del patrimonio. L'autrice riconosce che «la norma legittima il superamento del dogma dell'unicità del patrimonio risultante dall'art. 2092 del *Code civil*». (Con riferimento alle ragioni per cui nemmeno l'art. 2092 del *Code civil* rappresenta, in realtà, il fondamento normativo del dogma dell'unicità del patrimonio si rinvia al cap. 3, § 2).

patrimoniale, ma non anche di leggere il rapporto tra esso e le sue limitazioni in termini di regola–eccezione, tanto è vero che già nel primo commentario al Codice civile veniva osservato che il fenomeno della limitazione della responsabilità patrimoniale diventava «sempre più imponente».⁶⁶⁵

Il rilievo marginale tradizionalmente attribuito al fenomeno della separazione patrimoniale si è visto essere frutto dell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale più che di principi normativi insuperabili.

Il Codice civile non ha mai realmente imposto un unico modello di responsabilità patrimoniale rispetto al quale i patrimoni separati costituiscano un’eccezione, ma ha reso in astratto possibili una pluralità di schemi destinati a operare l’uno in assenza dell’altro.⁶⁶⁶

Il moltiplicarsi dei patrimoni separati assume fondamentale importanza non per aver infranto il presunto e inesistente dogma dell’unicità del patrimonio, bensì per aver riempito di contenuto alcune delle possibili varianti destinate a regolare i rapporti tra debitore e creditore.

⁶⁶⁵ Così D’AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, op. cit., 438. A proposito dell’esistenza di numerosi esempi di patrimoni separati nel diritto positivo fin dall’emanazione del Codice civile si rinvia alla nota 329, § 2, cap. 3.

⁶⁶⁶ Cfr. ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 80, il quale, pur adottando una prospettiva parzialmente diversa poiché afferma che questo risultato è frutto dell’incremento delle ipotesi normative di patrimoni separati, ha proposto di sostituire al tradizionale schema regola–eccezione una lettura effettuale dell’ordinamento che consideri l’universalità della responsabilità patrimoniale e la *par condicio creditorum* «solo come uno dei possibili modelli che l’ordinamento riconosce per organizzare i rapporti tra il debitore e i suoi creditori». PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., *ibidem*, ha affermato che le previsioni normative riferite ai patrimoni separati non appaiono più derogatorie, ma parallele rispetto alla regola posta dall’art. 2740 c.c. Già SACCO R., *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Giappichelli, Torino, 1955, 87, osservava che l’art. 2740 c.c., più che una norma lacunosa è destinato ad enunciare «un semplice rinvio ad altre norme». V. DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all’atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1280, che ha affermato che l’art. 2740 c.c. non è un norma autosufficiente e che le norme a cui essa rinvia vi sono certamente quelle che consentono la costituzione di patrimoni separati. Anche GAMBARO A., voce *Trust*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Vol. XIX, 1999, 449 ss., ha affermato che la portata effettiva dell’art. 2740 c.c. dipende dal contesto normativo e non prevale su esso. Cfr. anche gli spunti offerti da SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974 (v. spec. pag. 59-609), il quale rispetto al regime della responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali ha sostenuto che «non esiste un regime della responsabilità patrimoniale, quello descritto nell’art. 2740 c.c., rispetto al quale siano commisurabili ed eventualmente apprezzabili in termini di “privilegio” regimi diversi, ancorché previsti per fenomeni “metaindividuali”; ma, quanto meno, due categorie di regimi».

Se inizialmente all'interno del sistema codicistico della responsabilità patrimoniale del debitore il modello offerto dagli artt. 2740 e 2741 c.c. aveva un ruolo predominante, visto il modesto numero di patrimoni separati tipizzati, progressivamente tali disposizioni sono diventate semplicemente «la tessera di un più ampio mosaico caratterizzato dalla possibilità di parcellizzare il proprio patrimonio».⁶⁶⁷

Nel corso del presente lavoro si è in più occasioni affermato che universalità e specializzazione della responsabilità patrimoniale sono sempre state, in potenza, regole di pari importanza.⁶⁶⁸

Grazie all'evoluzione del sistema lo sono, finalmente, anche in atto.⁶⁶⁹

Si deve precisare che con ciò non si intende affatto affermare che il principio di universalità della responsabilità patrimoniale sia scomparso, né tanto meno che versi in uno stato di «irreversibile crisi».⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Così DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1278 ss.

⁶⁶⁸ Con riferimento alle ragioni che hanno ostacolato questa chiave di lettura del sistema della responsabilità patrimoniale si rinvia al cap. 3, § 2 e al cap. 4 § 1. V. anche gli spunti offerti da MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 172, la quale partendo dalla constatazione che lo schema regola-eccezione attraverso cui normalmente si spiega il rapporto tra primo e secondo comma dell'art. 2740 c.c. «può essere frutto di una sineddoche, che impedisce di qualificare come altrettante regole quelle che vengono percepite come ipotesi derogatorie» ha concluso che «si può accogliere la portata generale della previsione del secondo comma dell'art. 2740 c.c.».

⁶⁶⁹ Sul fatto che l'art. 2740 commi 1 e 2 esprimono regole di pari importanza cfr. DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1278 ss., il quale, pur partendo dalla diversa prospettiva secondo cui ciò sarebbe dovuto esclusivamente al mutato contesto normativo, ha suggerito di «leggere l'art. 2740 tutto d'un fiato. Non più il primo 1 come regola e il comma 2 come eccezione. Ma come un'unica regola. Comma 1 e comma 2 come due diverse regolamentazioni (e quindi modalità d'essere) della stessa situazione giuridica: la responsabilità patrimoniale del debitore. La sussunzione cede il passo alla giustapposizione». Anche PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 204 ss., ha affermato che il moltiplicarsi dei patrimoni separati permette di prospettare un rapporto perfettamente paritetico tra universalità della responsabilità patrimoniale e specializzazione della stessa.

⁶⁷⁰ Di irreversibile crisi del principio di universalità della responsabilità patrimoniale ha parlato tra i tanti MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 97 ss. Cfr. anche MIGNONE G., *Commento agli artt. 2447 bis c.c.*, op. cit., 1669, secondo cui sarebbe in atto una «fuga dalla responsabilità». In direzione contraria alla scomparsa del principio generale della responsabilità patrimoniale si sono espressi PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 208, secondo cui è possibile affermare ancora il suo forte e attuale rilievo. GABRIELE P., *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, in *Giur. comm.*, 2010, 593 ss., secondo cui a fronte dell'evoluzione normativa l'art. 2740 c.c. ha perso di assolutezza, ma

Il modello delineato dal Codice civile attraverso gli artt. 2740 e 2741 conserva, al contrario, una duplice valenza.

L'attuale sistema della responsabilità patrimoniale si articola, infatti, attraverso una pluralità di schemi, che si differenziano per modalità operative e presupposti di applicazione: quando non opera alcuna delle varianti il cui funzionamento si basa sul principio della localizzazione della responsabilità, trovano spazio le regole dettate dagli artt. 2740 e 2741 c.c., il cui «perimetro di vigenza» si è indubbiamente ristretto, ma non certo annullato.⁶⁷¹

Il modello offerto dagli artt. 2740 e 2741 c.c. non è, tuttavia, confinato entro questo spazio residuale, poiché trova attuazione attraverso una ulteriore modalità operativa, dal momento che mantiene valore e significato anche in relazione ai molteplici patrimoni di cui uno stesso soggetto può essere titolare.⁶⁷²

A seguito del mutato quadro normativo, nonostante l'art. 2740 c.c. continui ad avere importante rilievo nei termini appena descritti, il principio contenuto nel suo primo comma non può più considerarsi di ordine pubblico.⁶⁷³

Coglie certamente nel segno chi, partendo dalla constatazione che l'ordine pubblico si identifica nel «complesso dei principi - ivi compresi quelli

non di centralità. Secondo BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 197 ss., l'art. 2740 c.c. non è affatto scomparso, ma conserva il suo rilievo costituzionale e continua ad essere l'indice della giuridicità del rapporto.

⁶⁷¹ L'espressione è di GABRIELE P., *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, op. cit., 593 ss. V. anche SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1278, secondo cui «l'incessante proliferare delle ipotesi di segmentazione patrimoniale potrebbe essere un segnale (..) della trasformazione dell'universalità della responsabilità patrimoniale da regola generale a regola residuale. A regola di *default*».

⁶⁷² V. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 208-209. V. anche gli spunti offerti da MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, op. cit., 171-172, secondo cui i patrimoni separati non perdono affatto la loro caratteristica di unitarietà, perché la loro destinazione allo scopo comporta che solo i creditori le cui ragioni ineriscono il perseguimento di esso possono trovarvi garanzia. BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 197 ss., ha affermato che «il mantenimento del principio di responsabilità patrimoniale trova una ragione concreta anche con riferimento all'introduzione nel nostro sistema di figure generali o speciali di destinazione del patrimonio, in quanto la destinazione in tanto si realizza in quanto una certa massa patrimoniale sia riservato al soddisfacimento delle obbligazioni collegate allo scopo».

⁶⁷³ Per l'indicazione della dottrina secondo cui il principio di universalità della responsabilità patrimoniale era e continua ad essere un principio di ordine pubblico v. la nota 230.

desumibili dalla Carta costituzionale - che formano il cardine della struttura economico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia»,⁶⁷⁴ ha osservato che «sarebbe paradossale che lo stesso legislatore continui ad introdurre nell'ordinamento istituti in grado di scardinare lo stesso ordine politico ed economico».⁶⁷⁵

Lo studio del fondo patrimoniale, dei patrimoni dedicati ad uno specifico affare e degli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* ha permesso di constatare che non vi è un solo prototipo di separazione patrimoniale, ma vi sono tanti modelli quanti sono i patrimoni separati tipizzati.

⁶⁷⁴ In questi termini si è espressa Cass. civ., 13.12.1999, n. 13928, in *Foro it.*, 2000, I, 3571, che aggiunto che contribuiscono a delineare la nozione di ordine pubblico anche «quelle regole inderogabili, le quali abbiano carattere di fundamentalità (che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative) e siano immanenti ai più importanti istituti giuridici». V. anche BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 243 ss., secondo cui il mutamento di prospettiva deve attribuirsi a una maggiore delimitazione dei contorni dello stesso principio di ordine pubblico, differenziato rispetto al buon costume e alle norme inderogabili.

⁶⁷⁵ Così ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 80-82, il quale ha concluso che nella materia della responsabilità patrimoniale l'uso della locuzione "ordine pubblico" «si esaurisce in una errata espressione stereotipa». Che il principio di universalità della responsabilità patrimoniale sia un principio di ordine pubblico è negato anche da BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 244, LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, op. cit., 39 e 93; MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 106 ss. e 122; CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, op. cit., 309; IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 101 e 172 ss., la quale evidenzia che le difficoltà che si incontrano nel sostenere che l'art. 2740 c.c. contiene un principio di ordine pubblico dal momento che il sistema è «costellato di eccezioni». GAMBARO A., voce *Trust*, op. cit., 466-467, ha affermato che attraverso la ratifica della Convenzione dell'Aja in materia di *trust* il legislatore ha mostrato di non credere più all'esistenza di un principio di ordine pubblico nell'art. 2740 c.c. Inoltre, secondo l'autore, parlare di principio di ordine pubblico dopo l'introduzione di importanti fattispecie di patrimoni separati «appare perfino un po' ridicolo». In questa direzione si è espresso anche Trib. Bologna, 1.10.2003, n. 4545, in *Trusts e att. fid.*, 2004, 67 ss. V. infine PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 209, secondo cui sono proprio le esigenze di tutela del credito e dell'economia sottese alla formulazione dell'art. 2740, comma 2, c.c. che impongono l'evoluzione del sistema nella direzione della specializzazione. La non contrarietà della costituzione dei patrimoni separati all'ordine pubblico internazionale in ragione del fatto che nel nostro ordinamento vi sono norme che ammettono le limitazioni della responsabilità patrimoniale è stata riconosciuta anche in alcune decisioni dei giudici di legittimità. V. *ex multis* Cass., 14.4.1980, n. 2414, in *Foro it.*, 1980, I, 1303 ss.; Cass., 28.7.1977, n. 3352, in *Foro it.*, 1977, I, 2158, dove si legge che l'art. 2740 c.c. è inderogabile da parte dei privati, ma non è un fondamento attinente alle basi della società.

Nonostante l'eterogeneità delle fattispecie esaminate è possibile individuare alcune caratteristiche comuni, ognuna delle quali contribuisce a delineare i nuovi confini della responsabilità patrimoniale del debitore.

Innanzitutto, le diverse ipotesi di separazione patrimoniale analizzate sono accumulate dal modo in cui il legislatore ha concepito il patrimonio in relazione a ciascuna di esse.

Tali fattispecie rappresentano la traduzione sul piano normativo dell'idea inizialmente elaborata dalla *Sondervermögenstheorie* secondo cui il patrimonio separato è il risultato della combinazione di soggetto e scopo.⁶⁷⁶

Si è, così, assistito alla progressiva affermazione della concezione dinamico-funzionale del patrimonio, nel cui ambito assume rilevanza centrale non il profilo della titolarità dei beni, bensì lo scopo a cui essi sono destinati.⁶⁷⁷

Di conseguenza, ai fini dell'individuazione dell'oggetto su cui è possibile che i creditori dirigano le proprie pretese in via esecutiva il «parametro di riferimento» non è più rappresentato soltanto dalla titolarità dei beni, ma anche - o meglio, principalmente - della destinazione su di essi impressa.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ Si veda a riguardo il cap. 3, § 1.2.

⁶⁷⁷ In proposito v. quanto già affermato nel cap. 4, § 1. Con riferimento alla concezione dinamico-funzionale del patrimonio v. ALCARO F., *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 - ter c.c.*, op. cit., 106 ss.; BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 111; EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, op. cit., 18 ss.; GABRIELE P., *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, op. cit., 593 ss.; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 192 ss., secondo cui si è delineata nel corso del tempo una disciplina che prescinde della sua configurazione come attributo del soggetto. In questo modo l'attenzione trasla dal soggetto al patrimonio e, quindi, da una «prospettiva esclusivamente soggettiva e strutturale a una prospettiva oggettiva e funzionale». L'autrice osserva anche che «ciò che cambia è, in sostanza, il criterio di imputazione: da un criterio soggettivo si passa ad uno di natura squisitamente oggettivo». V. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis*, op. cit., 13, la quale con riferimento ai patrimoni destinati ad uno specifico affare delle s.p.a. ha osservato che il profilo dell'imputazione è relegato in secondo piano, mentre in primo piano vi è la destinazione.

⁶⁷⁸ V. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 206; MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, op. cit., 581 ss.; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 33. In direzione contraria v. ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 1048, che ha posto l'accento sul fatto che affinché un bene rientri nella garanzia generica è sufficiente che il debitore ne sia titolare.

Come si è già ricordato il cuore dell'art. 2740 c.c. deve individuarsi nella tutela del credito.

L'interesse del creditore a soddisfarsi coattivamente sul patrimonio del debitore in caso di inadempimento ha sempre rivestito un ruolo di primaria importanza nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nel sistema della responsabilità patrimoniale, anche in ragione del rilievo costituzionale tradizionalmente riconosciutogli.⁶⁷⁹

Questo spiega perché le fattispecie di patrimoni separati analizzate sono accomunate dal medesimo requisito assiologico, ovvero dal fatto che il vincolo di destinazione è diretto alla realizzazione di un interesse reputato dal legislatore maggiormente meritevole di tutela rispetto a quello dei creditori alla realizzazione del credito.⁶⁸⁰

Vista la fondamentale rilevanza riconosciuta alle ragioni dei creditori nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco, ben si comprende l'ulteriore caratteristica comune alle diverse ipotesi di separazione patrimoniale oggetto di questo studio. Tanto per la costituzione del fondo patrimoniale, quanto per quella dei patrimoni destinati delle s.p.a., così per quella dei vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* è prescritta la forma pubblica.⁶⁸¹

Come si è già rilevato analizzando le singole fattispecie, la necessità dell'intervento del notaio in sede di costituzione del vincolo è dettata proprio

⁶⁷⁹ Per quanto riguarda il profilo della tutela costituzionale del credito v. la nota 201. Cfr. MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, op. cit., 360, secondo cui «l'essenza del principio di cui all'art. 2740 c.c. si concretizza nel garantire al creditore di conseguire in via coattiva il soddisfacimento della propria pretesa (...) Oggetto di protezione non è solo il credito, ma, per l'appunto, la giuridicità della dimensione obbligatoria sottostante: il rimedio assurge esso stesso a elemento qualificante la rilevanza dell'obbligazione, a prescindere dal relativo inadempimento».

⁶⁸⁰ V. BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 243, la quale ha affermato che, nonostante la diffusione del fenomeno della separazione patrimoniale, la tutela delle ragioni creditorie conserva il valore di principio fondamentale del sistema, che può cedere solo per la necessità di tutelare interessi di rango superiore. In proposito v. anche la dottrina citata nella nota 634.

⁶⁸¹ Per quanto riguarda specificamente le modalità di costituzione del fondo patrimoniale si rinvia al cap. 4, § 2. Per i patrimoni destinati delle s.p.a. v. invece il § 3. In particolare, con riferimento alle problematiche legate alla necessità dell'intervento notarile in sede di costituzione del patrimonio destinato v. le nt. 459 e 460 e la dottrina ivi citata. Infine, per gli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* v. il § 4.

dall'esigenza di garantire un «preventivo filtro di legalità», in modo da tutelare i creditori contro possibili abusi della separazione patrimoniale.⁶⁸²

Nel corso del presente lavoro si è avuto modo di constatare, inoltre, che i patrimoni dedicati ad uno specifico affare di cui agli artt. 2447 *bis* e ss. c.c. e, soprattutto, gli atti di destinazione *ex art. 2645 ter* c.c. esprimono la tendenza dell'evoluzione normativa ad adottare «forme di separazione patrimoniale che, seppure tipizzate, sembrano rifiutare impianti finalistici predefiniti».⁶⁸³

Indubbiamente ciò è indice del crescente favore del nostro ordinamento verso la separazione patrimoniale e della progressiva valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata in questo ambito.

Questo incremento di fiducia nei confronti della «diversificazione della responsabilità patrimoniale in compendi separati»⁶⁸⁴ è sintomo che, pur essendo la tutela del credito sempre al centro dell'art. 2740 c.c., sono progressivamente cambiate le modalità attraverso cui essa viene assicurata.

