



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

**SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E
DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO**

INDIRIZZO IN DIRITTO PRIVATO NELLA DIMENSIONE EUROPEA

CICLO XXVIII

NUOVI ITINERARI DELLA SOGGETTIVITA'

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

Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Supervisore : Ch.ma Prof.ssa Arianna Fusaro

Dottorando : Mattia Carniello

Ai miei genitori

SOMMARIO

Introduzione	1
--------------------	---

Capitolo Primo

LE RICOSTRUZIONI DOGMATICHE DEI CONCETTI DI PERSONA GIURIDICA E DI SOGGETTIVITA' GIURIDICA

Sezione I

La nozione di persona giuridica

1. Premesse.....	5
2. La personalità giuridica: i termini del problema	7
3. Le teorie classiche	10
3.1 Le teorie finzioniste.....	10
3.1.1. Teoria del patrimonio allo scopo	13
3.2 Le teorie realiste	16
3.3 Le teorie individualistiche	19
3.4 La teoria dell'organizzazione	21
3.5 Le prospettive formaliste.....	22
4. Le teorie moderne	24
4.1 Il principio riduzionista e di distinzione	24
4.2 Le origini delle dottrine riduzioniste: Kelsen.....	25
4.3 Le dottrine analitiche.....	28
4.4 Osservazioni finali.....	33

Sezione II

La soggettività giuridica

1. Premessa.....	35
2. Gli elementi minimi della soggettività giuridica.....	38
3. Gli effetti della soggettività giuridica.....	45
4. Soggettività e patrimoni autonomi	47
5. Rilievi conclusivi	53

Capitolo secondo

LA NATURA GIURIDICA DEL CONDOMINIO

1. Premessa.....	55
2. I termini del dibattito.....	58
3. Condominio e soggettività: riflessioni ante Riforma 2012.....	64
4. Considerazioni sulla soggettività del condominio post Riforma 2012.....	68
5. La tesi della soggettivizzazione e lo stato della giurisprudenza.....	75
6. Il regime della responsabilità da fatto illecito quale angolo di visuale privilegiato.	78
7. Rilievi conclusivi	81

Capitolo terzo

I FONDI COMUNI D'INVESTIMENTO

1. Premessa.....	83
2. I fondi comuni d'investimento: brevi note introduttive	85
3. L'insufficienza degli schemi dominicali tradizionali.....	88
4. Le tesi sulla natura giuridica dei fondi comuni d'investimento	92

5. La soluzione accolta dalla Cassazione, sent. n. 16605/2010 e le critiche dottrinali.....	98
6. Le ricadute applicative dell'accoglimento della tesi della soggettività.....	106
6.1 Le vicende traslative e la pubblicità.....	107
6.2 Conflitto d'interessi tra società di gestione e fondi.....	112
6.3 Il regime delle responsabilità.....	113
6.4 La sostituzione della SGR.....	117
7. Rilievi conclusivi	119

Capitolo quarto

IL TRUST

1. Premessa.....	125
2. Il problema della soggettività giuridica del trust.....	128
3. Il dibattito sulla soggettività del trust nella giurisprudenza.....	131
4. Rilievi conclusivi.....	136

Capitolo quinto

IL CONTRATTO DI RETE

1. Premessa.....	139
2. I termini del dibattito e le ipotesi ricostruttive	141
3. La scelta normativa del legislatore: la soggettività su base opzionale	146
4. Considerazioni sulla scelta legislativa del termine "soggettività"	149
5. Risvolti applicativi.....	152

Capitolo sesto

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Premesse.	155
2.. Il valore semantico dei termini soggettività e personalità giuridica e il dibattito dottrinale.	159
3. Il condominio, il trust, il F.C.I. e la rete-soggetto.	167
4. Nota conclusiva.	173
BIBLIOGRAFIA.....	175
RIASSUNTO – ABSTRACT.....	189

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di porre in luce – in chiave moderna – i problemi interpretativi determinati dal fiorire nel nostro ordinamento giuridico di tecniche di specializzazione patrimoniale, che sovente hanno posto gli operatori del diritto innanzi all’interrogativo sulla natura giuridica di questi particolari patrimoni.

In particolare, il dilemma che si presenta dinanzi all’interprete attiene alla possibile individuazione – all’interno del tessuto normativo che informa quegli istituti – dei germi della soggettività giuridica tali da far trasmigrare il patrimonio dal mondo degli oggetti di diritto a quello dei soggetti.

A tal fine, l’opera dedica un’ampia prima parte alla ricognizione critica degli orientamenti sulla personalità e soggettività giuridica, che affondano le loro radici nel XIX secolo.

L’analisi è essenziale al fine di impostare il discorso per l’analisi del dato positivo.

Quindi, il lavoro prosegue con la disamina approfondita di quattro tipologie di istituti che, pur essendo in astratto potenzialmente “capaci” di essere considerati soggetti di diritto, non possiedono quegli indicatori normativi minimi idonei a far loro compiere tale salto di qualità.

Si fa riferimento nell’ordine a: condominio, fondi comuni d’investimento, *trusts* e reti-soggetto. Con riferimento a queste è necessario sin da ora rilevare che l’intervento risolutivo del legislatore, che ha attribuito normativamente il crisma della soggettività alle reti, ha spostato i termini del dibattito dalla loro ormai conclamata natura giuridica alle ragioni e all’opportunità di tale scelta.

L'oggetto preponderante della trattazione concerne, come detto, lo studio delle norme che disciplinano ciascun istituto e la presentazione in modo critico delle tesi dottrinali e giurisprudenziali più significative al riguardo.

Grande attenzione è stata inoltre riposta sulle ricadute applicative discendenti dall'accoglimento o meno della tesi del soggetto in luogo di quella di oggetto del diritto, posto che il moderno approccio a tale tematica – ben lontano da vetero-visioni antropomorfe od ontologiche della soggettività – risolve il dilemma sulla base della efficienza normativa della soluzione che si intende fornire al problema.