Se inizialmente il principale strumento destinato a tutelare le ragioni dei creditori si identificava nella necessità che il debitore rispondesse del proprio inadempimento con tutto il suo patrimonio, oggi il perno attorno a cui ruota

⁶⁸² In questo senso v. TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, op. cit., 478; PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 161 ss., il quale con riferimento al vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter* c.c. ha osservato che il legislatore, avendo previsto espressamente il requisito dell'atto pubblico, ha voluto assicurare l'indagine della volontà delle parti ad opera del notaio. L'autore sostiene che, se solitamente tale indagine si spiega in ragione della «finalità di protezione» delle parti medesime, in questo specifico caso essa dipenderebbe dalla «gravità dell'effetto» derivante dalla costituzione del vincolo non tanto per le parti, ma soprattutto per i terzi, ivi compresi i creditori.

⁶⁸³ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 83. V. inoltre quanto osservato nel § 4.1 di questo capitolo e in particolare nella nota 620.

⁶⁸⁴ Questa espressione è utilizzata da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 87, secondo cui la «la diversificazione del regime della garanzia patrimoniale non è un effetto giuridico disapprovato dal nostro ordinamento». Al contrario, l'autore rileva che si tratta di un fenomeno che al pari della responsabilità illimitata, l'ordinamento giuridico giudica conforme ai propri canoni. Nello stesso senso v. anche PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 214.

l'intero sistema della responsabilità patrimoniale non è il principio di universalità, bensì quello di affidamento del ceto creditorio.⁶⁸⁵

Questo principio si articola nel senso che il creditore sa di poter aggredire l'intero patrimonio del debitore *ex art. 2740, co. 1, c.c.* per tutelare le proprie ragioni. Tuttavia, nel momento in cui venga ad esistenza una limitazione della responsabilità patrimoniale consentita dalla legge ed essa sia portata a conoscenza dei terzi attraverso le modalità normativamente previste, si crea «uno sbarramento»: il creditore potrà aggredire non già qualsiasi bene oggetto del patrimonio del debitore, ma solo quelli «sui cui ha fatto affidamento», nel rispetto delle condizioni previste dalla legge per le diverse fattispecie di patrimoni separati tipizzati.⁶⁸⁶

Una conferma indiretta del fatto che la tendenza evolutiva del sistema va in questa direzione può trarsi dalla circostanza che, in tutte le fattispecie di patrimoni separati analizzate, è possibile riscontrare la predisposizione da parte del legislatore di strumenti pubblicitari il cui scopo è quello di assicurare la conoscibilità che il patrimonio del debitore si articola in compendi separati. Dall'adempimento di tali oneri pubblicitari dipende talvolta l'opponibilità ai terzi della separazione patrimoniale, altre volte il suo perfezionamento.⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ Che nel sistema attuale in primo piano vi è la tutela dell'affidamento dei creditori è sostenuto da BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 197 ss.; DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1278 ss.; DI LANDRO A., *L'art. 2645 ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. not.*, 2009, 583 ss.; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 42; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 172 ss. Già PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 29 osservava acutamente che la necessità del principio di tipicità dei patrimoni separati si giustificava proprio alla luce del principio di affidamento dei creditori.

⁶⁸⁶ V. DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1276 ss. Del resto, anche NERVI L., *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, op. cit., 59, pur se in una diversa prospettiva, afferma che il creditore sa di poter agire sull'intero patrimonio del debitore a meno che questi non possa opporgli limitazioni espressamente contemplate dalla legge.

⁶⁸⁷ Nella parte inerente allo studio del fondo patrimoniale, dei patrimoni dedicati delle s.p.a. e del vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* si è dedicata particolare attenzione agli oneri pubblicitari previsti dal legislatore per ciascuna di esse. Si vedano al riguardo i paragrafi 2, 3 e 4 di questo capitolo. Basti qui ricordare che con riferimento al fondo patrimoniale è imprescindibile ai fini della sua opponibilità ai terzi l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio. Per quanto riguarda i patrimoni destinati *ex art. 2447 bis ss. cc.* il legislatore ha previsto una pluralità di adempimenti pubblicitari da cui dipende il perfezionamento della

In ogni caso, perché la responsabilità patrimoniale possa articolarsi attraverso un modello differente da quello delineato dagli artt. 2740 e 2741 c.c., è imprescindibile il rispetto delle formalità pubblicitarie prescritte per ciascuno di essi.⁶⁸⁸

La disciplina normativa dei patrimoni separati testimonia, dunque, che la tutela del ceto creditorio non è più affidata principalmente alla universalità della garanzia patrimoniale, ma, piuttosto, all'effettiva possibilità per i creditori di conoscere «la reale situazione del debitore».⁶⁸⁹

Questa impostazione sembra assicurare un più equo contemperamento dei diversi interessi in gioco.⁶⁹⁰

fattispecie (deposito e iscrizione della delibera costitutiva nel registro delle imprese *ex art. 2447 quater*; trascrizione se il vincolo ha ad oggetto beni mobili registrati o immobili *ex art. 2447 quinquies*; necessità che gli atti compiuti in relazione allo specifico affare rechino espressa menzione dell'affare medesimo *ex art. 2447 quinquies ult. comma*). Infine, per quanto riguarda la fattispecie di cui all'art. 2645 *ter c.c.* si è visto essere indispensabile la trascrizione dell'atto di destinazione.

⁶⁸⁸ V. PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., 161 ss., che lo ha rilevato con riferimento ai vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* DI LANDRO A., *L'art. 2645 ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, op. cit., 586, ha osservato che proprio l'essenzialità dei profili pubblicitari in relazione al fenomeno della separazione patrimoniale può spiegare la discutibile collocazione dell'art. 2645 *ter c.c.* proprio nell'ambito della trascrizione e, quindi, della pubblicità. V. anche MANES P., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sub art. 2447 bis c.c.*, op. cit., 44, in relazione ai patrimoni destinati ad uno specifico affare. Sempre con riferimento alla fattispecie di cui agli artt. 2447 *bis ss. cc v.* anche IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, op. cit., 725 ss., a proposito dell'essenzialità della pubblicità tanto nel momento genetico della separazione patrimoniale, tanto nella fase estintiva. V. ancora INIZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, op. cit., 165, il quale ha affermato che il presupposto per il funzionamento della separazione patrimoniale risiede nel fatto che essa venga fissata «con atti suscettibili di essere portati a conoscenza dei terzi sotto il profilo della certezza e conoscibilità (...) Solo attraverso l'osservanza di questi principi e regole di opponibilità, può essere verificata, in termini di efficacia, la tenuta della suddetta separazione rispetto al momento del conflitto con e tra i terzi».

⁶⁸⁹ Questa espressione è di BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 212 ss., secondo cui l'attuale sistema sembra caratterizzarsi per un ampliamento delle sfere prima sottratte alla competenza dei privati, a condizione che siano apprestati adeguati strumenti di tutela per i terzi. V. anche DI LANDRO A., *L'art. 2645 ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, op. cit., 585.

⁶⁹⁰ V. gli spunti offerti in tal senso da DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., *ibidem*, secondo cui il ruolo centrale che l'affidamento del creditore assume in relazione alla diffusione dei patrimoni separati ha il pregio di riequilibrare lo «sbilanciamento a favore del creditore» che deriva dal fatto che il sistema gli consente di regola di soddisfarsi anche su beni del debitore rispetto ai quali non aveva ragione di fare affidamento, ovvero i beni futuri.

Considerando che la responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* non comporta né la nascita di un diritto di garanzia del creditore sui beni del debitore, né un obbligo per costui di non alterare la consistenza del proprio patrimonio, appare certamente coerente che l'ordinamento permetta al debitore di disporre dei propri beni dando vita ad un patrimonio separato, purché ciò avvenga con modalità "trasparenti" e non frodatorie per i creditori.⁶⁹¹

L'evoluzione normativa dimostra, dunque, che il nuovo punto di incontro dei diversi interessi di cui sono portatori debitore e creditore si innesta nel principio dell'affidamento: «accantonata l'idea di far man bassa, l'esigenza del creditore è di conoscere *a priori*, su quali beni potrà rivalersi in caso di inadempimento del debitore, così da calcolare i rischi a cui va incontro».⁶⁹²

Il «nuovo fondamento» dell'art. 2740 c.c. deve identificarsi, pertanto, nel principio di affidamento del ceto creditorio e le limitazioni della

⁶⁹¹ Con riferimento al contenuto della posizione giuridica del debitore e del creditore nell'ambito del rapporto di responsabilità si rinvia al cap. 2, § 2 e § 3. Cfr. sul punto ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 42, secondo cui, posto che il debitore non perde il potere di disposizione dei suoi beni, l'affidamento dei creditori non ha per oggetto il patrimonio del debitore nella consistenza che aveva al momento dell'assunzione del debito. «La garanzia patrimoniale posta dall'art. 2740 c.c. comporta soltanto un tendenziale e costante adeguamento della consistenza del patrimonio all'entità del rischio economico insito nel rapporto di obbligazione». In questa direzione v. anche GABRIELE P., *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, op. cit., 593 ss.

⁶⁹² Assolutamente condivisibile è quanto affermato da DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1278 ss., il quale, sulla base delle premesse di cui sopra, ha osservato anche che quando il creditore «accetta di giocare, non potrà pretendere più di quanto è stato messo sul tavolo». Inoltre, secondo l'autore «il legislatore pare sempre più attento all'esigenza del debitore di conoscere, *a priori*, quando sarà chiamato a rispondere in caso di inadempimento. Il debitore vuole sapere in anticipo il rischio che può gravare a proprio carico da una determinata operazione economica. Egli desidera perdere non più denari di quelli che ha messo in gioco». In proposito cfr. anche ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 126 ss., il quale ha precisato che il regime della responsabilità illimitata «aumenta l'avversione al rischio del singolo individuo incapace di modulare l'esposizione del suo patrimonio in relazione al singolo investimento». L'effetto fondamentale della separazione patrimoniale è, al contrario, quello di «circoscrivere quantitativamente e qualitativamente il rischio, renderlo conoscibile e monetizzabile». V. anche BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 212 ss., secondo cui «l'equilibrio tra atto di autonomia privata e tutela del credito non si risolve più come in passato in divieti ma nell'esigenza di informare i terzi sull'esistenza di vincoli che possano pregiudicare la loro posizione».

responsabilità patrimoniale del debitore traggono in esso la loro giustificazione.⁶⁹³

Premesso che la specializzazione responsabilità patrimoniale è sorretta dalla «situazione affidante» del creditore, certamente essa non può trovare applicazione nei confronti dei titolari di un credito avente fonte in un illecito aquiliano, i quali di sicuro non hanno scelto il loro debitore.⁶⁹⁴

Il problema dell'opponibilità della separazione patrimoniale ai creditori involontari si è visto essere regolato espressamente solo con riferimento ai patrimoni dedicati ad uno specifico affare, nel cui ambito l'art. 2447 *quinquies* c.c. fa salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.⁶⁹⁵

Analizzando il fondo patrimoniale e gli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* si è osservato che, nonostante il silenzio del legislatore, la medesima *ratio* che ha ispirato la previsione contenuta nell'art. 2447 *quinquies* c.c. è certamente ravvisabile anche rispetto a queste diverse fattispecie.⁶⁹⁶

Tale soluzione trae conferma, o meglio ancora, si impone alla luce della constatazione che il nuovo asse portante del sistema della responsabilità patrimoniale è il principio di affidamento del ceto creditorio.

Poiché rispetto al momento della nascita dell'obbligazione avente fonte in un illecito non è certamente ipotizzabile né la conoscenza e nemmeno la conoscibilità da parte del creditore dell'esistenza di masse patrimoniali

⁶⁹³ L'espressione virgolettata è di BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., *ibidem*, secondo la quale questo nuovo fondamento ha sostituito il precedente, che doveva identificarsi nel dogma dell'indivisibilità del patrimonio. Cfr. anche DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1279, che ha individuato nell'affidamento del creditore «la chiave di volta» del sistema della responsabilità patrimoniale.

⁶⁹⁴ DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1280. Cfr. anche MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, op. cit., 475, la quale ha osservato che rispetto al problema dell'opponibilità della separazione patrimoniale ai creditori involontari sono evidentemente in contrasto da un lato l'esigenza di affidamento e tutela dei creditori involontari e dall'altro l'effettività del vincolo e la sua idoneità a realizzare l'interesse meritevole di tutela.

⁶⁹⁵ V. dettagliatamente nel § 3 di questo capitolo.

⁶⁹⁶ V. le argomentazioni addotte a sostegno di tale conclusione nei paragrafi 2 e 4 di questo capitolo.

separate all'interno del patrimonio del debitore, «cade il perno giustificativo che puntella l'articolazione patrimoniale».⁶⁹⁷

Nell'ambito del sistema così delineato la tutela dei creditori trova indubbiamente espressione nel principio dell'affidamento, senza, tuttavia, esaurirsi in esso.

Tanto con riferimento al fondo patrimoniale, ai patrimoni dedicati ad uno specifico affare e agli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* si è visto che i creditori hanno a disposizione diversi strumenti per ovviare al pericolo che la separazione patrimoniale sia utilizzata abusivamente a loro danno.⁶⁹⁸

L'operatività dei modelli di articolazione della responsabilità patrimoniale diversi da quello tracciato dall'art. 2740 c.c. trova, dunque, un limite insuperabile nell'eventualità che la costituzione del patrimonio separato sia avvenuta al solo scopo di eludere il funzionamento della garanzia patrimoniale generica.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Così DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., *ibidem*, secondo cui la disposizione di cui all'art. 2447 *quinquies* c.c. è tutt'altro che eccezionale, dal momento che «l'inopponibilità della separazione patrimoniale deriva dalla mancanza di ogni e qualsivoglia situazione affidante del creditore *ex delictu*». Anche secondo BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 212 ss., l'art. 2447 *quinquies* c.c. esprime un principio generale della inopponibilità della separazione patrimoniale ai creditori involontari. Identica soluzione è sostenuta anche da ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 44, il quale ha posto l'accento sul fatto che la necessità di tutelare l'affidamento del creditore con riferimento al momento della nascita del credito non è neppure pensabile con riferimento ai creditori involontari. Ad analoghe conclusioni è giunto ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio*, op. cit., 573 ss. *Contra* MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, op. cit., 485 ss. La soluzione accolta in questo studio è seguita solo da una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza, che facendo, al contrario, leva principalmente sul criterio dell'equivalenza delle fonti dell'obbligazione, hanno ritenuto la separazione patrimoniale opponibile ai creditori involontari esattamente allo stesso modo di quelli volontari. In tal senso v. la dottrina e giurisprudenza citate nelle note 408, 409, 410, 610.

⁶⁹⁸ V. più dettagliatamente i paragrafi 2, 3 e 4 di questo capitolo.

⁶⁹⁹ V. quanto suggerito da GENTILI A., *La destinazione patrimoniale. Un contributo alla categoria generale dello studio della fattispecie*, op. cit., 65, secondo cui la disciplina dei casi tipizzati lascia intendere che l'autonomia costitutiva dei destinanti non può sottrarre ai creditori la presa sui beni necessari alla loro garanzia patrimoniale, a pena di revocatoria contro gli atti di destinazione. Nello stesso senso v. anche MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, op. cit., 122, secondo cui «la tutela materiale dei creditori si realizza, da una parte, attraverso l'individuazione di meccanismi di garanzia adeguati ad un dato sistema economico e, dall'altra, in seconda battuta, per mezzo delle disposizioni sulla revocatoria, che consentono di rendere inefficaci gli atti fraudolenti compiuti dal debitore». V. anche PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 180 ss.; ROJAS

Il sistema della responsabilità patrimoniale appare costruito su due assi portanti, che si identificano nel principio dell'affidamento e nella protezione dei creditori contro l'utilizzo abusivo della separazione patrimoniale.

Sono, così, delineati i nuovi confini della responsabilità patrimoniale del debitore: non un unico modello, offerto dall'art. 2740 c.c., rispetto al quale i patrimoni separati costituiscano un'eccezione, ma un più ampio mosaico il cui funzionamento ruota attorno al principio dell'affidamento dei creditori.

Rimane fermo che, nel quadro appena tratteggiato, la separazione patrimoniale non è ammessa solo perché resa conoscibile ai creditori, essendo subordinata, altresì, alla sussistenza del requisito assiologico della meritevolezza dell'interesse sotteso alla nascita del patrimonio separato, come è testimoniato, del resto, anche dalle vicende che hanno interessato i vincoli di destinazione atipici *ex art. 2645 ter c.c.*⁷⁰⁰

Altrettanto certo è che la riserva di legge contenuta nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. non è venuta meno, pur essendone mutato il significato a seguito dell'introduzione dell'art. 2645 *ter c.c.*, sicché l'autonomia negoziale è ammessa a dare vita a un patrimonio separato ogni qualvolta esso sia destinato a perseguire un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2645 *ter.*⁷⁰¹

ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 89 ss., secondo il quale «il giudizio sull'ammissibilità della separazione patrimoniale è stato pensato come giudizio sul tipo rimesso all'esclusiva valutazione del legislatore, giudizio, quindi, collocato a monte della tutela del credito. Quest'ultima, invece, si articola a valle e si concreta in una serie di strumenti predisposti contro gli atti fraudolenti del debitore a prescindere da ogni valutazione sulla meritevolezza dell'atto di disposizione. (...) A fronte di un atto di separazione patrimoniale unilaterale, la tutela del credito predisposta dall'ordinamento scatta anche qualora il disponente si sia avvalso di uno strumento tipico (...). La tutela del credito, quindi, opera in ogni caso a prescindere dalla ragione pratica e dal tipo di separazione patrimoniale posta in essere dal disponente».

⁷⁰⁰ Così BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 214 ss. Già in *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 215, l'autrice affermava che perché la destinazione possa essere opponibile ai terzi sono elementi imprescindibili la pubblicità del vincolo e la realizzazione per suo tramite di interessi meritevoli di tutela. PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 208, la quale ha ribadito che la tutela delle ragioni creditorie continua ad essere «un valore fondamentalmente tutelato dal nostro ordinamento, al quale possono essere anteposti esclusivamente valori di rango superiore». MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, op. cit., 182 ss.

⁷⁰¹ Si rinvia a quanto affermato nel par. 4.1. di questo capitolo. V. anche DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1279 ss., il quale ha precisato anche che la diversa interpretazione

Se, ad oggi, oltre questi limiti non sembra possibile spingersi è evidente che l'evoluzione del sistema della responsabilità patrimoniale è un processo lungi dal potersi considerare concluso.

Al contrario, l'individuazione dei suoi assi portanti nel principio di affidamento del ceto creditorio e nella tutela a valle del credito apre la porta a nuovi possibili scenari, orientati verso un ridimensionamento del requisito assiologico necessario per il sorgere della separazione patrimoniale e verso una più ampia valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata in quest'ambito.⁷⁰²

Appare chiaro che nel futuro prossimo l'interprete non potrà sottrarsi dall'arduo compito di stabilire se questa strada sia effettivamente percorribile.

l'art. 2740 c.c. occasionata dall'evoluzione normativa non riguarda il discorso dei limiti che l'autonomia privata incontra in questa sede.

⁷⁰² In proposito v. gli spunti offerti da GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio*, op. cit., 156, il quale, favorevole ad una maggiore apertura nei confronti dell'autonomia privata, ha valorizzato il dato che «l'interesse dei creditori è tutelato mediante il sistema revocatorio, e non mediante il divieto di costituire patrimoni autonomi o separati in virtù della sola autonomia privata». V. anche MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, op. cit., 283, secondo cui l'unico criterio in grado idoneo a far valutare l'ammissibilità generale dei patrimoni separati «si rivela essere l'interesse dei creditori, nel nostro sistema efficacemente e tipicamente tutelato dall'azione revocatoria». In termini analoghi v. anche GENTILI A., *La destinazione patrimoniale. Un contributo alla categoria generale dello studio della fattispecie*, op. cit., 72; MACARIO F., *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, op. cit., 72 ss.; MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, op. cit., 443 ss.

CAPITOLO QUINTO
UNA NUOVA PROSPETTIVA PER LE LIMITAZIONI CONTRATTUALI
DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

Sommario: 1.- La presunta inammissibilità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore.- 2.- Una diversa interpretazione dell'art. 2740, comma 2, c.c.: le ragioni a favore dell'ammissibilità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale con efficacia *inter partes*.

1.- La presunta inammissibilità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore.

Si è già ricordato che il sistema della responsabilità patrimoniale del debitore è stato tradizionalmente concepito come fondato su due «assiomi» inconfutabili.⁷⁰³

Il primo, coincidente con il dogma della indivisibilità del patrimonio e del conseguente carattere eccezionale delle ipotesi di separazione patrimoniale, si è visto essere stato ampiamente smentito sia dall'individuazione della vera *ratio* sottesa all'art. 2740 c.c., sia dall'evoluzione normativa.⁷⁰⁴

Il secondo si identifica, invece, nella inammissibilità delle limitazioni convenzionali della garanzia patrimoniale destinate a regolare unicamente i rapporti tra debitore e creditore.

Per limitazioni convenzionali si intendono le pattuizioni con cui il debitore e il creditore si accordano per circoscrivere l'ampiezza della responsabilità patrimoniale.

⁷⁰³ L'espressione «assioma» è stata utilizzata in senso critico da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 24 e 47, per indicare il fatto che il principio di unicità e indivisibilità del patrimonio, così come quello della nullità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale, sono stati accettati come se si trattasse di regole scontate e auto evidenti, senza che ne sia stata fornita una adeguata dimostrazione. Sui due principi cardine configurati dalla dottrina in materia di responsabilità patrimoniale del debitore cfr. anche SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 91 ss.

⁷⁰⁴ V. cap. 3, § 2 e cap. 4, § 1 e § 5.

Al fine di conseguire tale risultato le parti possono concordare l'esclusione di alcuni beni dall'oggetto della garanzia patrimoniale oppure, viceversa, indicare specificamente i beni su cui il creditore potrà agire esecutivamente.⁷⁰⁵

È con questo secondo postulato che dobbiamo ora confrontarci, il quale, a dire il vero, non ha attirato l'attenzione della dottrina tanto quanto il primo.⁷⁰⁶

All'apparenza sembrerebbe effettivamente di trovarsi dinnanzi a una verità evidente, posto che il secondo comma dell'art. 2740 c.c. non consente limitazioni della responsabilità patrimoniale se non nei casi espressamente stabiliti dalla legge.

L'autonomia privata si scontrerebbe, pertanto, con il limite insuperabile imposto dalla citata disposizione, tale per cui sarebbe vietata ogni deroga pattizia al principio di universalità della garanzia patrimoniale.⁷⁰⁷

Questo assunto riposa sulla presunta applicabilità dell'art. 2740, comma 2, c.c. a qualsiasi limitazione della responsabilità patrimoniale, ovvero tanto a quelle derivanti dalla costituzione di un patrimonio separato, tanto a quelle frutto di un accordo tra debitore e creditore.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ V. RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 8; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, op. cit., 510 ss.; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 49; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 43, il quale, in via esemplificativa, si riferisce al patto con cui si escluda dall'esecuzione forzata un certo immobile o un altro cespite del patrimonio del debitore. Per gli accordi sulla graduazione dei beni aggredibili è necessario fare un discorso a se stante. V. più approfonditamente *infra*.

⁷⁰⁶ Lo ricorda SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 93.

⁷⁰⁷ È di questa idea ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, op. cit., 509. Ha osservato in senso critico come questa sia stata la conclusione a cui è giunta quasi tutta la dottrina PORCELLI M., *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Collana dei maestri del diritto civile. Domenico Rubino. Interesse e rapporti giuridici*, I, a cura di Perlingeri e Polidori, Ed. scient. Napoletane, 2009, 619 ss.

⁷⁰⁸ Questa distinzione è stata efficacemente prospettata da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 25 ss., il quale ha messo in evidenza che pur essendo all'origine di entrambi i fenomeni il rapporto tra autonomia privata e responsabilità patrimoniale, essi devono, tuttavia, considerarsi profondamente distinti, proprio in considerazione del fatto che la separazione patrimoniale è opponibile a tutti i creditori, mentre le limitazioni frutto di accordo tra debitore e creditore vincolano solamente questi ultimi. Sul punto v. più approfonditamente *infra*, § 2.

In realtà la dottrina ha spesso omesso di considerare i tratti differenziali dei due diversi fenomeni, dando quasi per scontata la riferibilità del divieto espresso dall'art. 2740, comma 2., c.c. all'ampio *genus* delle limitazioni della garanzia patrimoniale.⁷⁰⁹

Ebbene, si avrà modo di constatare che vi sono fondati motivi per confutare anche questo secondo assioma: non prima, però, di aver illustrato quali sono le ragioni che hanno portato alla sua affermazione.

Salvo una voce rimasta a lungo isolata (⁷¹⁰), la dottrina che si è occupata delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore è sempre stata «compatta e lapidaria» nell'affermarne la nullità per contrarietà all'art. 2740 c.c.⁷¹¹

⁷⁰⁹ Lo ha rilevato ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 47 ss. e 174. Dello stesso autore v. anche *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 813 ss., dove ha affermato che nel panorama dottrinario manca un'indagine che si sia fatta carico di ricostruire separatamente il rapporto tra l'art. 2740 c.c. e, da una parte, le limitazioni con efficacia reale, dall'altra, quelle con efficacia meramente *inter partes*.

⁷¹⁰ Si tratta di RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 7 ss. Questa tesi è stata recentemente ripresa da PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 71 ss. e della stessa autrice v. anche *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 619 ss.

⁷¹¹ Così, in senso critico, SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 93. La tesi della nullità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale è sostenuta da NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 15 ss.; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 43 ss.; D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, op. cit., 438; GIORGIANNI M., *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, op. cit., 175; VOCINO C., *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, op. cit., 138-139; GENTILE F., *Il nuovo Codice civile commentato, Libro VI, della tutela dei diritti*, Napoli, 1958, 196; ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, op. cit., 509 ss., dello stesso autore v. anche ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. dir.*, op. cit., 1050 ss. e *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 250 ss.; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., 130 ss.; TUCCI G., *Responsabilità patrimoniale e cause di prelazione: disposizioni generali*, in *Casi e questioni di diritto privato, XIV, La tutela dei diritti*, a cura di Aa. Vv., Giuffrè, 1997, 130 ss.; LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 151; MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 8; LAPERTOSA F., *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 511; BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, 188; SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 12 ss.; IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 172 ss.; NERVI L., *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, op. cit., 58 ss.; DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 48 ss.; ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 30 ss.; MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, op. cit., 181; BIANCA C.M., *Diritto civile, Le garanzie reali e la prescrizione*, op. cit., 6 ss.; GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, op. cit., 1120.

Le argomentazioni addotte a sostegno di tale conclusione possono essere ricondotte, principalmente, a tre diversi filoni interpretativi.⁷¹²

Vi è stato chi ha ritenuto di poter rinvenire nell'art. 2740, comma 2, c.c. «un principio di *legalità* delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, in un suggestivo parallelismo con quello in tema di reati e di sanzioni penali».⁷¹³

Secondo questa dottrina, il legislatore avrebbe sottratto all'autonomia privata la materia delle restrizioni della responsabilità patrimoniale generica in ragione della «particolare meritevolezza che il Codice del 1942 conferisce all'interesse alla garanzia».⁷¹⁴

Non solo il divieto contenuto nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. funzionerebbe da supporto a tale interesse, ma esisterebbe un «principio di ordine pubblico alla conservazione di una adeguata garanzia generica», di cui sarebbero espressione molteplici disposizioni.⁷¹⁵ I patti di limitazione della responsabilità patrimoniale sarebbero, dunque, «negozi con causa illecita» perché contrari a tale principio.⁷¹⁶

Numerosi altri autori, sebbene attraverso sfumature differenti, hanno invocato la nullità di tali pattuizioni per contrarietà al principio di ordine pubblico espresso dall'art. 2740 c.c., la cui riferibilità a interessi sovra-individuali trarrebbe conferma dalla Relazione al Codice civile, dove si legge che il divieto contenuto nel suo secondo comma è stato dettato «nell'interesse del credito e dell'economia».⁷¹⁷

⁷¹² Cfr. le osservazioni critiche di ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 50, che ha affermato non esservi stata da parte della dottrina che si è occupata del tema una sicura indagine su «quello che viene presentato come un divieto angolare del nostro sistema giuridico che, se non addirittura autoevidente, è secondo la comune impostazione, sufficiente spiegare con il richiamo di nozioni generali».

⁷¹³ Così testualmente BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2° ed., 75 (il corsivo dell'autore).

⁷¹⁴ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2° ed., 131 ss.

⁷¹⁵ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2° ed., 132, secondo cui questo principio si esprimerebbe specificamente negli artt. 1186, 2900 e 2901 c.c.

⁷¹⁶ BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2° ed., *ibidem*: «i patti dovrebbero quindi essere considerati nulli o improduttivi di qualsiasi effetti giuridico».

⁷¹⁷ In proposito v. quanto già detto nel cap. 3, § 1.1. Ha richiamato il concetto di ordine pubblico PRATIS, C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 43, il quale ha affermato non solo che il principio di cui all'art. 2740 c.c. presenta tale carattere ed è inderogabile

Secondo una diversa tesi la ragione a sostegno della inammissibilità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale deve rinvenirsi, piuttosto, nella *ratio* del secondo comma dell'art. 2740 c.c., rispondente alla tutela del credito e, più specificamente, all'esigenza di «evitare che si vanifichi l'operatività di un fondamentale meccanismo di attuazione dei rapporti obbligatori», qual è, appunto, la garanzia patrimoniale generica.⁷¹⁸

dall'autonomia privata, ma anche che con esso si vuole impedire qualsiasi sottrazione di beni alla garanzia patrimoniale generica, eccezion fatta per le ipotesi previste dalle legge. Nello stesso senso v. anche D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, op. cit., 438, secondo cui è proprio il divieto contenuto nella seconda parte dell'art. 2740 c.c. a far ritenere che la prima parte rechi un principio di ordine pubblico. V. anche; SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 12 ss.; un accenno a tale profilo si rinviene anche in ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 511. Di connotazione pubblicistica della responsabilità patrimoniale ha parlato anche VOCINO C., *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, op. cit., 138-139. In proposito cfr. ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 51, il quale, pur riconoscendo che la relazione tra gli artt. 2740 e 2741 c.c. e l'interesse del credito e dell'economia è sottolineata nella Relazione n. 1124, afferma che la medesima relazione non dà alcuna indicazione utile al fine di stabilire quali siano le limitazioni della responsabilità patrimoniale ricomprese nel secondo comma dell'art. 2740 c.c.

⁷¹⁸ Così ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 508, che ha affermato la nullità di simili patti per contrasto con la norma imperativa *ex art. 2740*, comma 2, c.c. V. anche NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 11 ss., il quale ha rinvenuto nella responsabilità patrimoniale del debitore «l'indice decisivo che rivela la giuridicità del rapporto obbligatorio». È interessante osservare che nelle pagine dell'autore si legge che il divieto *ex art. 2740*, comma 2, c.c. è stato dettato con il preciso scopo di «vietare le limitazioni indirettamente derivanti dalla volontà del debitore», ma che abbia finito col «rendere contrarie alla legge anche le convenzioni dirette a determinare l'oggetto della responsabilità del debitore». Le pagine di Nicolò sembrano, così, offrire un primo spunto nel senso che il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale non è stato dettato specificamente con lo scopo di vietare anche quelle convenzionali. Sul punto v. più approfonditamente *infra*, § 2. BIANCA C.M., *Diritto civile, Le garanzie reali e la prescrizione*, op. cit., 6 ss., ha enfatizzato il fatto che la norma sulla responsabilità patrimoniale «esprime il principio di fondo dell'impegnatività giuridica dell'obbligazione». Da qui, secondo l'autore il suo carattere di ordine pubblico e il suo carattere imperativo «sugellato dal divieto di limitazioni della convenzionali». Questa tesi è condivisa anche da MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 8; DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 48 ss., il quale ha escluso la disponibilità sia dell'interesse alla garanzia generica sia delle forme della sua realizzazione. Secondo l'autore tutto ciò che concerne gli «atteggiamenti della responsabilità patrimoniale è indisponibile per le parti in quanto la responsabilità patrimoniale è connaturale all'obbligazione e le conferisce giuridicità». In direzione analoga si incontra anche la tesi sostenuta da BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, 188 e 246, dove l'autrice, nel negare che l'art. 2740 c.c. contenga un principio di ordine pubblico, ha chiarito che ciò non implica negare anche l'inderogabilità dello stesso ad opera dell'autonomia privata, poiché si tratta di due piani distinti.

Stando a tale impostazione, le pattuizioni volte a circoscrivere l'oggetto della responsabilità patrimoniale devono ritenersi vietate, poiché, se così non fosse, le parti rischierebbero di compromettere uno dei meccanismi essenziali per il funzionamento del rapporto obbligatorio.

Infine, vi è stato chi ha sostenuto che l'inammissibilità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale deriva non già da un principio di ordine pubblico, bensì dall'esigenza di salvaguardare la posizione dei creditori che intendono stipulare l'accordo, in ragione di una loro presunta «incapacità di addivenire ad una scelta consapevole».⁷¹⁹

Nel nostro ordinamento non vi sarebbe, dunque, alcuno spazio per gli accordi volti a delimitare l'oggetto della responsabilità patrimoniale.

Estranee al divieto di cui all'art. 2740, comma 2, c.c. sarebbero soltanto le pattuizioni sulla «graduazione temporale» dei beni soggetti a esecuzione, ovvero gli accordi con cui il debitore e il creditore convengono l'ordine dei beni da aggredire in caso di inadempimento.⁷²⁰

Effettivamente non vi sono difficoltà a riconoscere l'ammissibilità di simili patti, dal momento che essi non danno luogo ad alcuna limitazione della responsabilità patrimoniale e non si pongono in contrasto con il principio di universalità della stessa.⁷²¹

⁷¹⁹ Così IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 174. Non è, tuttavia, chiaro quale sia il fondamento della «incapacità dei singoli (o di certi creditori)» a cui si riferisce l'autrice. Cfr. anche NERVI L., *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, op. cit., 58 ss., contrario alle limitazioni negoziali della responsabilità patrimoniale del debitore, poiché «assottiglierebbero la tutela minima prevista in favore del ceto creditorio». Secondo l'autore sussisterebbe *ex art. 2740 c.c.* «una soglia minima (e inderogabile) di tutela del ceto creditorio», che solo l'ordinamento avrebbe il potere di restringere.

⁷²⁰ L'espressione tra virgolette è di SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 96. Contro l'ammissibilità di tali accordi si sono espressi soltanto DI FILIPPO A. - VIGNALE M.R., *La responsabilità patrimoniale – Privilegi – Pegno. Commento agli artt. 2740-2807 del Codice civile*, Roma, 1966, 10 ss., che ne hanno affermato l'illiceità. V. anche BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2°ed., il quale facendo leva sulla natura inderogabile dell'art. 2740, comma 2, c.c. e sulla rilevanza dell'interesse del creditore, che meriterebbe di essere protetto anche contro le sue disposizioni sulla garanzia generica, ha affermato che questi patti possono avere solamente efficacia obbligatoria, suscettibile di dare luogo al risarcimento del danno in favore del debitore in caso di violazione da parte del creditore.

⁷²¹ Lo dice chiaramente SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 61 ss., il quale ha evidenziato anche che un simile contratto può rispondere all'interesse del debitore

Il debitore, infatti, continua a rispondere del proprio inadempimento con l'intero suo patrimonio, posto che attraverso l'accordo non viene escluso alcun bene dalla garanzia patrimoniale generica, ma semplicemente viene fissato convenzionalmente l'ordine di esecuzione.⁷²²

Naturalmente, il patto vincolerà *ex art.* 1372 c.c. soltanto le parti contraenti, essendo, viceversa, del tutto indifferente per i creditori ad esso estranei.⁷²³

Nel quadro di opinioni così delineato, si incontra soltanto una voce, quella di Domenico Rubino, favorevole all'ammissibilità degli accordi volti a restringere l'oggetto della garanzia patrimoniale.⁷²⁴

Il punto di avvio della tesi di Rubino si innesta nel riconoscimento dell'essenzialità del fine della norma per determinare il suo ambito di applicazione. Secondo l'autore, lo scopo dell'art. 2740, comma 2, c.c. è quello

«a procedere su beni che appaiano da soli idonei a soddisfare il creditore, evitando il danno che deriva da un'esecuzione generale su tutti i beni aggredibili o proprio su quel bene specifico», senza, tuttavia, ridurre in alcun modo la tutela del creditore medesimo. A proposito della non riconducibilità di tali pattuizioni all'art. 2740, co. 2, c.c. v. anche ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 49. Ne riconoscono l'ammissibilità anche: ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 511, nt. 14, che trae un argomento a sostegno da tale conclusione dall'analogia con il *beneficium excussionis*, la cui pattuizione è riconosciuta lecita (arg. *ex art.* 1944 c.c.). Unica condizione della loro ammissibilità è che essi non pregiudichino o rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di credito. NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 15; PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti*, op. cit., 44, il quale a sostegno di tale conclusione richiamava anche l'art. 517 c.p.c. nella sua formulazione previgente, che consentiva al debitore di indicare le cose da sottoporre ad esecuzione. ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 30 ss.; LAPERTOSA F., *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 511; BIANCA C.M., *Diritto civile, Le garanzie reali e la prescrizione*, op. cit., 7-8; TUCCI G., *Responsabilità patrimoniale e cause di prelazione: disposizioni generali*, op. cit., 134; IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 174; DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 49, il quale ritiene ammissibili questi patti in quanto aventi per oggetto solamente «le modalità dell'azione esecutiva».