Non è un caso, infatti, che i fautori della tesi della soggettività abbiano speso gran parte delle proprie argomentazioni nella dimostrazione dei (talora indubbi) vantaggi derivanti dalla ipostatizzazione di un soggetto in luogo di un inerte patrimonio, in particolare con riferimento alle norme pubblicitarie e di circolazione dei beni giuridici.

Tuttavia, l'opera nel complesso abbraccia le tesi dominanti in ciascun ambito, che conducono alla negazione della qualifica di soggetto di diritto per il condominio, il *trust* e il fondo comune d'investimento (non ovviamente per la rete-soggetto qualificata come tale dal legislatore) e ciò in quanto le argomentazioni in questa direzione appaiono senz'altro più persuasive.

Inoltre, non va dimenticato che in un'epoca qual è quella attuale caratterizzata dal moltiplicarsi di tecniche di segregazione patrimoniale endo-soggettive, il riconoscimento di nuovi soggetti di diritto sorti per partenogenesi dai singoli patrimoni specializzati rischierebbe il più delle volte di risolversi in una inammissibile superfetazione concettuale.

In una prospettiva *de jure condendo*, con riferimento al solo condominio, appare plausibile (e in questo senso la giurisprudenza sta fornendo una spinta) una decisa virata nel senso della soggettività, che garantirebbe soluzioni più efficienti nella gestione degli

immobili urbani nell'ottica di una sempre maggior professionalizzazione degli organi che li gestiscono.

CAPITOLO PRIMO

LE RICOSTRUZIONI DOGMATICHE DEI CONCETTI DI PERSONA GIURIDICA E DI SOGGETTIVITA' GIURIDICA

Sezione I

La nozione di persona giuridica

Sommario: **1.** Premesse. – **2.** La personalità giuridica: i termini del problema. – **3.** Le teorie classiche. – **3.1.** Le teorie finzioniste. – **3.1.1.** Teoria del patrimonio alla scopo. – **3.2.** Le teorie realiste. – **3.3.** Le teorie individualistiche. – **3.4.** La teoria dell'organizzazione. - **3.5.** Le prospettive formaliste. – **4.** Le teorie moderne. – **4.1.** Il principio riduzionista e di distinzione. – **4.2.** Le origini delle dottrine riduzioniste: Kelsen. – **4.3.** Le dottrine analitiche. – **4.4.** Osservazioni finali.

1. Premesse.

Il tema d'indagine della presente tesi sconta, forse più di ogni altra tematica civilistica, il problema di attribuire ai termini fondamentali del problema un significato giuridico attendibile.

Infatti, locuzioni quali “soggettività giuridica” e “personalità giuridica” abbisognano di una chiarificazione in merito alla portata e alla rilevanza del loro valore semantico.

La copiosa elaborazione giuridica ed il fiorire di una molteplicità di ricostruzioni (spesso antitetichè) che si sono susseguite in tale ambito tradiscono, infatti, l'equivocità e la mutevolezza dei concetti che si celano dietro tali espressioni linguistiche¹.

Per tale ragione, prima di affrontare l'analisi del dato positivo, appare opportuno ripercorrere brevemente la copiosa letteratura giuridica in materia, per poter meglio apprezzare e comprendere le riflessioni che saranno svolte su ogni singolo istituto esaminato².

¹ Eloquente a tal proposito quanto affermato da F. DI GIOVANNI, *“Persona giuridica”*: storia recente di un concetto, Torino, 2005, 2 : “Questo atteggiamento mentale, tuttavia, non ha impedito che, con riguardo al concetto di “persona giuridica” (forse per quel sentore di artificio che esso ha sempre emanato), il dibattito teorico che si è sviluppato negli ultimi decenni andasse ben al di là di una disputa intorno al modo migliore di intendere e descrivere il concetto, per investire – invece – la sua stessa consistenza logica, e le condizioni ed i limiti del suo impiego all'interno del discorso giuridico”.

² Per una sintetica ricostruzione delle teorie sulla personalità giuridica si veda M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, p. 165 e ss, Giuffrè, 2014.

2. La personalità giuridica: i termini del problema.

Il codice civile italiano dedica il titolo II del libro I (Delle persone e della famiglia) alle “persone giuridiche”, dettando tre norme di tipo definitorio³.

Il contenuto di tali norme e la loro collocazione sistematica suggeriscono che il legislatore abbia accolto una concezione della persona giuridica di antica elaborazione, in virtù della quale le *persone giuridiche* rappresenterebbero una *species* del *genus* “soggetti di diritto”, accanto alle persone fisiche⁴.

In realtà, sebbene il dato positivo sembri effettivamente confortare questa affermazione, risulta ampiamente controverso in dottrina quale posizione occupi, nel mondo del diritto, il fenomeno che il linguaggio legislativo designa con il nome di persona giuridica⁵.

³ L'art. 11 c.c.: “*Persone giuridiche pubbliche*. Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”; l'art. 12 c.c., che subordinava l'acquisto della personalità giuridica delle associazioni, fondazioni ed altre istituzioni private alla concessione con decreto del Presidente della Repubblica, è stato abrogato dall'art. 11, comma 1, lett. a) del D.P.R. 10 febbraio 200, n. 361, in base al quale ora il riconoscimento avviene mediante l'iscrizione nel registro apposito istituito presso le Prefetture; l'art. 13 c.c.: “*Società*. Le società sono regolate dalle disposizioni contenute nel libro V”.

A livello di fonti normative vanno menzionati anche gli artt. 863 c.c. (consorzi di miglioramento fondiario) e l'art. 39 co. 3 Cost. (personalità giuridica dei sindacati ove registrati).

⁴ Si veda G. SCALFI, voce *Persone Giuridiche*, in *Enc. Treccani*, 1, laddove afferma: “La lettura di queste norme mette in evidenza che la legge accoglie una concezione giuridica di antica elaborazione, cioè che le “persone giuridiche” costituirebbero una categoria di “soggetti di diritto” che si affianca a quella delle “persone fisiche” (Libro I, Titolo I). I due primi titoli del libro delle persone attengono appunto l'uno alle persone fisiche, l'altro alle giuridiche”.