⁷²² Per le problematiche specificamente inerenti a questa tipologia di accordi, come la questione relativa alla necessità che la graduazione contempli fin dall'inizio beni di valore proporzionato al credito, v. dettagliatamente SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 63, il quale ritiene preferibile la soluzione che non impone tale astratta idoneità.

⁷²³ V. SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 67.

⁷²⁴ V. RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 7 ss., la cui tesi è stata positivamente rivalutata da V. SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 43 ss. e PORCELLI M., *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 622 ss. Favorevole all'ammissibilità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale sembra essere anche PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 29-30, che si è occupato, tuttavia, del problema solo indirettamente.

di «evitare che un soggetto – nella specie il debitore -, con un proprio atto unilaterale di volontà, determini effetti pregiudizievoli per altri soggetti, e precisamente limiti quella responsabilità che la legge dispone a favore dei suoi creditori».⁷²⁵

Individuata in questa specifica esigenza la ragione sottesa al divieto *ex art. 2740, comma 2, c.c.* non possono non essere estranee al suo ambito di applicazione – si conclude - le limitazioni di responsabilità frutto di un accordo tra debitore e creditore.⁷²⁶

Nonostante Rubino ritenga tali pattuizioni pienamente ammissibili, vi attribuisce, tuttavia, efficacia meramente obbligatoria.

In virtù dell'accordo nascerebbe in capo al creditore un'obbligazione negativa, la cui violazione determinerebbe solamente l'obbligo di risarcimento del danno subito dal debitore, ma non anche la possibilità per costui di impedire che l'esecuzione abbia luogo sui beni convenzionalmente esclusi dalla garanzia.⁷²⁷

Come già anticipato, questa tesi è rimasta a lungo isolata ed è stata ampiamente contestata dalla dottrina maggioritaria. Tuttavia, recentemente, alcuni autori sono tornati a guardare con favore agli accordi di limitazione della responsabilità patrimoniale.⁷²⁸

⁷²⁵ Così testualmente RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 7-8.

⁷²⁶ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., op. cit., 8. V. PORCELLI M., *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 623, la quale ha puntualmente osservato che Rubino «ricondece la non operatività della previsione restrittiva ad un'assenza di una causa giustificatrice».

⁷²⁷ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., op. cit., *ibidem*, il quale precisava che l'accordo non determinava «una parziale scomparsa di quello stato di soggezione in cui versa il debitore e una parziale perdita dell'azione esecutiva per il creditore». In questo senso si è espresso anche PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 29-30, spec. nota 101. Con riferimento al profilo dell'efficacia di tali pattuizioni v. più approfonditamente *infra*, § 2.

⁷²⁸ Si allude a SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 94 ss. e dello stesso autore v. anche *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 41 ss.; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 72; DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op. cit., 1280; PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 197 ss. della stessa autrice v. anche e *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 630 ss., dove ha affermato che posto, che ad

In particolare, vi è stato chi ha proposto una lettura del divieto contenuto nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. maggiormente «aderente alla funzione cui la disposizione è diretta».⁷²⁹ Essa consisterebbe nell'esigenza di protezione del creditore contro i comportamenti posti in essere dal debitore a suo danno e non in quella di vietargli qualsiasi accordo che potrebbe rivelarsi utile per la realizzazione coattiva del credito.⁷³⁰

Una volta individuato l'interesse protetto dalla norma, questa dottrina è giunta alla conclusione che certamente devono ritenersi contrari al divieto *ex* art. 2740, comma 2, c.c. gli atti unilaterali del debitore diretti a limitare la responsabilità patrimoniale.⁷³¹

Per quanto riguarda, invece, le limitazioni convenzionali sarebbe necessario operare una distinzione sulla base degli interessi che le parti intendono realizzare tramite l'accordo.⁷³²

oggi la lettura congiunta degli artt. 2740 e 2645 *ter* c.c. consente alle parti di dare vita a negozi di destinazione tutte le volte che interessi meritevoli di tutela lo giustifichino, il divieto delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale costituirebbe un ingiustificato limite dell'autonomia privata. Non si ritiene, pienamente, condivisibile questa tesi poiché i fenomeni della separazione patrimoniale e quello delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale sono profondamente diversi tra loro, sicché il mutato atteggiamento dell'ordinamento nei confronti del primo non basta da solo a giustificare l'ammissibilità del secondo.

⁷²⁹ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 52-53.

⁷³⁰ È la tesi di SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., *ibidem*. Dello stesso autore v. anche *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 97, dove egli afferma che «l'interesse che la disposizione protegge è quello del creditore, a che non trovino protezione comportamenti del debitore diretti a diminuire la consistenza del proprio patrimonio a suo danno, non quello astratto contro i patti sulla responsabilità» e critica la dottrina maggioritaria per aver desunto il divieto di tali patti dalla tassatività delle limitazioni della responsabilità e non dalla individuazione dell'interesse protetto. Analoga critica è stata mossa anche da PORCELLI M., *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 633.

⁷³¹ SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 53 e dello stesso autore v. anche *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 94.

⁷³² Lo dice chiaramente SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 44, il quale precisa che il punto centrale per decidere dell'ammissibilità di tali patti non riguarda la loro rilevanza economica generale, ma quella individuale. Dal momento che si tratta di un contratto atipico, ai fini della loro validità deve sussistere è un interesse meritevole di tutela di entrambe le parti *ex* art. 1322. V. anche *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., *ibidem*, dove egli afferma la necessità di ripensare con attenzione al divieto *ex* art. 2740 c.c. «quando con questo si voglia impedire la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (art. 1322 c.c.) che si soddisfino pur tramite una limitazione di responsabilità del debitore».

Tali pattuizioni dovrebbero ritenersi pienamente ammissibili ogni qualvolta rispondano all'interesse del debitore a circoscrivere l'oggetto della garanzia patrimoniale e a quello del creditore a ottenere in cambio la concessione di un beneficio per la realizzazione del proprio credito, quale potrebbe essere, in via esemplificativa, la concessione di un diritto reale di garanzia.⁷³³

In altre parole, stando a questa tesi, sarebbero estranei all'ambito di applicazione dell'art. 2740, comma 2, c.c. non tutti i patti tra debitore e creditore, ma solamente quelli da cui risulti «la razionalità della limitazione di responsabilità in quanto controbilanciata da altra risorsa che giunge al creditore e che altrimenti egli non riceverebbe».⁷³⁴

Interessanti spunti per il prosieguo della nostra indagine sono offerti dalla dottrina che si è occupata delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale durante il vigore del Codice civile del 1865.

È noto che l'art. 1948 non conteneva alcuna disposizione analoga a quella prevista dal secondo comma dell'art. 2740.⁷³⁵

Pur nel silenzio normativo, la dottrina aveva operato una netta distinzione tra le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale e quelle derivanti dalla nascita di un patrimonio separato.⁷³⁶

⁷³³ Così SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 44 ss., il quale a titolo esemplificativo fa riferimento al caso in cui il debitore ottenga l'impegno a non aggredire alcuni beni in cambio della garanzia che faccia prestare da un terzo a favore del creditore oppure all'accordo con cui il debitore assoggetti a pegno alcuni beni, in cambio della rinuncia a qualsiasi azione su altri beni. Il punto centrale della tesi di Sicchiero ruota intorno alla meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti tramite l'accordo - che nelle ipotesi descritte egli ritiene perfettamente evidente - e al concetto di scambio. Il cuore del problema viene individuato dall'autore nella aleatorietà insita a simili patti, dal momento che essi pongono a carico del creditore il rischio della inidoneità dei beni assoggettabili ad esecuzione a soddisfare il suo credito. Ebbene, secondo l'autore, considerando che l'ordinamento ammette scambi connaturati da aleatorietà, «non vi è ragione per negare solo in questa ipotesi ciò che si ammette senza difficoltà, ad es., nella vendita» (v. spec. pag. 51 ss.).

⁷³⁴ SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, op. cit., 103.

⁷³⁵ In proposito si rinvia al cap. 1, § 1 e al cap. 3, § 1.1.

⁷³⁶ V. FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 873 ss.; GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 735 ss.; BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*, Napoli, 1924, 7 e 43 ss. Cfr. anche l'analisi delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale nel vigore del Codice

Numerosi autori convenivano nell'affermare che il fenomeno della separazione patrimoniale poteva trovare spazio solamente nelle ipotesi previste dalla legge, dal momento che esso avrebbe determinato la sottrazione di alcuni beni facenti parte della garanzia generica, e perciò destinata a operare nei confronti di tutti i creditori.⁷³⁷

Al contrario, erano giudicate pienamente ammissibili le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale, «in omaggio alla libertà che domina la materia contrattuale».⁷³⁸

Questa conclusione traeva giustificazione dal rilievo che il principio del pegno generico, di cui era espressione l'art. 1948, non era da considerarsi «di ordine pubblico al punto da impedire una deroga espressamente consentita con pieno accordo delle parti».⁷³⁹

del '65 svolta da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 54 ss.

⁷³⁷ GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., 798, nota 1, dove si legge che la costituzione di un patrimonio separato può avvenire solamente nei casi e con le forme di pubblicità e gestione che solamente la legge può stabilire. In questo senso si era espresso già FERRARA F., *Patrimoni sotto amministrazione*, op. cit., 324 e *Trattato di diritto civile*, op. cit., 875; BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*, op. cit., 7; SRAFFA A. – BONFANTE P., *Società anonime in fraudem legis?*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 649 ss. Cfr. anche RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 7 ss., secondo cui il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore esisteva già durante il vigore del Codice del 1865, anche se non era enunciato espressamente. Nello stesso senso v. anche BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, op. cit., 147 ss. Ad un risultato analogo è giunta anche quella parte della dottrina francese che, sebbene l'art. 2092 del *Code civil*, non preveda espressamente alcun divieto per la costituzione dei patrimoni separati, ha affermato che ciò può avvenire solo quando consentito dalla legge. V. in proposito la dottrina citata nella nt. 327.

⁷³⁸ Così BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*, op. cit., 44, il quale riconosceva la validità di simili pattuizioni perché non vietate dalla legge e perché gli unici limiti alla libertà contrattuale derivano «dall'ordine pubblico, dal buon costume e dalle leggi proibitive». V. anche GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., 797 ss., secondo cui il significato degli artt. 1948 e 1949 non poteva intendersi come «proibizione di operare e contrattare in regime di responsabilità limitata». Secondo l'autore il presupposto per l'operatività dell'art. 1948 era che il debitore fosse già obbligato senza aver pattuito limitazioni: «la lettera della legge lascia impregiudicata la questione se esse – le obbligazioni- possano sorgere in regime di limitazione, se cioè nel costituire l'obbligazione creditori e debitori possono concordare un diverso regime di responsabilità patrimoniale». Favorevoli a tali patti erano anche: FADDA C. – BENZA P.E., *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, op. cit., 486; FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 873.

⁷³⁹ Così testualmente BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*, op. cit., 43.

La ragione del differente trattamento riservato a tali accordi rispetto al fenomeno della separazione patrimoniale veniva identificata nella diversità degli effetti da essi derivanti: tali convenzioni riguardavano soltanto i rapporti tra le parti contraenti, cosicché i beni eccettuati dall'esecuzione non cessavano «di far parte del pegno generico in favore di tutti gli altri creditori».⁷⁴⁰

È evidente che l'ammissibilità delle convenzioni volte a circoscrivere l'oggetto della responsabilità patrimoniale era affermata non perché non vi fosse alcuna norma analoga all'attuale art. 2740, comma 2, c.c. (tanto è vero che, pur nel silenzio normativo, la separazione patrimoniale era reputata ammissibile solo nei casi previsti dalla legge), ma perché non veniva attribuito il rango di principio di ordine pubblico alla regola espressa dall'art. 1948 e perché venivano enfatizzate le differenti caratteristiche dei due fenomeni.⁷⁴¹

Un profilo discusso era, invece, quello relativo all'efficacia delle pattuizioni in esame: accanto a chi le riteneva capaci di «limitare e localizzare la responsabilità sui beni pattuiti»,⁷⁴² vi era chi, al contrario, sosteneva fossero dotate solamente di efficacia obbligatoria.⁷⁴³

⁷⁴⁰ BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*, op. cit., 43-44, il quale ha precisato anche che il creditore consenziente alla limitazione della responsabilità non ha alcun diritto di esigere che gli sia riservata l'esecuzione sui beni non eccettuati. V. anche GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., 798, nota 1.

⁷⁴¹ Che al principio espresso dall'art. 1948 non fosse attribuita la medesima connotazione pubblicistica riconosciuta dalla dottrina successiva all'art. 2740 c.c. è rilevato da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 56. Pur giungendo a diverse conclusioni lo rileva anche SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, op. cit., 12.

⁷⁴² GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., *ibidem*, secondo cui questo effetto deriva non tanto dalla rinuncia in parte del creditore al diritto reale sul patrimonio del debitore, ma dal fatto che la convenzione precede il sorgere dell'obbligazione, sicché il diritto di apprensione dell'intero patrimonio del debitore non sorge nemmeno.

⁷⁴³ FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 873, che a sostegno di tale conclusione richiamava la natura pubblicistica della responsabilità patrimoniale, «che come esercizio di potestà pubblica in difesa dei privati, non può essere fuorviata dal suo corso». In caso di violazione del patto da parte del creditore il debitore avrebbe avuto diritto solo al risarcimento del danno.

2.- *Una diversa interpretazione dell'art. 2740, comma 2, c.c.: le ragioni a favore dell'ammissibilità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale con efficacia inter partes.*

Il tratto comune alle tesi che negano l'ammissibilità degli accordi volti a circoscrivere l'oggetto della responsabilità patrimoniale si identifica nella loro presunta riconducibilità all'ambito di applicazione dell'art. 2740, comma 2, c.c., al pari del fenomeno della separazione patrimoniale.

L'errore di fondo sotteso a questa impostazione consiste proprio nell'aver dato per certa la riferibilità dell'art. 2740, comma 2, c.c. a qualsiasi limitazione della responsabilità patrimoniale, omettendo di considerare che accordi di circoscrizione del suo oggetto e patrimoni separati sono fenomeni profondamenti diversi tra loro per presupposti ed effetti.⁷⁴⁴

L'eterogeneità delle due fattispecie si coglie, inoltre, sotto un diverso profilo. Parte della dottrina ha osservato che le problematiche inerenti alle limitazioni della responsabilità patrimoniale con efficacia *erga omnes* e *inter partes* si sono sviluppate attraverso percorsi dogmaticamente indipendenti, «connessi, rispettivamente, al concetto di patrimonio e alla teorica dell'obbligazione».⁷⁴⁵

È nell'ambito di questo specifico percorso che è possibile individuare la ragione storica che ha portato all'affermazione del dogma della nullità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale.

La dottrina a cui ci siamo appena riferiti ha messo in evidenza che l'idea della connotazione pubblicistica della responsabilità patrimoniale,

⁷⁴⁴ V. ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 207, secondo cui questo è in via apicale l'errore di prospettiva in cui è caduta la dottrina maggioritaria. L'autore parla di «miope assimilazione» di fenomeni tra loro distinti. La differenza tra i due fenomeni è colta perfettamente da PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., nt. 100 e 101.

⁷⁴⁵ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., *ibidem.*, il quale precisa che mentre il fenomeno della separazione patrimoniale si afferma agli inizi del XX secolo, a seguito della messa in discussione del dogma di unicità e indivisibilità del patrimonio, il dogma del divieto delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale si colloca all'interno della dialettica sviluppatasi tra il XIX e il XX secolo intorno alla teoria dell'obbligazione.

tradizionalmente invocata come ostacolo insuperabile per l'ammissibilità delle sue limitazioni convenzionali, ha avuto origine nella fase in cui tale istituto veniva concepito come uno strumento di natura esclusivamente processuale, al punto tale da identificarsi nell'azione esecutiva.⁷⁴⁶

Appare chiaro e perfettamente coerente che in questo quadro non poteva esservi alcuno spazio per l'autonomia privata nell'ambito della responsabilità patrimoniale, dal momento che essa era intesa quale soggezione non già all'azione del creditore, ma al poter pubblico dello Stato.⁷⁴⁷

Il rilievo critico mosso alle teorie che hanno affermato la nullità delle limitazioni convenzionali della garanzia patrimoniale in ragione della sua connotazione pubblicistica, è quello di aver continuato a invocare tale caratteristica nonostante essa fosse stata «recuperata dal terreno processuale e ricondotta dentro il diritto privato», trattandosi di un elemento certamente estraneo alla struttura dell'obbligazione, ma ad essa strumentale.⁷⁴⁸

Posto che il dogma della nullità delle pattuizioni tra creditore e debitore dirette a circoscrivere l'oggetto della garanzia patrimoniale trae origine dalla

⁷⁴⁶ V. la dettagliata analisi di ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 60 ss. Con riferimento al problema della collocazione della responsabilità patrimoniale rispetto alla struttura dell'obbligazione e allo sviluppo della teoria processualistica della responsabilità patrimoniale, quale reazione alla teoria del debito e della responsabilità, si rinvia al cap. I, paragrafi 2, 2.1. e 2.2.

⁷⁴⁷ Il principale fautore della tesi che vede la responsabilità patrimoniale confinata nel terreno del diritto pubblico è CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, op. cit., 323 ss. Con riferimento all'idea che il creditore vanta il diritto alla realizzazione del proprio credito in via coattiva verso lo Stato, di cui ha diritto di pretendere l'intervento, e non verso il debitore v. quanto affermato nella nota 103 del cap. 1. In proposito cfr. anche l'analisi di ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 64 ss. e la dottrina citata dall'autore nella nota 173, il quale conclude nel senso che «in questo clima culturale è evidente che la materia della responsabilità patrimoniale ed in particolare delle limitazioni convenzionali della stessa si sottraggono all'autonomia privata, posta la nullità di un atto volto a regolare un rapporto di diritto pubblico che non è più fra le parti ma fra le parti e lo stato».

⁷⁴⁸ Così ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 70 ss., ha osservato criticamente che l'idea della connotazione pubblicistica è rimasta intatta nel pensiero giuridico, nonostante essa non potesse più fondarsi «sul richiamo di un rapporto di diritto processuale pubblico». Per quanto riguarda il superamento della teoria processualistica dell'obbligazione e l'affermazione della diversa teoria che vede nella responsabilità patrimoniale un elemento di diritto sostanziale, legato all'obbligazione da un rapporto strumentale si rinvia al cap. 1, § 2.1 e specialmente § 2.2. (v. in particolare la dottrina citata nelle nt.78, 121, 123, 124).

concezione processualistica di questo istituto, «sfugge la comprensione del mantenimento di un siffatto divieto una volta riaffermato il carattere materiale dell'art. 2740 c.c.».⁷⁴⁹

Ciò risulta ancor più evidente non appena si consideri che questi accordi incidono solamente sul rapporto di responsabilità-garanzia, sostanziandosi in un atto di disposizione del diritto potestativo del creditore alla garanzia patrimoniale generica.⁷⁵⁰

Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale costituiscono, dunque, una manifestazione dell'autonomia privata con cui si dispone non dell'azione esecutiva, bensì della posizione sostanziale spettante al creditore, conclusione prospettata, del resto, già dalla dottrina che si era occupata del problema durante il vigore del Codice civile del 1865.⁷⁵¹

⁷⁴⁹ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., *ibidem*, secondo cui «il dogma della nullità degli atti di autonomia privata diretti a modificare lo statuto della responsabilità patrimoniale» è maturato in ragione della suggestione esercitata dalla dottrina processualistica. Egli osserva criticamente che mentre per questa teoria il divieto di interferire con il regime della responsabilità patrimoniale era una logica conseguenza delle premesse, non lo è una volta riconosciuto che la responsabilità patrimoniale riguarda non i rapporti tra le parti e lo Stato, bensì tra le parti medesime. «L'opinione comune della indisponibilità della responsabilità patrimoniale trova la sua ragione storica nel passivo recepimento delle conclusioni a cui era giunta la dottrina processualistica, nonostante il recupero dell'art. 2740 c.c. fra le norme del diritto sostanziale».

⁷⁵⁰ Per l'identificazione della posizione giuridica del creditore in un diritto potestativo a che il debitore non alteri la consistenza del patrimonio v. quanto affermato nel cap. 2, § 3. Che le limitazioni di cui si discute consistano in un atto di disposizione di tale diritto del creditore è riconosciuto da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 181 ss., il quale ha posto l'accento sul fatto che, proprio perché dalla responsabilità patrimoniale discende un rapporto potestativo tra debitore e creditore esterno e autonomo al rapporto obbligatorio, operante sul piano del diritto sostanziale, ciò di cui si dispone mediante la limitazione convenzionale è l'oggetto della responsabilità patrimoniale alla soddisfazione della pretesa creditoria. Di disponibilità del diritto del creditore alla consistenza del patrimonio del debitore ha parlato anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 41 ss. Cfr. DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op. cit., 1280 ss., che sembra, invece, guardare ai patti in esame come a un atto di disposizione del creditore del diritto di credito.

⁷⁵¹ V. GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., 799, il quale, sebbene entro una prospettiva peculiare, derivante dalla adesione alla teoria del debito e della responsabilità, sosteneva che considerare le deroghe pattizie all'art. 1948 come una rinuncia all'azione esecutiva avrebbe dato luogo ad una confusione di concetti: «l'azione esecutiva presuppone il sorgere del credito, l'esistenza dell'obbligazione, nel suo contenuto o nei suoi limiti da cui dipende; infatti è l'azione esecutiva che si deve adattare all'obbligazione». V. anche BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*,

Chiarito che, attraverso tali pattuizioni il creditore dispone di una propria situazione giuridica sostanziale, per negare la loro ammissibilità non potrebbe invocarsi l'indisponibilità di tale diritto in ragione dell'essenzialità della responsabilità patrimoniale per il corretto funzionamento del rapporto obbligatorio.⁷⁵²

Non si discute, infatti, della possibilità per il creditore di rinunciare alla responsabilità patrimoniale, cosa certamente inammissibile, perché porterebbe a rimettere la realizzazione del credito al mero arbitrio del debitore.⁷⁵³

La finalità dei patti in esame non è quella di svincolare il debitore dalla responsabilità patrimoniale, ma soltanto quella di ridurre l'estensione quantitativa della garanzia, poiché il patrimonio a disposizione del creditore per soddisfare coattivamente le proprie pretese sarà composto solamente dai beni rispetto ai quali la responsabilità non è stata esclusa.⁷⁵⁴

op. cit., 43 ss. Nel panorama dottrinale attuale v. ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 182: «una limitazione della responsabilità patrimoniale deve essere intesa come un fenomeno parzialmente abdicativo non dell'azione esecutiva, bensì di quella situazione giuridica sostanziale del creditore individuabile nella nozione di garanzia generica». Lo stesso NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, op. cit., 15, che pur sosteneva la nullità di tali pattuizioni, riconosceva che «se l'attuazione della responsabilità è un tipico momento processuale, invece la determinazione dell'oggetto della responsabilità e le eventuali limitazioni o attenuazioni dell'oggetto medesimo, rientrano nella sfera del diritto sostanziale». *Contra* RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 12; FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 873, secondo i quali l'efficacia meramente obbligatoria delle limitazioni convenzionali deriverebbe proprio dall'impossibilità per il creditore di rinunciare all'azione esecutiva.

⁷⁵² Lo sostiene, invece, DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, op. cit., 48, il quale a sostegno dell'indisponibilità del rimedio della responsabilità patrimoniale, invoca il suo carattere connaturale rispetto al rapporto obbligatorio. Secondo l'autore è indisponibile non solo l'interesse alla garanzia generica, ma anche «le forme della sua realizzazione, quanto ai beni in essa compresi». Sostiene che il diritto alla garanzia generica del creditore sui beni del proprio debitore è irrinunciabile anche BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., 2^o ed., op. cit.; 130 ss.

⁷⁵³ Lo rileva SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 42. Ad analoghe conclusioni è giunta anche THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, op. cit., 78. Nello stesso senso v. anche v. DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op. cit., 1281, il quale afferma chiaramente che non è in questione «l'irresponsabilità del debitore, la quale, per altro, farebbe slittare il rapporto dal campo giuridico a quello della socialità». A proposito dell'importanza della responsabilità patrimoniale per il funzionamento del rapporto obbligatorio si rinvia a quanto affermato nel cap. 1, § 1 e § 2.2.

⁷⁵⁴ V. DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op. cit., *ibidem*, che ha individuato l'effetto dei patti in esame nella «perimetrazione della responsabilità del debitore». Nello

Non sembrano esservi ragioni per negare al creditore la possibilità di disporre del suo diritto potestativo alla garanzia patrimoniale generica, dal momento che, ai fini della soddisfazione coattiva, «ciò che importa non è sacrificando quali beni del debitore si ottenga il denaro, ma che si ottenga il denaro stesso».⁷⁵⁵

Appurato che la disponibilità del diritto del creditore nei termini appena descritti non è incompatibile con il ruolo essenziale svolto dalla responsabilità patrimoniale rispetto al funzionamento del rapporto obbligatorio, si tratta ora di

stesso senso v. anche SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 44; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 182 ss., il quale osserva che attraverso l'atto di disposizione del rapporto di responsabilità le parti «comprimono l'oggetto potenziale della responsabilità patrimoniale». Sulla base di queste premesse l'autore afferma l'impossibilità di sollevare alcuna obiezione circa l'esistenza di «un diritto (il diritto di credito) sprovvisto di azione (l'azione esecutiva), ma più semplicemente si avrà un diritto di credito a cui è strumentalmente connesso un rapporto sostanziale (quello di responsabilità) la cui estensione quantitativa è stata convenzionalmente ridotta: su questa nuova dimensione sarà esercitata un'azione, preventiva o esecutiva, della garanzia generica». È interessante osservare che simili conclusioni sono prospettate anche dalla dottrina che si è occupata del tema con riferimento al *Code civil* del Québec, il quale all'art. 2645 consente espressamente le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale. V. al riguardo BOODMAN M., BRIERLEY J.E.C., RODERICK A. MACDONALD, *Quebec Civil Law: an Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, 1993, 594-595.

⁷⁵⁵ Lo dice chiaramente SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 43. Riconosciuta l'ammissibilità di tali pattuizioni, l'autore osserva che il vero ostacolo per la loro validità sorge solo nelle ipotesi in cui l'esclusione di una parte del patrimonio dall'esecuzione «celi nella sostanza una liberazione dalla responsabilità patrimoniale», il che accade quando «risulti l'inconsistenza o l'assoluta marginalità rispetto al debito» della parte di patrimonio che rimane a disposizione del creditore in forza dell'accordo (v. spec. pag. 52 ss.). Cfr. anche DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op. cit., *ibidem*, il quale, pur essendo favorevole all'ammissibilità delle limitazioni convenzionali della responsabilità, ha affermato non essere sempre facile individuare «la linea di demarcazione tra irresponsabilità e perimetrazione della responsabilità patrimoniale del debitore (..) Ma forse non mancano i criteri per tracciare il confine in modo appagante. Un criterio (..) potrebbe essere quello suggerito dall'art. 2965: l'accordo è impegnativo nei limiti in cui non renda eccessivamente difficile l'esercizio del credito». Spunti in favore dell'ammissibilità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale sono offerti anche da SACCO R., *Il potere di procedere in via surrogatoria*, op. cit., 84, secondo cui «il concetto basilare della responsabilità patrimoniale del debitore è perfettamente compatibile con una delimitazione massima o minima (quantitativa, qualitativa e cronologica) dell'ambito dei beni coinvolti in questa responsabilità». Anzi, secondo l'autore, la formulazione dell'art. 2740 c.c. è inidonea a risolvere questi problemi relativi all'oggetto della responsabilità. Anche secondo GRAZIADEI M., voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Dig. Disc. priv.*, Sez. comm., Vol. XVI, Utet, 1999, 256 ss., (v. spec. 265), l'art. 2740 c.c. è neutro rispetto all'individuazione dei beni su cui i creditori hanno diritto di soddisfarsi.

valutare l'ammissibilità degli accordi in esame in relazione al principio di tipicità delle sue limitazioni *ex art. 2740, comma 2, c.c.*

Sembrano esservi fondati motivi per affermare che tali pattuizioni sono estranee al divieto espresso dalla citata disposizione.

Ciò risulta evidente non appena, seguendo l'insegnamento di Rubino, si concentri l'attenzione sullo scopo della norma al fine di delimitarne l'ambito di applicazione. Come si è avuto modo di constatare nel corso del presente lavoro, il fondamento delle regole di universalità della responsabilità patrimoniale e di tipicità delle sue limitazioni deve attualmente individuarsi nel principio di affidamento del ceto creditorio.⁷⁵⁶

Lo scopo del secondo comma dell'art. 2740 c.c. non è tanto quello di porre divieti all'autonomia privata, come pure è stato sostenuto,⁷⁵⁷ ma piuttosto di assicurare che i creditori siano informati della reale situazione in cui versa il patrimonio del debitore e, specificamente, della "sottrazione" di taluni beni alla garanzia patrimoniale generica derivante dall'esistenza di un fenomeno di separazione patrimoniale.⁷⁵⁸

La necessità dell'intervento del legislatore per la costituzione dei patrimoni separati si è visto essere giustificata da una duplice esigenza: quella di salvaguardare il corretto bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nel sistema della responsabilità patrimoniale, ma, soprattutto, quella di garantire una adeguata pubblicità del fenomeno della separazione patrimoniale, dal momento che i suoi effetti si producono *erga omnes*.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ V. in proposito il cap. 4, § 5.

⁷⁵⁷ Così ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 510, il quale afferma che la «concreta efficacia della norma in commento consiste nel porre dei limiti all'autonomia privata; nel vietare tutte le operazioni volte a derogare al principio di responsabilità illimitata del debitore, al di là del numero (chiuso) delle fattispecie in cui tale deroga sia legalmente sancita».

⁷⁵⁸ Lo sostengono BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, op. cit., 197 ss.; DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, op. cit., 1278 ss. Il nesso esistente tra principio di tipicità dei patrimoni separati e principio di affidamento del creditore era già stato messo in evidenza da PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., 29. In relazione al principio dell'affidamento come nuovo fondamento dell'art. 2740 c.c. v. più dettagliatamente cap. 4, § 5.

⁷⁵⁹ Questo ultimo aspetto era stato colto già da GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., 798, nota 1.

Nessuna di queste esigenze sembra venire in rilievo in relazione alle limitazioni convenzionali della garanzia patrimoniale.

L'accordo tra debitore e creditore non determina, infatti, la costituzione di una massa patrimoniale separata. I beni esclusi dalla garanzia per il tramite della convenzione continuano a far parte del patrimonio del debitore e rimangono, quindi, a disposizione dei creditori estranei alla pattuizione, tanto più che il creditore che ne è parte certamente non acquista il diritto a che l'esecuzione sui beni non eccettuati dalla garanzia sia a lui riservata.⁷⁶⁰

Non essendovi, dunque, alcun coinvolgimento della sfera giuridica dei terzi creditori, il problema della tutela del loro affidamento, a cui risponde il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale sancito dal secondo comma dell'art. 2740 c.c., non sorge nemmeno.

Certamente questa esigenza non si pone neppure in relazione al creditore parte dell'accordo: è il creditore stesso che al momento della stipulazione della convenzione, disponendo del suo diritto alla consistenza del patrimonio del debitore, circoscrive il proprio affidamento a determinati beni per la realizzazione coattiva del credito.

Si ritiene, pertanto, di poter affermare che le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale sono estranee all'ambito di applicazione dell'art. 2740, comma 2, c.c. poiché rispetto ad esse non vi è la necessità che sia la legge a tutelare il creditore, provvedendo egli stesso a salvaguardare la propria posizione e il proprio affidamento sul patrimonio del debitore tramite la stipulazione dell'accordo.⁷⁶¹

⁷⁶⁰ Durante il vigore del Codice del 1865, lo rilevavano BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*, op. cit., 43-44; GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., *ibidem*; FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 877, nota 1. Nel panorama dottrinale attuale questi aspetti sono valorizzati da ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 47 ss.

⁷⁶¹ Sebbene non affermi espressamente l'estraneità delle limitazioni convenzionali all'ambito di applicazione dell'art. 2740, comma 2, c.c. cfr. gli spunti offerti da DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, op. cit., 1281, secondo cui negando al creditore la disponibilità del suo diritto di credito si finisce per operare una sostituzione di giudizio: «si tutela il creditore nei confronti di se stesso, nei confronti degli atti dal medesimo compiuti, il tutto nella convinzione che tali atti contrastino con il suo interesse». Già BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di*

Non sembra che contro tale ricostruzione possa invocarsi l'attinenza all'ordine pubblico economico del principio espresso dal primo comma dell'art. 2740 c.c.

Contro tale obiezione depone non soltanto il fatto che detto principio non può più considerarsi attinente all'ordine pubblico per le ragioni precedentemente illustrate,⁷⁶² ma soprattutto il rilievo, prospettato da attenta dottrina, secondo cui le pattuizioni in esame non pongono «alcun problema di tutela generale dell'economia», dal momento che esse non costituiscono una rinuncia alla responsabilità patrimoniale, bensì una regolamentazione della stessa.⁷⁶³

È senz'altro vero che la *ratio* sottesa al principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale non si esaurisce nell'esigenza di tutela del credito, spiegandosi anche alla luce di ragioni sistematiche. Tuttavia, ciò costituisce un ulteriore e inequivocabile indice del fatto che esso riguarda soltanto le limitazioni della responsabilità dotate di efficacia *erga omnes*.⁷⁶⁴

prelazione del credito in generale, op. cit., 44, osservava che se anche il creditore a seguito della stipulazione del patto si fosse venuto a trovare in una «condizione di inferiorità», non avendo un diritto «esclusivo» sui beni non eccettuati dalla garanzia, «esso dovrebbe imputare esclusivamente a se stesso i dannosi effetti della sua condiscendenza». Cfr., anche se in una diversa prospettiva, RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., 8.

⁷⁶² Sul punto v. specificamente cap. 4, § 5, nt. 657-658.

⁷⁶³ Lo ha rilevato SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 44, il quale riconosce che la stessa Relazione n. 1124 al Codice civile precisa che il secondo comma dell'art. 2740 c.c. è dettato a tutela del credito e dell'economia, ma osserva che un problema di compatibilità con gli interessi dei creditori e dell'economia si pone, in realtà, solamente in relazione alle forme unilaterali di riduzione della responsabilità, «essendo in tali ipotesi l'adempimento rimesso alla sola buona volontà del creditore». Tale problema non si pone rispetto alle limitazioni convenzionali, sia perché si tratta di «accordi occasionali che ben difficilmente potrebbero colpire addirittura l'economia nazionale» sia perché trattandosi solo di una regolamentazione della responsabilità, esse hanno rilevanza individuale e non economico-generale.

⁷⁶⁴ Lo sostiene ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 43 ss., il quale, partendo dalla considerazione che l'esclusività della fonte legale ai fini dell'effetto separativo era affermata già durante il vigore del Codice del 1865, pur nell'assenza di una espressa previsione normativa, afferma che il fondamento del principio della riserva di legge relativa al fenomeno della separazione patrimoniale deve essere cercato «oltre l'opzione di politica legislativa esercitata con l'introduzione dell'art. 2740 c.c.» e, specificamente, «nella coerenza complessiva del sistema». Per queste ragioni, secondo l'autore, è necessario spostare la riflessione dall'ottica della tutela del credito - (esigenza che sarebbe soddisfatta dal primo comma dell'art. 2740 c.c. insieme al rimedio dell'azione revocatoria, essendo, invece, estranea alla *ratio* dell'art. 2740, comma 2, c.c.) - al piano generale

Parte della dottrina, nell'individuare il fondamento della riserva di legge di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., ha osservato che tale disposizione deve considerarsi «una norma di chiusura del sistema votato al principio di tipicità degli atti opponibili ai terzi».⁷⁶⁵

Questa dottrina è giunta a tale conclusione partendo dalla constatazione che, mentre l'autonomia privata è libera di dare vita ad atti negoziali dotati di efficacia obbligatoria, con il solo limite della meritevolezza dell'interesse perseguito *ex art.* 1322, comma 2, c.c., al contrario, con riferimento al piano dell'efficacia reale vige un generale principio di tipicità, posto che all'autonomia negoziale non è data la facoltà di introdurre figure diverse da quelle espressamente previste dal legislatore.⁷⁶⁶

La riserva di legge contenuta nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. sarebbe, dunque, espressione del «principio della tipicità delle forme di

dell'efficacia reale, intesa come opponibilità *erga omnes* dell'effetto giuridico. Questa tesi si ritiene condivisibile solo in parte, dal momento che non sembra di poter escludere che il principio di tipicità dei patrimoni separati sia stato ispirato anche dall'esigenza di tutela del credito creditorio. Si ritiene, infatti, che il divieto contenuto nel secondo comma dell'art. 2740 sia espressione tanto del principio dell'affidamento dei creditori, quanto delle esigenze di coerenza sistematica di cui subito si dirà.

⁷⁶⁵ ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, op. cit., 71 e dello stesso autore v. anche *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 44, dove egli afferma che «nella prospettiva della realtà dell'effetto è possibile cogliere un minimo comune denominatore fra il principio del *numerus clausus* dei diritti reali e quello della tipicità dei patrimoni separati». Su questa ultima correlazione v. anche IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, op. cit., 51; QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, op.cit., 312 ss.