⁵ Si veda F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario c.c. Scialoja Branca*, 1969, sub art. 11-42, il quale afferma: “Il problema consiste, anzitutto, nello stabilire quale posizione occupi, nel mondo del diritto il fenomeno che il linguaggio legislativo designa con il nome di persona giuridica: se esso effettivamente assuma, accanto alla persona fisica, la posizione di un ulteriore soggetto di rapporti giuridici o se debba, invece, essere collocato – come è stato più volte collocato, in epoche antiche quanto in epoche recenti – in un ambito diverso dal diritto delle persone”.

Come sarà chiarito nel prosieguo della trattazione, infatti, esistono dei filoni di pensiero che giungono a negare la stessa soggettività degli enti giuridici, riducendo tale nozione ad un mero espediente linguistico, utile per descrivere in modo sintetico complesse discipline giuridiche, ma di cui il giurista potrebbe fare a meno (rendendolo così un concetto *dispensabile*).

Il fenomeno in esame, pertanto, può essere descritto in via di prima approssimazione come quello per il quale entità diverse dall'uomo sono destinatarie di un trattamento normativo analogo, per molti aspetti, al trattamento giuridico riservato all'essere umano⁶.

Occorre, inoltre, sin da subito chiarire quella che da molti autori è stata definita una grave improprietà linguistica.

Si afferma da più parti, infatti, che la contrapposizione tra i due concetti non andrebbe ricondotta alle categorie della *giuridicità* e della *fisicità*, posto che da un lato le persone giuridiche sono dotate di un substrato materiale, cioè "fisico"; per contro gli individui umani, in quanto fenomeni giuridicamente rilevanti, sono qualificati come tali pur sempre dall'ordinamento giuridico⁷.

Il senso della distinzione andrebbe allora ricercato nel fatto che mentre gli individui umani godono di una esistenza al di fuori del diritto, i fenomeni designati come persone

⁶ GALGANO, *op. cit.*, 4 e ss.

⁷ M. BASILE – A. FALZEA, *Persona giuridica*, in *Diritto Privato*, XXXIII, 1983, 41: "In questa delimitazione negativa appare subito evidente una grave improprietà linguistica (...). La contrapposizione dei due predicati non si richiama, come sembrerebbe logico, alle due grandi categorie della giuridicità e della fisicità: le persone giuridiche hanno anch'esse un substrato materiale, e quindi fisico; per contro gli individui umani, in quanto fenomeni giuridicamente rilevanti, hanno titolo alla qualificazione in termini di giuridicità".

giuridiche esistono soltanto perché c'è il diritto, e dunque in funzione esclusiva della giuridicità⁸.

Dalle prime considerazioni sin qui svolte si evince come in tale tematica pressochè nessuna idea affacciata dai giuristi risulti incontrovertibile.

Per tale ragione appare opportuno ripercorrere le principali tesi dottrinali che si sono confrontate nella ricostruzione dogmatica di questo istituto⁹.

⁸ Vedi BASILE-FALZEA, *op. cit.*, 41, anche se i medesimi autori danno immediatamente conto del fatto che nemmeno questa affermazione è condivisa da tutti, in particolare dai sostenitori delle teorie *finzioniste* che predicano una esistenza delle persone giuridiche al di fuori del diritto.

⁹ Come osservava il F. FERRARA Sr., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli –Torino, 1915, 133, è opportuno ripercorrere la storia del pensiero giuridico in materia in quanto “*questi Autori hanno portato sempre il contributo di qualche idea giusta nella determinazione del concetto di persona giuridica*”.

3. Le teorie classiche.

3.1. Le teorie finzioniste.

La concezione più diffusa ed antica, che affonda le radici nella dottrina canonistica del XIII sec. - rimasta dominante in Germania fino alla metà del XIX sec. ed accolta anche in Italia – è stata la c.d. *teoria della finzione*¹⁰.

Il suo più autorevole sostenitore fu il Savigny¹¹, il quale postulava che ogni diritto esistesse a causa della libertà morale insita in ciascun uomo e da ciò derivava che il concetto originario di persona non potesse che coincidere con quello di uomo, il quale solo è capace di diritti.

L'ordinamento giuridico positivo può però modificare tale principio, sia negando la capacità agli uomini, sia estendendola ad enti che uomini non sono.

La persona giuridica è definita, allora, nell'architettura di questa teorica come un *soggetto creato artificialmente capace di avere un patrimonio*.

Questi enti morali sono dunque delle semplici *finzioni* della legge, incapaci in quanto tali di volere ed agire, al pari dei soggetti incapaci per età o demenza.

Il legislatore finge, per soddisfare esigenze proprie del commercio giuridico, che entità diverse dall'uomo abbiano, al pari dell'uomo, l'attributo di persona e a questi soggetti creati artificialmente l'Autore diede il nome di persone giuridiche, in quanto entità che sono ammesse solo per uno scopo giuridico.

Questi stessi pensieri fondamentali si riscontrano in altri Autori, come ad esempio nel Puchta¹², secondo il quale le persone giuridiche godono di un'esistenza semplicemente ideale, e la personalità viene attribuita ad un *concetto*¹³.

¹⁰ FERRARA Sr. , *op. cit.*, 134 e ss..

¹¹ SAVIGNY, *Sistema di diritto romano*, II, 85 e ss.

¹² PUCHTA, *Institutionem*, 28, *Vorlesungen*, 36, *Pandekten*, 25.

I sostenitori della tesi finzionista identificavano il *substrato* della personificazione – ovvero il dato fenomenologico cui attribuire la veste di persona giuridica - quanto alle corporazioni nella *universitas personarum*, quanto alle fondazioni nell'*universitas bonorum*.

Il successo di tale teoria fu imputabile alla sua innegabile semplicità e alla sua intrinseca consequenzialità. Dal postulato che solo l'uomo è soggetto di diritti discendeva cartesianamente che la persona giuridica fosse un essere finto, immaginario.

La teoria della finzione è stata sottoposta, tuttavia, a numerose critiche che ne hanno progressivamente determinato l'abbandono e il superamento¹⁴.