⁷⁶⁶ V. dettagliatamente ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 46-47, il quale sostiene che «la riserva di legge espressa nel 2° comma dell'art. 2740 c.c. porta, dunque, all'emersione di un principio implicito nelle scelte di fondo del nostro ordinamento ove, con riferimento all'efficacia reale, contrariamente a quanto si prevede per l'efficacia obbligatoria, non è stata prevista per l'autonomia privata la possibilità di creare figure atipiche. Mentre l'effetto obbligatorio è stato espressamente rimesso all'autonomia privata oltre che per la definizione del suo regolamento anche per la costituzione del tipo (..) l'efficacia reale è sottratta alla disponibilità dei privati i quali non possono introdurre nell'ordinamento tipi (*Rechtsformen*) opponibili *erga omnes* diversi da quelli pensati dal legislatore». L'autore rileva inoltre che «l'opzione del nostro ordinamento per la tipicità con riguardo all'efficacia reale e per l'atipicità con riguardo all'efficacia obbligatoria si palesa lungo due autonome traiettorie». La prima, quella della tipicità, è tracciata dai principi di cui agli artt. 1372, comma 2; 1379 c.c., dal numero chiuso dei diritti reali e dei patrimoni separati, dalla tipicità della fondazione e delle società, delle garanzie reali e della trascrizione. La seconda, quella della atipicità, è espressa dagli artt. 1173, 1322, comma 2, 2043 e 2034 c.c.

separazione con efficacia reale già insito nel nostro ordinamento che si snoda intorno al principio del *numerus clausus* delle fattispecie ad efficacia reale».⁷⁶⁷

La lettura dell'art. 2740, comma 2, c.c. sul diverso piano dell'efficacia costituisce un'ulteriore conferma del fatto che le limitazioni della responsabilità patrimoniale produttive di effetti solo *inter partes* sono estranee al suo ambito di applicazione.⁷⁶⁸

Che si guardi al divieto espresso dal secondo comma dell'art. 2740, comma 2, c.c. nella prospettiva della tutela del credito, o attraverso la diversa angolazione dell'efficacia, il risultato non cambia: esso riguarda soltanto la costituzione dei patrimoni separati e non anche le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale, che, pertanto, devono ritenersi pienamente ammissibili.

L'opportunità di una diversa regolamentazione dei due fenomeni è testimoniata perfettamente dalla formulazione del già ricordato art. 2645 del *Code civil* del Québec, il quale, dopo aver enunciato il principio di universalità della responsabilità patrimoniale e aver assoggettato alla riserva di legge il fenomeno della separazione patrimoniale allo stesso modo dell'art. 2740 c.c., ammette senza alcuna restrizione la possibilità che il debitore e il creditore concordino una limitazione della garanzia patrimoniale, a conferma del fatto che essi non possono essere assoggetti al medesimo trattamento.⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 91, dove si legge anche che l'art. 2740, comma 2, c.c., deve considerarsi «un'inevitabile ricaduta della categoria del *numerus clausus* che informa tanto la materia dei diritti reali, quanto quella della trascrizione».

⁷⁶⁸ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 72 e 92-93, il quale a conclusione dell'analisi svolta ribadisce l'esigenza di considerare separatamente le limitazioni della responsabilità patrimoniale con efficacia *erga omnes* e *inter partes*. Nella prospettiva adottata da Rojas Elgueta «spostare la *ratio* della norma in esame dalla tutela del credito all'esigenza di coerenza con il principio del *numerus clausus* consente di escludere in modo netto che le limitazioni con efficacia *inter partes*, risultanti da una convenzione fra il debitore e il creditore e quindi sprovviste di efficacia reale, siano comprese in tale norma».

⁷⁶⁹ V. il secondo comma dell'art. 2645 del *Code civil* del Québec, che recita testualmente: «*Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent*». Con riferimento alle origini e alla formulazione dell'art. 2645 si rinvia al cap. 3, § 1.2.1. V. BOODMAN M., BRIERLEY J.E.C., RODERICK A. MACDONALD, *Quebec Civil Law: an Introduction to Quebec Private Law*, op. cit., 594-595, dove, con riferimento alla formulazione dell'art. 1980 del *Civil Code of Lower of*

Una volta riconosciuta la validità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale, non resta che precisare quale sia la loro efficacia.

Certamente, come si è già detto, esse non producono alcun effetto nei confronti degli altri creditori e, in generale, dei terzi estranei all'accordo.

Le parti sono, invece, indubbiamente vincolate *ex art.* 1372 c.c. a quanto pattuito.

Non si ritiene, tuttavia, che in capo al creditore nasca un'obbligazione negativa, come sostenuto da una parte della dottrina.⁷⁷⁰ La convenzione sembra determinare, piuttosto, l'estinzione parziale del diritto potestativo del creditore alla garanzia patrimoniale generica, dal momento che tramite l'accordo egli dispone di questa specifica posizione sostanziale.⁷⁷¹

Di conseguenza, qualora il creditore intenda sottoporre a esecuzione beni convenzionalmente esclusi dalla garanzia, il debitore potrà opporre l'esistenza del patto sulla non aggredibilità dei beni medesimi.⁷⁷²

A fronte della violazione dell'accordo da parte del creditore, il debitore potrà, dunque, far valere l'estinzione del suo diritto potestativo alla garanzia

Canada, - poi sostituito dall'attuale art. 2645 a seguito dell'entrata in vigore del *Code civil* del Québec – si legge che il paragrafo relativo alle limitazioni contrattuali della responsabilità patrimoniale è stato aggiunto per rimuovere ogni dubbio circa la loro ammissibilità, vista la loro ampia diffusione nella prassi. In proposito v. anche ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 175-176.

⁷⁷⁰ V. RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., op. cit., 8; FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, op. cit., 873, che attribuivano al patto efficacia meramente obbligatoria e affermavano, come già ricordato, che la sua violazione avrebbe attribuito al debitore soltanto il diritto al risarcimento del danno. Dalle argomentazioni prospettate dagli autori emerge con chiarezza l'influenza dalla concezione processualistica della responsabilità patrimoniale, scorgendosi in entrambi l'idea che il riconoscimento di una diversa efficacia ai patti in esame avrebbe significato permettere alle parti di incidere sull'azione esecutiva. Questa conclusione non può essere accolta poiché, come si è già avuto modo di spiegare, attraverso il patto, il creditore dispone della propria posizione giuridica sostanziale nel rapporto di responsabilità e non dell'azione esecutiva. V. anche PINO A., *Il patrimonio separato*, op. cit., nt. 101.

⁷⁷¹ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 185, nota 33 e pag. 187. In direzione analoga v. già GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., 798 nota 1.

⁷⁷² V. SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 53 ss.; ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 185 ss. Durante il vigore del Codice civile del '65 lo affermavano GRECO P., *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, op. cit., *ibidem*; BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*, op. cit., 44.

rispetto ai beni da essa eccettuati e, quindi, opporsi a che l'esecuzione abbia luogo su di essi.⁷⁷³

In conclusione, l'art. 2740 c.c. è stato tradizionalmente interpretato come «un monolito del nostro sistema civilistico sottratto alla disponibilità dei privati»:⁷⁷⁴ tuttavia, l'analisi svolta ha permesso di dimostrare che così non è.

Considerando che la *ratio* dell'art. 2740, comma 2, c.c. riposa nella tutela dell'affidamento del ceto creditorio e nel generale principio di tipicità delle fattispecie ad efficacia reale, le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale non possono che essere estranee all'ambito di applicazione di tale disposizione.

Il divieto contenuto nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. riguarda, oltre che il fenomeno della separazione patrimoniale, anche gli atti unilaterali del debitore diretti a sottrarre determinati beni dalla garanzia patrimoniale generica, rispetto ai quali certamente riaffiora il problema della tutela

⁷⁷³ Si ritiene, quindi, che il debitore in sede di opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. possa contestare il diritto della parte istante di procedere all'esecuzione forzata sui beni eccettuati convenzionalmente dalla garanzia, poiché rispetto a essi il creditore non vanta alcun diritto. Lo stesso BIANCA C.M., *Diritto civile, Le garanzie reali e la prescrizione*, op. cit., 7, pur ritenendo inammissibili tali pattuizioni, riconosce che, se valide, esse legittimerebbero il debitore a opporsi all'esecuzione. Per le conseguenze della violazione del patto v. dettagliatamente ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., *ibidem*, il quale afferma che all'atto di disposizione della garanzia generica segue il diritto del debitore di opporre un'eccezione in grado «di paralizzare l'eventuale esercizio di qualsivoglia strumento riconducibile al lato attivo del rapporto di responsabilità se diretto verso un bene da questo escluso». L'effetto estintivo relativo al diritto potestativo produce, dunque, il sorgere in capo al debitore non del mero diritto al risarcimento del danno, ma del potere di eccepire l'inesistenza del diritto del creditore sui beni eccettuati dalla garanzia. Cfr. in una diversa prospettiva SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, op. cit., 54, secondo cui contrariamente a quanto sostenuto in questa sede, il patto non determina l'estinzione parziale del diritto potestativo del creditore, bensì il sorgere in capo allo stesso di un'obbligazione negativa. Secondo Sicchiero, a fronte della violazione del patto da parte del creditore, il debitore è legittimato a opporsi all'esecuzione «per ottenere la cessazione del comportamento inadempiente, giacché il contraente deluso può sempre chiedere la manutenzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. anziché la sua risoluzione». Nell'impostazione adottata da Sicchiero la declaratoria di invalidità dell'esecuzione iniziata dal creditore inadempiente rappresenta una peculiare forma di esecuzione specifica dell'obbligo da esso assunto. «È certamente vero che il creditore risponderà dei danni allorché violi il patto, ma questa ordinaria forma di tutela non esclude quella in forma specifica», che anzi, secondo l'autore, è la principale forma di tutela a disposizione del debitore.

⁷⁷⁴ L'espressione tra virgolette è di ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 206.

dell'affidamento del ceto creditorio, ma non le limitazioni di responsabilità frutto di un accordo con il creditore.

Del resto, una simile conclusione appare perfettamente coerente anche con l'evoluzione a cui è andato incontro il nostro sistema della responsabilità patrimoniale in relazione al diverso fenomeno dei patrimoni separati: esso non ruota più intorno al principio di universalità della garanzia patrimoniale, bensì alle esigenze del debitore e del creditore di conoscere l'uno attraverso quali beni sarà tenuto a garantire l'adempimento, l'altro su quali beni potrà soddisfarsi coattivamente, così da ponderare i rischi a cui entrambi sono esposti.

Se ciò è vero per le limitazioni della garanzia patrimoniale derivanti dalla costituzione di un patrimonio separato, lo è a maggior ragione per quelle nel cui procedimento di formazione è coinvolto direttamente il creditore.

CONCLUSIONI

Il percorso svolto in questo studio permette di ripensare i fondamenti e le articolazioni del sistema della responsabilità patrimoniale del debitore.

I tradizionali assiomi che per lungo tempo sono stati considerati i suoi assi portanti sembrano non essere mai stati realmente tali e, tanto meno, lo sono a seguito del percorso evolutivo che ha interessato l'istituto in esame.

Questo vale tanto per il primo postulato della responsabilità patrimoniale, quanto per il secondo.

Il Codice civile, lungi dall'aver accolto attraverso l'art. 2740 il dogma dell'unicità e indivisibilità del patrimonio, non ha mai realmente imposto un unico modello di responsabilità patrimoniale rispetto al quale i patrimoni separati costituiscono un'eccezione, ma ha reso in astratto possibili una pluralità di schemi, destinati a operare l'uno in assenza dell'altro.

Il rilievo marginale solitamente attribuito al fenomeno della separazione patrimoniale si è visto essere, dunque, il frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale più che di principi normativi insuperabili.

In questo quadro l'incremento dei patrimoni separati assume fondamentale importanza non già per aver infranto il presunto e inesistente dogma dell'unicità del patrimonio, bensì per aver riempito di contenuto alcune delle possibili varianti destinate a regolare i rapporti tra debitore e creditore, sicché universalità e specializzazione della responsabilità patrimoniale sono diventate, finalmente, regole di pari importanza anche in atto.

L'analisi dell'evoluzione normativa, risultato del moltiplicarsi delle fattispecie di separazione patrimoniale, ha permesso di constatare, inoltre, che il perno attorno al quale ruota oggi l'intero sistema della responsabilità patrimoniale non è più il principio di universalità, ma quello di affidamento del ceto creditorio.

Il nuovo punto di incontro dei diversi interessi di cui sono portatori debitore e creditore si innesta proprio in questo principio, che costituisce il vero e rinnovato fondamento dell'art. 2740 c.c.

Nel quadro così delineato, un contributo decisivo per la tutela dei creditori trova è apportato anche dagli strumenti di cui essi dispongono per ovviare al pericolo che la separazione patrimoniale sia utilizzata abusivamente a loro danno.

Ecco che i nuovi confini della responsabilità patrimoniale prendono, finalmente, forma: non un unico modello, offerto dall'art. 2740 c.c., rispetto al quale i patrimoni separati costituiscono un'eccezione, ma un più ampio mosaico il cui funzionamento ruota attorno al principio dell'affidamento dei creditori.

Il confronto con il dogma della nullità delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale ha permesso di constatare che esso si fonda su basi tutt'altro che solide.

Si è visto che esso trae origine dall'erronea assimilazione di fenomeni profondamenti diversi tra loro, quali sono le limitazioni della responsabilità patrimoniale aventi efficacia erga omnes e inter partes.

L'indagine condotta ha permesso non soltanto di mettere in evidenza le differenze esistenti tra le due fattispecie, il più delle volte dimenticate, ma anche di dimostrare che le ragioni che giustificano il principio di tipicità dei patrimoni separati, di cui è espressione il divieto contenuto nell'art. 2740, comma 2, c.c., mal si attagliano agli accordi attraverso cui il debitore e il creditore intendano perimetrare l'oggetto della responsabilità patrimoniale.

Premesso che per definire l'ambito di applicazione della norma è imprescindibile individuarne lo scopo e che la ratio dell'art. 2740, comma 2, c.c. riposa nella tutela dell'affidamento del ceto creditorio e nel generale principio di tipicità delle fattispecie ad efficacia reale, le limitazioni frutto di accordo tra debitore e creditore, dotate di efficacia soltanto inter partes, non possono che essere estranee all'ambito di applicazione di tale disposizione.

L'interpretazione dell'art. 2740, comma 2, c.c. proposta permette così di aprire nuovi orizzonti per l'autonomia privata in relazione all'istituto della responsabilità patrimoniale maggiormente rispondenti alle mutate esigenze a cui l'intero sistema è ormai improntato.

BIBLIOGRAFIA

- ADDUCCI E., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori involontari*, in *Dir. e pratica delle società*, 2006, 22 ss.
- ALCARO F., *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 – ter c.c.*, a cura di Bianca, Giuffré, Milano, 2007, 105 ss.
- ALPA G., *I principi generali*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di Iudica – Zatti, 1993, 287 ss.
- AMADIO G., *Note introduttive sull'interesse meritevole di tutela*, in *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione - Guida alla redazione*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 50 ss, consultabile sul sito www.notariato.it.
- AMENDOLAGINE V., *Il fondo patrimoniale della famiglia nella giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2011, 921 ss.
- AMIRA K., *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, Lipsia, 1882
- ANDERSON R.G., *Words and Concepts: Trust and patrimony*, in *Judge and Jurist. Essays in memory of Lord Rodger of Earlsferry*, a cura di Burrows – Johnston – Zimmermann, Oxford University Press., 2013, 347 ss.
- ANDRIOLI V., *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1962
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Cedam, Padova, 2003
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2012
- ANTINOLFI M., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori involontari*, in *Riv. not.*, 2010, 1281 ss.
- ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 398 ss.
- APICE U., *Riflessi della riforma del diritto societario sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, 349 ss.
- ARCERI A., *I beni costituiti in fondo patrimoniale non rientrano nella massa fallimentare.*, in *Questioni dir. fam.*, 2010, 59 ss.

- ARLT R., *I patrimoni dedicati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2004, 323 ss.
- ASCARELLI T., *I fondi comuni di investimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Vol. XVI, Utet, Torino, 1985, 741 ss.
- AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, Vol. V, 5°ed., Paris, 1907
- AUBRY C. – RAU C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, 1°ed., Vol. II, Paris, 1839, Paris, 1839
- AULETTA T., *Il fondo patrimoniale. Artt. 167-171*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1992
- AULETTA T., *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 326 ss.,
- BALESTRA L., *Le obbligazioni naturali nel pensiero di Michele Giorgianni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 389 ss.
- BALESTRA L., *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Vol. XLVIII, Giuffrè, Milano, 2004, 43 ss.
- BALZARINI P.-STRAMPELLI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. soc.*, 2012, 78 ss.
- BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, a cura di Fondazione Italiana per il Notariato, Il sole 24 ore, 2007, 131 ss.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1963
- BARBERO D., *Il sistema del diritto privato*, Utet, Torino, 1992
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile-Commentario*, Artt. 2740-2744, a cura di Schlesinger, 1° ed., Giuffrè, Milano, 1991
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile-Commentario*, Artt. 2740-2744, a cura di Schlesinger, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2010

- BARTALENA A., *I patrimoni destinati: due posizioni a confronto. I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 89 ss.
- BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 5 ss.
- BAUDANT C., *Cours de droit civil français, Le biens*, Tomo IV, Paris, 1938
- BAUDRY LACANTINERIE G. - DE LOYNES P., *Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e dell'esecuzione forzata*, in *Trattato teorico pratico del diritto civile*, Baudry Lacantinerie, trad. it. a cura di Bonfante - Pacchioni - Sraffa, Milano, 1912, 347 ss.
- BAULNE J., *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson et Lafleur Itée, 1998
- BECCHETTI E., *Riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, I, 49 ss.
- BECQUE S., *Sûretés réelles*, in *Traité pratique de droit civil français*, a cura di Planiol - Ripert, Paris, 1927, 1 ss.
- BEKKER E.I., *System des Heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886
- BELLIVIER F., *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France*, in *La science juridique française et la science juridiques allemande de 1870 à 1918*, a cura di Beaud – Wachsmann, Strasbourg, 1997, 165 ss.
- BELLOMIA V., *Fondo patrimoniale e creditori: un rapporto equilibrato*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 668 ss.
- BELLOMIA V., *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, 698 ss.
- BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920
- BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, Giuffré, 1953
- BIANCA C.M., *Diritto Civile. La famiglia*, Vol. II, Giuffré, Milano, 2014
- BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, Vol. V, Giuffré, Milano, 2012
- BIANCA C.M., *Diritto civile. Le garanzie reali e la prescrizione*, Vol. VII. Milano, Giuffré, 2011
- BIANCA C.M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Vol. IV, Milano, Giuffré, 1995

- BIANCA C.M., *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Giust. civ.*, 2013, 439 ss.
- BIANCA M. – D'ERRICO M. – DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Giuffrè, Milano, 2006
- BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 197 ss.
- BIANCA M., *Commento sub artt. 167-161*, in *Comm. breve al dir. della fam.*, a cura di Zaccaria, Cedam, Padova., 2011, 537 ss.
- BIANCA M., *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 187 ss.
- BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, 1175 ss.
- BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Bianca, Giuffrè, Milano, 29 ss.
- BIANCA M., *Se l'esecuzione sui beni e frutti del fondo patrimoniale possa aver luogo per debiti non derivanti da contratto*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, Cedam, 1989, 111 ss.
- BIANCA M., *Trust e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, 560 ss.
- BIANCA M., *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. Giur. Treccani, Aggiornamento*, Vol. XV, Roma, 2007
- BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova, 1996
- BIANCHI E., *Dei privilegi e delle cause legittime di prelazione del credito in generale*, Napoli, 1924
- BIANCHI F.S., *Corso di diritto civile italiano. I beni*, Vol. IX, Tomo I, Torino, 1895, 7 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 280 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XXVII, Roma, 1992

- BIONDI B., *I beni*, in *Tratt. del diritto civile italiano*, a cura di Vassalli, IV, Torino, 1956, 106 ss.
- BIONDI B., voce *Patrimonio* in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XII, Torino, Utet, 1965, 614 ss.
- BOEGEL H., *Des Begriff des Sondervermögens nach Reichsprivatrecht*, Leipzig, 1933
- BOGGIO L., *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazione di beni immobili*, in *Giur. it.*, 2011, 333 ss.
- BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 445 ss.
- BONFANTE P., *Le obbligazioni naturali e il debito di gioco*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 124
- BONILINI G., *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice del 1865 al codice del 1942)*, Bologna, 1980
- BONSIGNORI A., *Esecuzione forzata in genere*, in *Dig. It. Disc. priv., Sez. civ.*, Vol. VII, Utet, Torino, 1991, 567 ss.
- BOODMAN M., BRIERLEY J.E.C., RODERICK A. MACDONALD, *Quebec Civil Law: an Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, 1993
- BOZZI G., *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ., Obbligazioni*, Vol. III, a cura di Lipari - Rescigno - Zoppini, Giuffrè, Milano, 2009, 57 ss.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica - Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, 36 ss.
- BREGOLI A., *Effetti e natura della revocatoria*, Giuffrè, Milano, 2001
- BRIERLEY J.E.C., *The new Quebec Law of Trust: The adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concept*, in *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 383 ss.
- BRINZ A., *Der Begriff obligatio*, in *Grünhuts Zetischriften für das Privat und öffentliches Recht der Gegenwart*, Vol. I, 1874
- BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, Band II, Leipzig, 1879
- BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Leipzig, 1884

- BRINZ A., *Lerbuch der Pandekten*, Band III, parte II, Leipzig, 1888
- BRUNETTI A., *Il diritto del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 137 ss.
- BRUTTI N., *Fondo comune di investimento: oggetto o soggetto di diritto?*, in *Le società*, 2011, 47 ss.
- BULLO L., *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6°, del T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 535 ss.
- CALICETI P., *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni d'investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 219 ss.
- CANDIAN A., *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (alle origini dell'art. 2740 codice civile)*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Vol. III, a cura di Aa. Vv., Giuffrè, Milano, 1994, 1805 ss.
- CANDIAN A.D., *Fondo e fondi: itinerari paragiuridici tra usi linguistici*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 158 ss.
- CARBONE L., *Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, 157 ss.
- CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 525 ss.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Cedam, Padova, 1927
- CARRESI F., *Commento sub artt. 167-171*, in *Comm. dir. fam.*, a cura di Carraro - Oppo - Trabucchi, Vol. I., Cedam, Padova, 1977, 344 ss.
- CARRESI F., *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 546 ss.
- CASELLA P. - RIMINI E., *Fondi comuni di investimento nel diritto commerciale*, in *Dig. Comm.*, Vol. VI, Utet, Torino, 1991, 208 ss.
- CASTELLANO G., *Per una qualificazione dei fondi di investimento immobiliare*, in *Riv. soc.*, 1969, 1550 ss.
- CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, II, 98, 1323 ss.
- CAVALLARI G., *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Fall.*, 2009, 501 ss.

- CENNI M. L., *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, Vol. III, 2012, 679 ss.
- CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Cedam, Padova, 2010
- CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 358 ss.
- CESARO E., *La disciplina del patrimonio separato*, in *La riforma del diritto societario*, a cura del Centro Studi della Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, Roma, 2003, 417 ss.
- CIAN G. - CASAROTTO G., voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. it., App.*, Vol. III, 1982, Utet, Torino, 1982, 826 ss.
- CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Vol. I, a cura di aa. vv., Cedam, Padova, 2007, 81 ss.
- CIAN G., *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia. Una revisione che si impone*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 33 ss.
- CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffré, Milano, 1948
- CLARIZIA R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Cedam, Padova, 2010, 545 ss.
- COETH CORDEY F., *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, in *Revue trim. droit civ.*, 1996, 819 ss.
- COLIN A. – CAPITAN H., *Cours élémentaire de droit civil*, I, 1939
- COMPORTE C., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *La riforma della società. Commentario del d.lgs., 17.1.2003 n. 6*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, Giappichelli, 2003, 951 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie esecutive*, Cedam, Padova, 2012
- CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu - Messineo, Vol. VI, II, Giuffré, Milano, 1984, 83 ss.

- CORSINI F., *La capacità di essere parte del processo dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 327 ss.
- COSATTINI, L. *La revoca degli atti fraudolenti*, Cedam, Padova, 1940
- COSSU C., *Revocatoria ordinaria (azione)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Vol. XVII, Utet, Torino, 1999, 452 ss.
- COSTI R., *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1968, 271 ss.
- COVIELLO L., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1931
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, Milano, 1929
- CRISCUOLO F., *Azioni di garanzia e autonomia del debitore*, in *Interessi e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, a cura di Di Raimo F., Collana *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da Perlingieri P., Napoli, 2006, 417 ss.
- CRIVELLI A., *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Vol. I, Utet, Torino, 2012
- CUMYN M.C., *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in *Re – imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2012, 6 ss.
- CUMYN M.C., *The Quebec Trust: a civilian institution with English Law Roots*, in *Trusts in Mixed Legal Systems*, a cura di Milo – Smits, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2001, 74 ss.
- D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali, Libro della tutela dei diritti*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da D'Amelio-Finzi, Firenze, 1943, 430 ss.
- D'ERCOLE S., *L'azione revocatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, Vol. XX, a cura di Rescigno, Utet, Torino, 1985, 163 ss.

- D'ERRICO M., *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645 ter c.c.: prime riflessioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Bianca, Giuffré, Milano, 121 ss.
- DE MARCHI P.G., *Fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Giuffré, Milano, 2005, 190 ss.
- DE MARTINI A., *Azione revocatoria*, in *Noviss. Dig. it., II*, Torino, Utet, 1964, 154 ss.
- DE PAGE H., *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, Tomo V, 2° ed., Bruxelles, 1975
- DE PAGE H., *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, Tomo VI, Bruxelles, 1942
- DE PAOLA V. - MACRÌ A., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Giuffré, Milano, 1978
- DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia*, Vol. III., Giuffré, Milano, 2002
- DE WAAL M.J – PAISLEY R.R.M., *Trusts*, in *Mixed Legal System in Comparative Perspective. Property and Obligations in Scotland and South Africa*, a cura di Zimmermann – Visser – Reid, Oxford University Press., 2004, 819 ss.
- DELL'ANNA P., *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Utet, Torino, 2009
- DENTI V., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Giuffrè, Milano, 1953
- DI FILIPPO A. - VIGNALE M.R., *La responsabilità patrimoniale – Privilegi – Pegno. Commento agli artt. 2740-2807 del Codice civile*, Roma, 1966, 10 ss.
- DI LANDRO A. C., *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. Alcune questioni nell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 727 ss.
- DI LANDRO A., *L'art. 2645 ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. not.*, 2009, 583 ss.,
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. al c.c.*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna, Zanichelli, 1988
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003

- DI MAJO A., *Obbligazione, I, Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXI, Roma, 1999
- DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2005
- DI MAJO A., *Vincolo di destinazione tra atto ed effetto, La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Bianca, Giuffré, Milano 111 ss.
- DI MARTINO G., *Revocatoria (aggiornamento)*, in *Enc. giur.*, Vol. XXVIII, Treccani, Roma, 2001
- DI RAIMO R., *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 945 ss.
- DI RAIMO R., *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 319 ss.
- DI SAPIO A., *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter.*, in *Dir. Fam.*, 2007, 1257 ss.
- DI TORRE PADULA N., *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, 40 ss.
- DOGLIOTTI M. - FIGONE A., *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto a Bessone M., Vol. III, Giappichelli, Torino, 2011, 176 ss.
- DOMENICI L., *Il fondo patrimoniale: negozio di protezione dei beni familiari*, in *Notariato*, 2011, 549 ss.
- DONADIO G., *I patrimoni separati*, in *Ann. Fac. Giur di Bari*, 1943, 46 ss.
- DURANTE V., voce "*Patrimonio (dir. civ.)*", in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXII, Roma, 1990
- EGIZIANO L., *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Giappichelli, Torino, 2009
- EMERICH Y., *La fiducie civiliste: modalit  de la propri t  ou interm de   la propri t ?*, in *Revue de droit de McGill*, 2013, 827 ss.
- EMERICH Y., *Modality of ownership, or interlude in ownership?*, in *The world of the Trust*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2013, 21 ss.

- FADDA C. – BENZA P.E., *Diritto delle pandette*, Vol. I, Torino, 1930
- FADDA C. – BENZA P.E., *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, Vol. IV, Torino, 1925
- FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1939
- FANTETTI F., *Separazione e titolarità del patrimonio nei fondi comuni di investimento*, in *La resp. civ.*, 2011, 124 ss.
- FAUCEGLIA G., *I patrimoni ed il finanziamento destinati ad uno specifico affare*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, parte II, cap. IV, sez. IX, Giappichelli, Torino, 2013, 492 ss.
- FEDELE P., voce *Patrimonio*, in *Diz. prat. dir. priv.*, Milano, 1937 – 1939, 236 ss.
- FEDERICO A., *Limitazioni della responsabilità patrimoniale*, in *Istituzioni di diritto civile*, a cura di Perlingieri– Biscottini, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2012, 195 ss.
- FERCIA R., *L'obbligazione naturale*, in *Tratt. delle obbligazioni*, Vol. I, Tomo III, a cura di Talamanca - Garofalo, 2010, Cedam, Padova, 166 ss.
- FERRARA F., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 638 ss.
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Vol. I, Roma, 1921
- FERRI JR. G. B., *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 25 ss.
- FERRO-LUZZI P., *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 121 ss.
- FIGONE A., *Fondo patrimoniale e successivo fallimento del disponente*, in *Fall.*, 2010, 554 ss.
- FIMMANÒ F., *Destinazione patrimoniale e separazione delle masse*, in *Notariato*, 2010, 247 ss.
- FIMMANÒ F., *La revocatoria dei patrimoni destinati*, in *Fall.*, 2005, 1105 ss.

- FIMMANÒ F., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, in *Quad. Giur. comm.*, 2008, 12 ss.
- FORTINO M., *Il sequestro conservativo tra garanzia del creditore e tutela del debitore*, Milano, Giuffré, 1988
- FOSCHINI M., *Il diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008
- FRAGALI M., *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, 1969, Giuffré, Milano, 451 ss.
- FRAGALI M., *La comunione - Appendice di aggiornamento*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu - Messineo, Giuffré, Milano, 1977, 29 ss.
- FRATINI M., *Un'analisi dell'azione revocatoria alla luce delle questioni legate alla revocabilità della vendita con riserva di proprietà, del contratto definitivo di preliminare, della doppia alienazione immobiliare, dell'atto costitutivo di un fondo patrimoniale e degli accordi di separazione dei coniugi*, in *Riv. nel dir.*, 2012, 181 ss.
- FUSARO A., «*Affectation*», «*Destination*» e vincoli di destinazione, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Tomo II, a cura di Cendon, Giuffré, Milano, 1994, 455 ss.
- FUSARO A., *Commento agli artt. 167-171*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Della Famiglia*, I, a cura di Balestra, Utet, Torino, 2010, 1043 ss.
- GABRIELE P., *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, in *Giur. comm.*, 2010, 593 ss.
- GABRIELLI E., *Pegno (aggiornamento-2011)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Vol. XIII, Utet, Torino, 661.
- GABRIELLI E., *Pegno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Vol. XIII, Utet, Torino, 1995, 329 ss.
- GABRIELLI G. - CUBEDDU M. G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Giuffré, Milano, 1997, 265 ss.
- GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 321 ss.

- GABRIELLI G., voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, 293 ss.
- GALGANO F., *Responsabilità del debitore e garanzie del creditore*, in *Trattato di diritto civile*, Vol. II, a cura di Galgano, Padova, Cedam, 2009, 1116ss.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, 2009
- GALIMI P., *I patrimoni destinati a uno specifico affare alla luce del “correttivo”*, in *Fall. e crisi di impresa*, 2008, 489 ss.
- GALLETTA F., *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Jovene, Napoli, 1990
- GALLUZZO F., *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l’art. 2645 ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 128 ss.
- GALLUZZO F., *Destino dei beni costituiti in fondo patrimoniale in caso di fallimento del loro titolare*, in *Corriere giur.*, 2011, 97 ss.
- GALLUZZO F., *Trust interni e negozi di destinazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 2, 85 ss.
- GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell’interesse altrui*, in *Trusts*, 2007, 169 ss.
- GAMBARO A., *I moderni sistemi di civil law tra influenze francesi e tedesche*, in *Tratt. dir. comp.*, a cura di Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 1996, 363 ss.
- GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 155 ss.
- GAMBARO A., voce *Trust*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Vol. XIX, 1999, 449 ss.
- GANGI C., *Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 521 ss.
- GANGI C., *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1916, 254 ss.
- GANGI C., *Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Studi sassaresi*, 1921, 178 ss.
- GANGI C., *Il debito e la responsabilità, le obbligazioni naturali*, in *Scritti giuridici vari*, Cedam, Padova, 1933, 317 ss.

- GANGI C., *Le obbligazioni naturali*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 497 ss.
- GANGI C., *Le obbligazioni. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1941
- GATT L., *Il trust interno. Una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, 280 ss.
- GAZIN H., *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse Dijon, A. Rousseau, Paris 1910
- GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, in *Riv. not.*, 2001, II, 1247 ss.;
- GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. Civ.*, II, 2006, 165 ss.
- GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005
- GENTILE F., *Il nuovo Codice civile commentato, Libro VI, della tutela dei diritti*, Napoli, 1958, 194 ss.
- GENTILI A., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 55 ss.
- GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegisi dell'art. 2645 ter*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1 ss.
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Vol. I., Paris, 1919
- GHIRONI A., *La destinazione dei beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645 ter*, in *Riv. not.*, 2011, 1085 ss.
- GIAMPICCOLO G., *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, Vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1959, 951 ss.
- GIANNELLI G., *Commento sub art. 2447 quinquies*, in *Società di capitali*, a cura di Nicolini-Stagno d'Alcontres, Vol. II., Napoli, 2004, 1240 ss.
- GIERKE VON O., *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905
- GIERKE VON O., *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1910
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione. Parte generale*, I, Milano, Giuffrè, 1968
- GIORGIANNI M., *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. ital.*, Vol. XI, Torino, 1965, 581 ss.

- GRANELLI C., *La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 ss.
- GRASSO V., *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Vol. III., Utet, Torino, 1996, 420 ss.
- GRAZIADEI M., voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Dig. Disc. priv.*, Sez. comm., Vol. XVI, Utet, 1999, 256 ss.,
- GRECO P., *Le società di “comodo” e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 735 ss.
- GRETTON G., *Scotland: The evolution of the Trust in a Semi - Civilian System, in Itinera Fiduciae*, in *Trust and Treuhand in Historical Perspective*, a cura di Zimmermann – Helmholz, Dunker & Humblot, Berlin, 1998, 507 ss.
- GRETTON G., *Trust and Patrimony*, in *Scots law into the 21 st century*, a cura di MQ Quenn, Edimburg, 1996, 182 ss.
- GRETTON G., *Trust without equity*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, 599 ss.
- GRETTON G., *Up there in the Begriffshimmel?*, in *The world of the Trust*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2013, 524 ss.
- GUGLIELMUCCI L., *I patrimoni destinati: una zona franca per l’esercizio di attività d’impresa*, in *Dir. fall.*, 2005, 1178 ss.
- GUINCHARD S., *L’affectation des bien en droit privé français*, 1976
- HELLWIG K., *Lerbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, Band I, Leipzig, 1903
- HELLWIG K., *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Teil I, Leipzig, 1912
- HONORÉ T., *Obstacles to the reception of trust law? The examples of south Africa and Scotland*, in *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, a cura di Rabello, Hamaccabi Press, Jerusalem, 1997, 793 ss.
- IAMICELI, P. *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, Cedam, 2003
- IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 725 ss.
- INIZITARI B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, 163 ss.

- JAEGER P.G., *Sui fondi comuni di investimento*, in *Ric. dir. soc.*, 1969, 1113 ss.
- JANNARELLI A., *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1253 ss.
- KASIRER N., *Translating part of France's legal heritage: Aubry and Rau Patrimoine*, in *Revue générale de droit*, 2008, 450 ss.
- KRÜCHMANN P., *Nachlese zur Unmöglichkeit Lehre*, in *Jherings Jahrbücher*, 1911, 79 ss.
- LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1996
- LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, 1067 ss.
- LA ROCCA G., *L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici*, in *Foro it.*, 1996, I, 882 ss.
- LAGHI P., *Il fondo patrimoniale: note critiche sul doppio regime di pubblicità e coordinamento con la disciplina del fallimento alla luce delle recenti pronunce della suprema corte*, in *Le Corti calabresi*, 2010, 677 ss.
- LAMANDINI M., *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. soc.*, 2003, 491 ss.
- LAMANDINI M., *Patrimoni separati e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2005, 37 ss.
- LAPERTOSA F., *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 491 ss.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1987
- LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, Jovene, 1966
- LAUDONIO A., *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, in *Banca, borsa ecc.*, 2006, I, 265 ss.
- LEMBO M., *La costituzione del fondo patrimoniale e del trust: effetti e rimedi*, in *Dir. fall.*, 2003, 2028 ss.
- LEMMA V., *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, in *Banca, borsa ecc.*, 2011, II, 423 ss.
- LENER G., *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1054 ss.