L'obiezione fondamentale che veniva mossa a questa ricostruzione poggiava sulla assenza di una definizione che "in positivo" qualificasse tali enti.

Era ritenuta insoddisfacente la risposta meramente "negativa" fornita dagli Autori in merito all'essenza della persona giuridica: *un subietto artificialmente creato per i rapporti patrimoniali*.

Eloquente in tal senso la domanda con cui si interrogò uno dei più eminenti detrattori di questa teorica: *“chi è questo subietto fantastico, quest'uomo di paglia,*

¹³ Si può menzionare tra i fautori di questa teorica anche il BÖCKING, *Instit. Des röm. Civilrechts*, 24, che affermava come la personalità dell'ente esistesse solo per il diritto e fosse semplicemente giuridica.

¹⁴ V. VAN DE HEUVEL, *De la situation légale des assoc. Sans but lucratif* (Bruxelles 1884), p. 35: “(...) ed ecco un nuovo individuo che appare sulla scena del mondo. Individuo d'una curiosa specie però, che vivrà nelle nuvole dell'astrazione, pur agendo su questa terra per l'intermediario di rappresentanti in carne e ossa. Individuo che non comanda e non presiede che per la forma, che non ha ragione né volontà, che può ordinare dei delitti senza avere la tema d'incorrere in alcuna pena, perché la giustizia punitiva non colpisce che persone fisiche. Individuo dall'esistenza incerta, messo ieri al mondo per la fantasia del potere, e forse annientato domani per un capriccio del legislatore. Individuo finto che dipende d'un altro individuo finto, atteso che la personalità dello stato è essa pure finzione”.

quest'homunculus che viene ad impiantarsi in una collettività di persone od assidersi su un patrimonio per diventarne re?"¹⁵.

Il limite insuperabile di questa teorica consisteva, dunque, nella pretesa di colmare il vuoto della soggettività giuridica con una finzione, posto che la finzione non crea alcuna verità¹⁶. Una teoria che - in definitiva - risultava inservibile come mezzo per spiegare a chi imputare diritti che non appartengono ai singoli individui¹⁷.

Le prospettive nichiliste hanno raggiunto il parossismo con la c.d. teoria del patrimonio allo scopo, che giunge a negare l'esistenza stessa del soggetto artificiale.

¹⁵ GIERKE, *Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe*, Berlin, p. 5.

¹⁶ BÜLOW, *Civilprocess, Fictionem und Wahrheiten* (*Archiv. F. civ. Praxis* vol. 62, p. 1-6), che affermava: "Finzioni scientifiche sono la negazione dell'esatta conoscenza e verità, sono un'auto-illusione, una vera bancarotta della scienza. Ogni finzione è un problema non sciolto".

¹⁷ FERRARA Sr., *op. cit.*, 151.

3.1.1 Teoria del patrimonio allo scopo.

La c.d. teoria del patrimonio allo scopo (*Zweckvermögen*) fu compiutamente elaborata dal Brinz¹⁸ e si innestava nell'alveo della teoria della finzione portandola alle sue estreme conseguenze.

Tale Autore affermava che accanto alle persone fisiche non andasse ricercata una seconda categoria di persone, bensì una seconda specie di patrimoni.

I patrimoni, sosteneva Brinz, sono costituiti da una relazione invisibile tra persone e beni, relazione che può altresì sussistere tra *scopi* e *beni*. Al *pertinere ad aliquem* si sarebbe sostituito il *pertinere ad aliquid*, e dunque lo scopo si sarebbe sostituito al soggetto. L'ordinamento giuridico, dal canto suo, avrebbe apprestato una tutela a questo patrimonio acefalo solo in ragione dello scopo che esso perseguiva.

Il sillogismo giuridico di Brinz può essere così riassunto: posto che non c'è alcun soggetto cui il patrimonio appartenga, e posto che deve esistere un qualche cosa a cui appartenga, esso appartiene ad uno scopo.

L'autore muoveva dalla constatazione che la scienza giuridica non potesse poggiare le proprie basi su soggetti che non esistono, su delle *finzioni* frutto della fantasia.

I diritti attivi, il cui insieme costituisce il patrimonio, non appartengono ad un fantomatico soggetto, bensì allo *scopo* per cui il patrimonio sussiste.

L'*universitas* che rappresenta il substrato di tale entità non può essere né la totalità degli individui, poiché altrimenti si tratterebbe di una comunione, né una finta persona giuridica; per esclusione deve ammettersi che l'*universitas* sia null'altro che lo *scopo* a cui il patrimonio appartiene.

¹⁸ BRINZ, *Lehrbruch der Pandekten*, II, 226 e ss..

Questa teoria non è stata accolta nella sua integralità dagli Autori successivi¹⁹, che ne hanno limitato la portata applicativa alle sole fondazioni, escludendola invece di norma per le corporazioni.

Il principale pregio di questa ricostruzione, come rilevato dal Ferrara Sr.²⁰, sta nell'aver valorizzato l'elemento teleologico che permea tali entità giuridiche.

I concetti di scopo e destinazione del patrimonio rimarranno definitivamente acquisiti alla scienza giuridica quali elementi irrinunciabili nella ricostruzione di questi istituti.

Al contrario, il principale limite della teorica descritta è consistito nella impossibilità logica di concepire un diritto senza un soggetto cui riferirlo.

Il soggetto, si è osservato, è il necessario “*punto d'appoggio del diritto*”²¹, è l'essenziale punto di collegamento del rapporto giuridico che non può restare sospeso nel vuoto. L'esistenza di un soggetto è una necessità concettuale, una categoria *a priori* che non può mancare²². Inoltre, argomentava acutamente il Ferrara Sr., la contrapposizione proposta dal Brinz appariva impropria e fuorviante.

Non ha realmente senso opporre al patrimonio della persona un patrimonio di scopo: infatti il *servire per uno scopo* non è una caratteristica che valga a distinguere un tipo speciale di patrimonio da quello proprio di una persona.

¹⁹ BRUNS, *Holtendorff's Encykl.*, p. 415; EISELE, *Über das Rechtsverhältniss der res publicae in publico usu*, p. 23; BOLZE, *Begriff der jurist. Person*, 184.

²⁰ FERRARA Sr., *op. cit.*, p. 157.

²¹ FERRARA Sr., *op. cit.*, p. 158.

²² Il BONELLI, *Rivista scienza giuridica*, 1890, cerca di salvare questa teorica proponendo una distinzione tra diritto e patrimonio, l'uno che non può esistere senza soggetto, l'altro che al contrario può non appartenere ad alcuno: “Giustissimo che il diritto non può stare senza soggetto, ma altro è diritto senza soggetto, altro è patrimonio senza soggetto. Diritto è facoltà subiettiva, ma patrimonio è posizione, collegamento obiettivo, e nella sua nozione non implica un rapporto di attività, non ha dunque per esigenza logica un soggetto. Un diritto non può essere *nullius*, ma una *res* può essere *nullius*”.

Il momento dello *scopo* non è una specialità di alcuni patrimoni, ma è un carattere generale di tutti i patrimoni.

In definitiva, ridurre il concetto di persona giuridica ad un mero patrimonio di scopo privo di soggetto sembrava contrastare non solo col dato della realtà, ma anche con i principi della logica giuridica. La persona giuridica, dunque, non può essere un morto patrimonio o un centro ideale di interessi, ma deve essere vivificata anche *dall'attività signorile* dei soggetti tramite i quali agisce.

La risposta più veemente alle teorie finzioniste fu elaborata dai seguaci delle teorie organiciste, il cui massimo assertore fu Otto von Gierke²³.

²³ OTTO V. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, p. 22 e ss.

3.2 Le teorie realiste.

Per comprendere appieno la ricostruzione dogmatica del Gierke risulta opportuno evidenziare come la dottrina tedesca intenda il concetto di personalità.

Per il diritto romano, il concetto di persona ruota attorno all'idea del singolo, poiché solo l'uomo si considera come portatore di diritti, e pertanto la personalità ha i caratteri dell'assolutezza, indivisibilità ed intrasmissibilità.

Secondo la concezione tedesca, invece, la personalità è relativa e quindi può essere oggetto di diritti, divenendo così divisibile e trasmissibile. Per tale ragione, la personalità di stampo germanico può ascrivere anche alle *collettività umane* che divengono, in quanto tali, portatrici di diritti.

Afferma sul punto il Ferrara Sr. che la persona tedesca è “*abbastanza ricca per sacrificare, senza la propria distruzione, una parte di sé stessa a favore di una nuova unità volitiva, che nasce naturalmente dalla colleganza*”²⁴.

Su questa concezione tedesca dell'essenza della personalità il Gierke costruisce una teoria della persona giuridica che rompe con le passate teorie finzioniste e fornisce uno straordinario impulso all'affermazione della libertà associativa²⁵.

Nella ricostruzione proposta da questo Autore, la corporazione si presentava come una reale persona collettiva (*real Gesamtperson*) formata da una collettività di uomini, che perseguiva fini che trascendevano la sfera degli interessi individuali.

²⁴ FERRARA SR., *op. cit.*, 196 e ss.

²⁵ Sul contesto storico della teoria gerkiana si veda: ASCARELLI, *Rivista società*, 1959, 1003 e ss., “non occorre un eccessivo smalzimento per cogliere dietro le formulazioni gerkiane la difficoltà della società tedesca di organizzarsi in stato moderno superando strutture corporative e non ha merito di originalità l'osservazione che colloca la teoria realista delle persone giuridiche nel quadro appunto della resistenza alla costituzione dello stato democratico moderno, vuoi quando espressa nel sorridente aristocraticismo francese di Tocqueville, vuoi quando si riporti alle più sanguigne tradizioni gerkiane e alla tendenza germanica ad ipostatizzare gruppi ai quali attribuire missioni e missioni egemoniche”.

Questo *tutto collettivo* diveniva un vero e proprio organismo sociale, dotato al pari dell'uomo di una propria signoria del volere e, pertanto, capace di essere soggetto di diritti. Posto che l'uomo conduce contemporaneamente una vita individuale ed una sociale, egli poteva frazionare la sua volontà e contrapporre alla volontà per sé stesso il vincolo della volontà collettiva.

Secondo l'Autore, l'ente sociale che scaturiva da questo processo di vivificazione esisteva indipendentemente da ogni intervento dello Stato, ed il *riconoscimento statale* - in quest'ottica - aveva un'efficacia meramente dichiarativa.

La persona reale collettiva gierkiana è, dunque, capace di volere ed agire, in quanto idonea ad esprimere una volontà autonoma da quella dei singoli membri che la compongono. Essa agisce per mezzo di propri organi, che traducono in atti la volontà della persona giuridica, purchè vengano rispettate le forme previste dall'atto di costituzione²⁶.

E' proprio l'adozione di una organizzazione corporativa che rappresenta l'elemento unificatore idoneo a trasformare una collettività di persone in unitario soggetto di diritto.

In questa particolare forma di *organizzazione interna del gruppo*, il Gierke ravvisava l'elemento capace di tradurre una pluralità di volizioni individuali in una nuova volontà, che trasformava il gruppo in una nuova individualità distinta da quella dei singoli soggetti che lo componevano²⁷.

²⁶ Il rapporto di immedesimazione organica è così forte che l'Autore teorizza la responsabilità penale dell'ente, che può divenire destinatario di reprimenda e castigo da parte dell'ordinamento giuridico.

²⁷ Si veda sul punto GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. C.c. Scialoja-Branca*, 1969, sub artt. 11-42 c.c., p. 6-7.

L'affermazione della reale esistenza come soggetti degli enti collettivi si fondava sulla confutazione dell'idea individualistica per cui solo l'uomo singolo era capace di volere e dunque di essere titolare di interessi e diritti soggettivi.