- LENZI R., *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2007, 229 ss.
- LENZI R., *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 1991, 54 ss.
- LEPAULLE P., *La propriété dans le Trust*, in *Revue International de Droit comparé*, 1952, 377 ss.
- LEPAULLE P., *Traité Théorique et Pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932
- LUPOI M., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 467 ss.
- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, Padova, 2008
- LUPOI M., *Trusts*. Milano, Giuffrè, 2001
- MACARIO F., *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, in *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione - Guida alla redazione*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, consultabile sul sito www.notariato.it, 60 ss.
- MACARIO F., *Responsabilità patrimoniale: nozioni introduttive*, in, *Trattato di diritto civile*, Vol. IV, tomo II, a cura di Lipari-Rescigno-Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009, 159 ss.
- MACCHIA A., *Il dovere giuridico del debitore*, in *Aa. Vv., Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, 641 ss.
- MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico al d.lgs. 17.1.2003 n. 6*, Vol. II, Cedam, Padova, 2005, 1676 ss.
- MAFFEI ALBERTI A., *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970
- MAGGIOLO M., *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, *La famiglia*, II, Utet, Torino, 2000, 349 ss.
- MAGGIOLO M., *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, 1147 ss.

- MAGNANI M., *I trust ed i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Impresa*, 2006, 1766 ss.
- MALVAGNA S., *Il concetto di patrimonio separato nell'ordinamento giuridico commerciale*, in *Diritto e pratica commerciale*, 1931, 401 ss.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali*, Vol. IV, Giappichelli, Torino, 2012
- MANDRIOLI C., voce *Esecuzione per consegna o per rilascio*, in *Dig. it. Disc. priv.*, Sez. civ., Vol. VII, 1998, 616 ss.
- MANES P., *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, Padova, 2005
- MANES P., *La norma sulla trascrizione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.*, 2006, 626 ss.
- MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, 579 ss.
- MANES P.-PASQUARIELLO F., *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Libro V (art. 2447 bis-2447 decies), Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2013
- MANFEROCE T., *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fallimento*, 2003, 1241 ss.
- MARINI M., *Fondo patrimoniale e azione revocatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 179 ss.
- MARTY G. - RAYNAUD P., *Droit civil*, III, *Les sûretés*, Paris, Sirey, 1971
- MASTROPAOLO, E. - MASTROPAOLO, F. *Trusts e garanzie per i creditori*, in *Tratt. dei contratti*, Vol. II, a cura di Rescigno – Gabrielli, Torino, Utet, 2006, 1758 ss.
- MASTROPIETRO B., *L'atto di destinazione tra il codice civile italiano e i modelli europei di articolazione patrimoniale*, in *Riv. not.*, 2012, 319 ss.
- MATANO E., *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione: uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. not.*, 2007, 370 ss.

- MATTHEWS P., *The compatibility of trust with the civil law notion of property*, in *The world of the trust*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2013, 313 ss.
- MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata*, in, *Tratt. dir. priv.*, Vol. X, a cura di Rescigno, Torino, Utet, 1998, 224 ss.
- MAZZAMUTO S., *Trust interno e negozi di destinazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 803 ss.
- MAZZARELLA F., *Esecuzione forzata (Diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XV, 1966, Giuffrè, Milano, 448 ss.
- MEOLI B., *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fall.*, 2005, 120 ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, Giuffrè, 1959
- MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009
- MIGNONE G., *Commento agli artt. 2447 bis c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Zanichelli, Bologna, 2004, 1623 ss.
- MILO M. – SMITS J., *Trusts in Mixed Legal Systems. A challenge to comparative trust law*, in *Trusts in Mixed Legal Systems*, a cura di Milo – Smits, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2001, 11 ss.
- MIOLA M. - BRIOLINI F., *Commento sub. art. 36*, in *Testo Unico della finanza*, a cura di Campobasso, Vol. I, Torino, 2002, 331 ss.
- MIRAGLIA C., (voce) *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XXVII., Roma, 1991
- MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012
- MONTELEONE G., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 315 ss.
- MONTELEONE G., *Profili sostanziali e profili processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità dal punto di vista dell'azione.*, Milano, Giuffrè, 1975
- MONTESANO L., *Azione surrogatoria e realizzazione giudiziale della vendita o promessa di vendita di cosa altrui, esecuzione forzata specifica e obblighi*

- di trasferire o costituire diritti (specialmente in riguardo alla par condicio creditorum)*, in *Giur. it.*, 1997, I, 671 ss.
- MONTESANO L., voce "Esecuzione specifica", in *Enc. dir.*, Vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, 526 ss.
- MORACE - PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 2007
- MORACE PINELLI A., *Tipicità dell'atto di destinazione e alcuni aspetti della sua disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 451 ss.
- MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Tratt. dei diritti reali*, a cura di Gambaro-Morello, Vol. I., 2008, Giuffrè, 147 ss.
- MOSCATI E., voce "Obbligazioni naturali", in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 353 ss.
- NACCARATO M., *La fiducie: réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*, in *Les Cahiers de droit*, 2007, 505 ss.
- NATOLI U. – BIGLIAZZI GERI L. *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, (Le azioni surrogatoria e revocatoria). Appunti delle lezioni*, Milano, Giuffrè, 1974
- NATOLI U., voce *Azione revocatoria. Revocatoria ordinaria*, in *Enc. dir.*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 888 ss.
- NERVI L., *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, Cedam, Padova, 2001
- NICOLO R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. al C.C.*, a cura di Scialoja - Branca, Zanichelli, Bologna, 1953
- NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *La tutela dei diritti, Comm. al c.c.*, di Nicolò – Andrioli – Gorla, a cura di Scialoja- Branca, *Sub art 2740*, Bologna, Zanichelli, 1954
- NICOLÒ R., voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 1021 ss.
- NIGRO A., *I fondi comuni di investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 171 ss.

- NIGRO A., *Investment trust*, in *Enc. dir.*, Vol. XXII, Varese, Giuffré, 1972, 691 ss.
- NIVARRA L., voce *Obbligazione naturale*, *Dig. it. disc. priv., Sez. civ.*, Vol. XII, Utet, Torino, 1995, 370 ss.
- NOCERA I. L., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, in *Società*, 2009, 1090 ss.
- NORMAND S., *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000
- NUZZO M., *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter c.c.*, Giuffré, Milano, 2007, 60 ss.
- OBERTO G., *Pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 256 ss.
- OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947
- OPPO G., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, in *Scritti giuridici. Persone e famiglia*, Vol. V, Cedam, Padova, 1992, 317 ss.
- ORESTANO R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 ss.
- PACCHIONI G., *Appendice alla traduzione del Savigny. Le obbligazioni*, II, 1912
- PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale*, Padova, Cedam, 1926
- PAJARDI P., *Il sistema revocatorio. Ordinario, fallimentare, penale, tra teoria e applicazioni*, Giuffré, Milano, 1990
- PALUMBO F., *La concessione dell'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teorica del debito e della responsabilità*, Cedam, Padova, 1937
- PAOLO F.-DE CAROLIS G., *I patrimoni e i finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Vita not.*, 2004, 58 ss.
- PARTISANI R., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare nella legge delle insolvenze*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1559 ss.

- PARTISANI R., *I patrimoni separati: l'inopponibilità del vincolo di destinazione alle obbligazioni da fatto illecito*, in *Resp. civ.*, 2005, 42 ss.
- PATTI F., *Fondo patrimoniale e strumenti di protezione del patrimonio - Aspetti di interesse notarile*, in *Vita not.*, 2012, 395 ss.;
- PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, 979 ss.
- PATTI S., *L'azione surrogatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, Vol. XX, a cura di Rescigno, Utet, Torino, 1985, 119 ss.
- PAVONE LA ROSA A., *L'insolvenza della società per azioni con patrimoni «separati»*, in *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abadessa-Portale, Vol. II, Utet, Torino, 2006, 922 ss.
- PELLEGRINI F., voce *Responsabilità*, in *Nuovo Dig. It.*, Vol. XIX, Torino, 1939, 439 ss.
- PELLEGRINI L., *Il fondo patrimoniale*, in *Diritto della famiglia*, a cura di Patti - Cubeddu, Giuffrè, Milano, 2011, 316
- PELLEGRINO G., *L'azione revocatoria relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare: profili ricostruttivi*, in *Dir. fall.*, 2013, 701 ss.
- PERCHIUNNO V., *Il sequestro conservativo*, in *Tratt. dir. priv.*, Vol. XX, a cura di Rescigno, Utet, Torino, 1985, 195 ss.
- PERLINGIERI G., *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2014, 11 ss.
- PERLINGIERI P., *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 2011, 1304 ss.
- PEROZZI S., *La distinzione tra debito e obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, 748 ss.
- PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 161 ss.
- PIAZZA, L. *Garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, Roma, 1989
- PICARD M., *Traité Pratique de droit civil français*, a cura di Planiol – Ripert, Tomo III, Le bien, Paris, 1926

- PICCIOTTO A., *Brevi note sull'art. 2645 ter: il trust e l'araba fenice*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1314 ss.
- PINO A., *Il patrimonio separato*, Padova, 1950
- PIRRUCCIO P., *Trust, effetto di segregazione e art. 2645 ter del codice civile*, in *Giur. merito*, 2007, 90 ss.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, I 1915
- POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 1915
- POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 1915
- PORCELLI M., *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Collana dei maestri del diritto civile. Domenico Rubino. Interesse e rapporti giuridici*, I, a cura di Perlingeri e Polidori, Ed. scient. Napoletane, 2009, 619 ss.
- PORCELLI M., *Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2013, 654 ss.
- PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Ed. Scientifiche italiane, Napoli, 2011
- POTITO L., *Patrimoni destinati ... all'insuccesso?*, in *Società*, 2006, 549 ss.
- PRATIS C.M., *Della tutela dei diritti: artt. 2740-2783*, in *Comm. del cod. civ.*, Libro VI, Torino, 1976
- PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto obiettivo*, Milano, 1935
- PUGLIATTI S., *Gli istituti del diritto civile*, Vol. I., Giuffré, 1943
- PUNZI C., *Responsabilità patrimoniale e oggetto dell'espropriazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 181 ss.
- QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1717 ss.
- QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, Jovene, Napoli, 2004
- QUADRI R., voce *Fondo patrimoniale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XVI, Roma, 2008
- RACZYNSKA M., *Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund*, in *The world of the trust*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2013, 454 ss.

- RAIMON M., *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, Paris, 2002
- RAVAZZONI L., *Tutela dei diritti.*, in *Tratt. dir. priv.*, Vol. XX, a cura di Rescigno, Utet, Torino, 1998, 602 ss.
- RAYNAUD P., *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Paris, 1934
- RECCO D., *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orizzonti giurisprudenziali. Il regime patrimoniale della famiglia*, Vol. II, diretto da Cassano, 470 ss.
- REGELSBERGER F., *Pandekten*, I, Liepzig, 1893
- REID K. G. C., *Patrimony not Equity: the Trust in Scotland*, in *Trusts in Mixed Legal Systems*, a cura di Milo – Smits, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2001, 20 ss.
- REID K. G. C., *Trusts in Scotland*, in *Principles of European Trust Law*, a cura di Hayton – Kortmann – Verhagen, Kluwer Law International, 1999, 67 ss.
- RESCIGNO P., *Obbligazione (nozioni)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Milano, Giuffré, 1979, 133 ss.
- RIBATTI BEDOGNI C., *Patrimoni dedicati*, in *Riv. Not.*, 2002, 1121 ss.
- RICHARD L. H., *L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible?*, in *RJT*, 2002, 733 ss.
- ROCCO A., *La realizzazione dell'obbligazione naturale nel fallimento del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 674 ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffré, 1967
- ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffré, Milano, 2012.
- ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 813 ss.
- ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: analisi economica della nuova disciplina*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Vol. I, *Negoziato di destinazione: percorsi verso*

- un'espressione sicura dell'autonomia privata*, a cura di Aa. Vv., Milano, 2007, 66 ss.
- ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 185 ss.
- ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, Vol. XIX, a cura di Rescigno, Torino, Giappichelli, 1985, 389 ss.
- ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIX, Milano, Giuffré, 1988, 1041 ss.
- ROPPO V., *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 250 ss.
- ROPPO V., *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1 ss.
- ROSELLI F., *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, in *Giur. Mer., Supplemento*, 2007, 41 ss.
- ROSELLI F., *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile*, Vol. IX, a cura di Bessone, Torino, Giappichelli, 2000, 1 ss.
- RUBINO D., *Della responsabilità patrimoniale. Il pegno.*, in *Tratt. dir.civ.it.*, Vol. XIV, diretto da Vassalli, Torino, Utet, 1956
- RUBINO DE RITIS M., *La costituzione dei patrimoni destinati*, in *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abadessa-Portale, Vol. II, Utet, Torino, 2006, 817 ss.
- RUSSO E., *L'autonomia privata nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Vita not.*, 1982, 488 ss.;
- RUSSO, G. voce *Debito*, in *Nuovo Dig. it.*, Vol. XII, Torino, Utet, 1957, 533 ss.
- SACCO R., *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Giappichelli, Torino, 1955
- SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c., La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Bianca, Giuffré, Milano, 148 ss.
- SALAMONE L., *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, Cedam, 2001

- SALAMONE L., *I «finanziamenti destinati», tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, in *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abadessa-Portale, Vol. II, Utet, Torino, 2006, 877 ss.
- SANTAGATA R., *Patrimoni destinati a specifici affari*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm., Agg., III*, Utet, Torino, 2008, 611 ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966
- SANTOSUOSSO D., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003
- SANTOSUOSSO D., *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 362 ss.
- SANTOSUOSSO F., *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, Vol. I, Utet, Torino, 1983, 120 ss.
- SATTA S., *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ.*, Vol. XV, Tomo I, a cura di Vassalli, Torino, Utet, 1963
- SAVI G.P., voce *Società finanziaria ("Holding") e società di investimento ("Investment trust")*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XVII, Utet, Torino, 1970, 724 ss.
- SAVIGNY F.C., *Le obbligazioni*, trad. dall'originale tedesco con *Appendici* di G. Pacchioni, I, Torino, 1912
- SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, Trad. italiana di Vittorio Scialoja, vol. I, Torino, 1886
- SCARPA D., *Dinamicità e congruità del patrimonio destinato ad uno specifico affare*, in *Società*, 2010, 39 ss.
- SCARPA D., *Inizio e fine del patrimonio destinatario tra adeguatezza e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2009, 1041 ss.
- SCHLESINGER P., *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. e pratica delle società*, 2003, 6 ss.
- SCHREIBER O., *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, Leipzig, 1914

- SCHUPFER F., *Il debito e la sua responsabilità. Brevi parole per svegliare i dormienti*, Roma, 1915
- SCOGNAMIGLIO C., *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, in *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione - Guida alla redazione*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 80 ss., consultabile sul sito www.notariato.it
- SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 91 ss.
- SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto civile*, cura di Sacco, Torino, Utet, 2011
- SMITH L., *Scottish Trusts in the Common Law*, in *The Edinburgh Law Review*, 2013, 283 ss.
- SMITH L., *The re - imagined trust*, in *Re – imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, a cura di Smith, Cambridge University Press, 2012, 258 ss.
- SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Riv. soc.*, 2007, 19 ss.
- SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, a cura di Fondazione Italiana per il Notariato, Il sole 24 ore, 2007, 120 ss.
- SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974
- SPADA P., *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 837 ss.
- SPADA P., *Responsabilità patrimoniale e articolazione del rischio, Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Afferini-Visintini, Milano, 2005, 165 ss.
- SPETH F. H., *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, Paris, 1957
- SRAFFA A. – BONFANTE P., *Società anonime in fraudem legis?*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 649 ss.
- STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale; l'art. 2645 ter c.c.*, II ed., Cedam, Padova, 2010

- STROHAL E., *Schuldübernahme*, in *Jherings Jahrbücher*, 1910, 231 ss.
- TAGLIAPIETRA S., *Azione surrogatoria in funzione satisfattiva?*, in *Quadrimestre*, 1991, 128 ss.
- TERRE F., *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Lexis Nexis, Paris, 2011
- THOMAT-RAYNAUD A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, Defrénois, Paris, 2007
- THUR A. v., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Band I, Berlin, 1910
- TOMASI T., *Novità concorsuali in tema di patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Impresa*, 2005, 1976 ss.
- TORRONI A., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c.: un tentativo di inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, in *Riv. not.*, 2013, 471 ss.
- TRAPANI G., *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale i limiti dell'esecuzione*, in *Studi e materiali*, a cura della Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Giuffré, Milano, 1999
- TRIMARCHI V. M., *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXII, Giuffré, Milano, 1982, 271 ss.
- TROIANO S., *Commento sub. art. 36-37*, in *Testo Unico della Finanza*, a cura di Frattini - Gasparri, Torino, 2012, 568 ss.
- TUCCI G., *Responsabilità patrimoniale e cause di prelazione: disposizioni generali*, in *Casi e questioni di diritto privato, XIV, La tutela dei diritti*, a cura di Aa. Vv., Giuffré, 1997, 130 ss.
- TUCCI G., voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Vol. VIII*, Torino, Utet, 1992, 581ss.
- VASSALLI F., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici vari*, Vol. III, a cura di Vassalli, Giuffré, Milano, 1960, 605 ss.
- VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: una prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 775 ss.

- VIGLIONE F., *Interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, in *Studium iuris*, 2008, 1055 ss.
- VIGLIONE F., *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Giuffré, Milano, 2005
- VINCRE S., *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2005, 126 ss.
- VIOTTI G., *Il fondo patrimoniale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, Vol. II, Zanichelli, Bologna, 2011, 716 ss.
- VISINTINI G., *Riflessioni in tema di fondi comuni di investimento con riferimento al disegno di legge governativo*, in *Riv. Soc.*, 1969, 1194 ss.
- VIVIANTE C., *Il fallimento civile*, in *Trattato di diritto commerciale*, Vol. I, Appendice, Milano, 1929, 451 ss.
- VOCINO C., *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Giuffré, 1942
- WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, II, trad. it. Fadda - Bensa, Unione tipografico-editrice, Torino, 1904
- WINDSCHIED B., *Die ruhende Erbschaft*, in *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879
- WOLFF H.J., *Organschaft und Juristische Person*, Band I, Berlin, 1933
- ZACCARIA A., *È opponibile la revoca di un fondo patrimoniale a chi abbia acquistato immobili in esso vincolati?*, in *Fam. Per. Succ.*, 2012, 246 ss.
- ZACCARIA A., *Rapporti obbligatori e beneficio di inventario. Tipologie e disciplina dell'attuazione*, Giappichelli, Torino, 1994
- ZACHARIÄ VON LIGHENTAL K.S., *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Vol. III, Heidelberg, 1837
- ZENATI F., *Mise en prospective et perspectives de la théorie du patrimoine*, in *Revue trim. droit civ.*, 2003, 667 ss.
- ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 552 ss.
- ZUMPARO M., *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enc. dir.*, Vol. XLII, Giuffré, Milano, 1990, 112 ss.