In realtà, secondo l'Autore, anche gli organismi sociali trascendenti l'uomo singolo erano, in quest'ottica, portatori di interessi propri e distinti da quelli dei singoli e capaci di una propria *volontà collettiva*²⁸. Tale teorica, seppur ben argomentata e di indubbia rilevanza storica, fu confutata nei suoi principi portanti e progressivamente abbandonata²⁹.

La critica che appare insuperabile a questa ricostruzione si fonda sulla considerazione che la volontà sia un fenomeno psichico, irriferribile ad entità non umane.

Manca nell'ente morale un sostrato organico che sia la sede di una indipendente vita psichica collettiva, che resta un raggruppamento di uomini fra cui si determinano delle interazioni psicologiche, e nulla più.

L'interesse che sta alla base del diritto soggettivo è una valutazione razionale, che può scaturire esclusivamente dalle facoltà intellettive dell'uomo³⁰.

²⁸ Si veda la puntuale ricostruzione di DI GIOVANNI, "*Persona giuridica*" storia recente di un concetto, Torino, p. 15 e ss.

²⁹ FERRARA Sr., *op. cit.*, p. 204 e ss.

³⁰ Si veda AU. CANDIAN, in *Riv. Soc.*, 1963, 252, che afferma: "è indimostrabile l'esistenza di una volontà sociale, poiché pensano e discutono e decidono i soci e non c'è posto per una mistica volontà diversa".

3.3. Le teorie individualistiche.

L'insoddisfazione degli approdi cui sono giunte le teorie organicistiche, ritenute eccessivamente artificiose e metafisiche, ha condotto la dottrina successiva a ricercare che cosa ci fosse di *veramente reale* in queste persone giuridiche.

Capostipite di questa nuova scuola di pensiero fu lo Jhering³¹, la cui teorica prese le mosse dalla nozione di diritto soggettivo, definito quale interesse giuridicamente protetto di cui il titolare può godere. Sarebbero due gli elementi che costituiscono il diritto soggettivo: uno sostanziale che risiede nello scopo pratico del diritto, cioè l'utilità; l'altro formale rappresentato dalla protezione.

Secondo questa ricostruzione, si deve necessariamente affermare che gli unici soggetti destinatari di diritti siano gli esseri umani. La persona giuridica come tale è incapace di godere, poiché essa non ha né interessi né scopi, e dunque nemmeno diritti.

Ne consegue che, posto che nessun diritto può esistere privo di titolare, i reali titolari di esso sono le persone fisiche che si celano dietro alla persona giuridica. Quest'ultima diviene, pertanto, il necessario strumento tecnico destinato a correggere la mancanza di determinazione dei soggetti.

L'ente giuridico così delineato si presenta come una maschera, cioè un meccanismo che serve a veicolare le relazioni della collettività che lo costituisce e l'esterno. I veri aventi diritto sono i membri che formano l'ente, di cui quest'ultimo si fa mero portavoce.

Tale tesi, che pure ha avuto autorevoli sostenitori³², presenta alcune criticità.

³¹ JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, p. 65 e ss., Lipsia.

³² VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Paris, 1884; VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, Paris, 1919. Secondo il primo Autore, per esercitare il commercio non è necessario immaginare la personificazione della società. La persona giuridica non è altro che un insieme di privilegi rivolti a facilitare la pratica degli affari, ma dal punto di vista della loro individualità giuridica, le società personificate sono identiche a quelle non

In primo luogo, appare alquanto riduttivo ritenere che la persona giuridica sia un semplice intermediario artificiale per mascherare il godimento di individui singoli, quasi fosse un soggetto terzo che si frappone artificialmente tra gli associati e gli estranei.

In realtà, l'ente giuridico è la configurazione giuridica che la totalità dei membri assume per raggiungere permanentemente i suoi scopi.

Inoltre, il criterio orientativo dell'interesse risulta invero fallace, posto che la finalità perseguita dalle persone giuridiche può assumere dimensione altruistica, e dunque essere pertinente a soggetti estranei all'ente stesso. Non per questo saranno questi terzi beneficiari a divenire il sostrato fisico dell'associazione.

In secondo luogo non sembra condivisibile l'affermazione per la quale, mentre internamente il *soggetto* sono i membri dell'ente, esternamente è la *maschera* della persona giuridica. In realtà, la distinzione dell'*universitas* dai singoli sussiste sia nel lato interno che esterno.

Il principale merito di questa scuola di pensiero ripone nella valorizzazione degli individui quale reale centro degli interessi perseguiti e protetti dalla persona giuridica.

Tuttavia, la circostanza che questo gruppo di uomini non sia stato presentato come un *unico soggetto di diritto* rappresenta il suo insuperabile limite.

personificate. La persona giuridica non costituisce un soggetto diverso dagli individui che la compongono.

Per il secondo Autore, similmente allo Jhering, i veri soggetti di diritto sono i membri delle associazioni e i beneficiari delle fondazioni. La persona giuridica è solo una maschera, una finzione puramente dottrinarica.

3.4 La teoria dell'organizzazione.

Il superamento dell'individualismo delle teorie descritte nel precedente paragrafo, che non valorizzavano in modo adeguato il concetto di collettività, avvenne principalmente per opera dell'Ennecerus³³.

L'autore riteneva che solo una adeguata organizzazione fosse idonea a consentire il perseguimento di interessi meta-individuali e pertanto considerava le persone giuridiche delle vere e proprie organizzazioni riconosciute i cui membri erano gli organi rappresentativi. L'ente giuridico così inteso aveva una dimensione astratta, che si manifestava attraverso l'ordinata riunione di volontà e di forze.

Questa costruzione probabilmente errava laddove intendeva elevare a soggetto un elemento secondario della persona giuridica, ma che non ne esauriva l'essenza. Identificare l'organizzazione con il soggetto giuridico determinava, inoltre, l'impossibilità di selezionare le collettività che potessero ambire ad essere qualificate come persone giuridiche.

Il rischio di questa teoria era, infatti, quello di ravvisare l'esistenza della persona giuridica in tutti i casi in cui vi fosse una gestione di beni disciplinata dalla legge e sorretta da una organizzazione, seppur embrionale, minimizzando gli altri elementi essenziali quali lo scopo.

³³ ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, p. 229 e ss.

3.5 Le prospettive formaliste.

All'impostazione più antica, che modellava la personalità giuridica sulla figura dell'uomo, si cominciò a contrapporre un diverso approccio³⁴, volto a costruire per la misura della personalità un "*metro puramente formale*"³⁵.

Il dibattito tra finzione e realtà veniva così abbandonato, dal momento che la soggettività andava concepita in ogni caso – anche nella persona fisica – come creazione dell'ordinamento giuridico³⁶.

Il concetto di persona diveniva completamente avulso da quello di essere umano, posto che il soggetto appariva in ogni sua manifestazione una *entità giuridica*³⁷.

Si cominciava così ad argomentare che nessuna entità reale fosse per sua natura un soggetto di diritto, che esistesse prima ed indipendentemente dalla qualificazione in tal senso fattane dall'ordinamento giuridico. La persona giuridica, in quest'ottica, diveniva una *realtà giuridica*, prodotta dall'ordinamento in virtù della sua speciale efficacia creativa³⁸. Prima del riconoscimento l'ente ideale nemmeno esisteva, e veniva ad esistere solo grazie ad esso.

All'interno di queste linee interpretative, il Ferrara Sr. costruiva la sua analisi della persona giuridica³⁹.

L'Autore, rifiutando l'antropomorfismo della teoria della realtà, definiva la persona giuridica come una "*veste giuridica*", una sorta di armatura giuridica per cui i rapporti legati alla realizzazione dei fini di una collettività o organizzazione di individui erano concentrati in un soggetto unico.

³⁴ ZATTI P., *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, 118 e ss.

³⁵ ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, 1968, p. 48.

³⁶ SANTI ROMANO, *Frammenti*, Milano, 1947, 205 e ss.

³⁷ GALGANO, *Delle persone*, cit., p. 10 e ss.

³⁸ FERRARA SR., *op.cit.*, 6, che lo definisce un vero e proprio *miracolo giuridico*.

³⁹ FERRARA SR., *Teoria delle persone giuridiche*, cit., 331 e ss.

I due momenti costitutivi della creazione del nuovo soggetto di diritto erano la qualificazione formale e il sostrato materiale della persona.

Secondo l'Autore, certi fenomeni sociali (il sostrato) riceverebbero dall'ordinamento una "configurazione legale", vale a dire un'impronta giuridica che li rende soggetti di diritto. Un tanto vale sia per l'uomo sia per altri fenomeni, che derivano la loro qualificazione dalla legge che si sovrappone al dato della realtà⁴⁰.

Strutturalmente la persona giuridica sarebbe riconducibile agli uomini che ne fanno parte, ma l'ordinamento giuridico trasforma quella che nasce come un'unità concettuale in una unità giuridica, che si sostituisce, assorbendole, alle individualità dei singoli che la compongono.

Nasce così un nuovo soggetto di diritto, dotato di una sua realtà ideale e giuridica.

Il Ferrara dunque valorizzava l'elemento del sostrato, che scaturiva da una attenta lettura empirica del dato fenomenologico: *"questo procedimento di unificazione di un ente ideale non è una trovata o una invenzione della legge, uno strumento tecnico del laboratorio giuridico...No: il legislatore ha trovato questa forma rudimentale nella vita, e non ha fatto che seguire le orme della concezione sociale. Il riconoscimento della persona giuridica è la traduzione giuridica di un fenomeno empirico: non il processo di una meditata semplificazione a scopi costruttivi"*⁴¹.

Per l'Autore le persone giuridiche erano enti *reali ideali* – posto che i due termini non si escludono – capaci di esprimere una volontà collettivistica attraverso i propri organi.

⁴⁰ FERRARA SR., *Teoria delle persone giuridiche*, cit., 368 e ss.

⁴¹ FERRARA SR., *op. cit.*, p. 33.

4. Le teorie moderne.

4.1 Il principio riduzionista e di distinzione.

Il dibattito moderno sulle teorie della persona giuridica prende le mosse dalla demitizzazione della personalità giuridica e dalla relativizzazione di tale concetto.

Il pensiero giuridico finisce col mettere in discussione la stessa configurabilità della distinta soggettività di enti diversi dall'uomo⁴².

Un tanto avviene, però, superando i limiti dei precedenti orientamenti e spostando l'analisi sul piano del linguaggio giuridico.

Il dualismo tra principio di distinzione e principio riduzionista – che rappresenta una costante delle teorie classiche - viene così portato su un diverso ed originale piano speculativo.

Con la locuzione “principio di distinzione”, riassumibile nel brocardo latino “*universitas distat a singulis qui ibi sunt*”, si intende che la soggettività della persona giuridica abbia un fondamento differente e trascendente rispetto ai singoli che la compongono⁴³.

Al contrario, il “principio riduzionista” postula che la persona giuridica sia null'altro che una espressione riassuntiva di situazioni pur sempre riferibili a singoli individui e che si esprime con l'antica massima: “*universitas nihil aliud est nisi singuli homines qui ibi sunt*”.

I precursori delle moderne teorie riduzioniste – fondate sulle elaborazioni del linguaggio proposte dalla filosofia analitica – possono essere considerati Kelsen e Ascarelli, i quali hanno fornito un decisivo impulso alle teoriche successive.

⁴² DI GIOVANNI, *op. cit.*, p. 35 e ss.

⁴³ D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, p. 276.

4.2 Le origini delle dottrine riduzioniste: Kelsen.

La teoria kelseniana sulla persona giuridica può essere interpretata solo alla luce del “grande ed armonico edificio della “dottrina pura” del quale fa parte”⁴⁴.

Come noto, Kelsen mira al superamento di ogni dualismo tra diritto oggettivo e soggettivo, per ridurre tutto l’ordinamento giuridico a *norma*, ovvero al mero dover essere (*Sollen*) dell’agire dell’uomo scevro da ogni riferimento all’essere (*Seinswelt*) e dai postulati ideologici⁴⁵.

Secondo l’Autore, la persona fisica o giuridica titolare di diritti e doveri, si risolve in tali diritti e doveri⁴⁶.

La persona è un *ordinamento*, cioè una unità di norme che qualificano o impongono dei comportamenti, che a loro volta si differenziano da tutte le altre per il fatto di riferirsi ad un medesimo soggetto, che ne garantisce l’unità. La persona degrada così a mero *concetto ausiliario* della scienza giuridica, creato dalla scienza stessa e non dall’ordinamento giuridico, al solo fine di rappresentare in modo unitario un insieme di norme giuridiche⁴⁷.

Le persone fisiche e giuridiche, secondo il pensiero dell’Autore, hanno pertanto la medesima natura, posto che l’adempimento dei diritti e doveri imposti dall’ordinamento può essere effettuato esclusivamente da esseri umani.

Nel caso della persona giuridica, il meccanismo di imputazione giuridica subisce una complicazione, prevedendo il c.d. *meccanismo di imputazione in due tempi*.

⁴⁴ D’ALESSANDRO, *op. cit.*, 246.

⁴⁵ Secondo Kelsen la giurisprudenza è scienza del dover essere (*Sollen*) e dunque ha per oggetto solamente le norme, intese come giudizi ipotetici che servono a qualificare comportamenti umani e che fondano la propria validità su altre norme sino a risalire alla Grundnorm che conferisce vigenza a tutto l’ordinamento.

⁴⁶ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 197 e ss.

⁴⁷ KELSEN, *op. cit.*, 214 ss.

La comunità di individui, che si organizza per perseguire uno scopo metaindividuale, forma una organizzazione regolata da un ordinamento particolare dedotto in uno statuto. Questo ordinamento particolare si frappone tra l'ordinamento generale e i comportamenti umani destinatari del comando giuridico.

Le norme non possono indirizzarsi all'ente, in quanto tale incapace di ubbidire ad un comando, ma nemmeno direttamente ai singoli individui che lo compongono.

Esse stabiliscono il c.d. *elemento materiale* del comportamento (ciò che si può o si deve fare), riservando alle norme dell'ordinamento particolare la concreta individuazione del soggetto tenuto ad adempiere⁴⁸.

In definitiva, si fa ricorso alla nozione di persona giuridica solo come parlare figurato, posto che i diritti e i doveri prescritti dalla legge sono ascrivibili in ultima istanza ai singoli individui che compongono l'ente, seppure con il medio dell'ordinamento particolare della persona giuridica.

In questo senso il concetto di persona giuridica non è essenziale, ma è dispensabile dall'interprete del diritto.

L'apparente armoniosità dell'edificio giuridico creato dal Kelsen tradisce in realtà delle contraddizioni, che saranno superate solo dalle successive dottrine analitiche.

Infatti, affermare che le norme dell'ordinamento speciale si unifichino in quanto riferibili ad un medesimo soggetto, significa contaminare la purezza del diritto con un dato empirico. E' cioè l'essere umano a costituire l'unità del suo ordinamento, e non è invece l'ordinamento a costituire l'unità dell'uomo, con ciò determinando una intrusione nella sfera dell'essere⁴⁹.

⁴⁸ KELSEN, *op. cit.*, 214 e ss.

⁴⁹ D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 253.

Inoltre, l'Autore a più riprese afferma che i destinatari ultimi dei diritti e dei doveri della corporazione siano gli individui che ne fanno parte, che li posseggono in maniera peculiare, secondo le norme dell'ordinamento particolare⁵⁰.

Tale teorica finisce così con l'individuare il "vero" soggetto nell'individuo umano, rispetto al quale la persona giuridica assume mera veste strumentale.

Per tale ragione la teoria kelseniana viene qualificata come "finzionistica", posto che solo il soggetto umano è *in grado di comportarsi*, e cioè di conformare il proprio comportamento al comando giuridico⁵¹.

In definitiva si evince dal pensiero kelseniano, al di là dei proclami volti ad unificare formalisticamente la persona fisica e giuridica riducendole ad ordinamenti di norme, una distinzione tra un "vero" soggetto ("capace di comportarsi") che è l'essere umano, ed un soggetto per metafora, cioè la persona giuridica.

Il meccanismo di imputazione in due tempi, che degrada a mero momento di *passaggio* la fase di ascrizione alla persona giuridica, conferma la deriva finzionistica ed antropocentrica di Kelsen, che reintroduce surrettiziamente nella sua teoria proprio quell'elemento naturalistico che aveva inteso far fuoriuscire.

⁵⁰ KELSEN, *op. cit.*, 102: "i doveri e i diritti presentati come doveri e diritti della corporazione sono pur sempre (...) doveri e diritti degli individui a questa appartenenti, che questi, però, posseggono in una maniera specifica, in una maniera diversa da quella con la quale essi posseggono i doveri e i diritti senza essere membri della corporazione".

⁵¹ ZATTI, *op. cit.*, 130.

4.3 Le dottrine analitiche.

Gli studi più recenti sulla persona giuridica sono stati influenzati in Italia dal metodo dell'analisi del linguaggio applicato al diritto, che prende il nome di indirizzo *filosofico analitico*.⁵²

Gli approdi cui era giunto il *neo-finzionismo* kelseniano avevano lasciato, infatti, irrisolti alcuni nodi, che la dottrina successiva si farà carico di sciogliere.

In primo luogo essa tenta di rispondere al seguente interrogativo: per quale ragione gli autori che, pur riconoscendo nel solo essere umano il vero soggetto di diritto, rivendicano cittadinanza, nel mondo dell'esperienza giuridica, a persone diverse dagli uomini⁵³?

Tale esigenza di ordine logico - che impone al giurista di ipostatizzare un soggetto giuridico diverso dalle persone fisiche che lo costituiscono - muove dalla constatazione che le situazioni giuridiche che fanno capo all'ente morale non possano essere risolte in situazioni individuali *identiche* o in una serie di situazioni individuali *dello stesso tipo* o su parti dello stesso oggetto (per *quote*)⁵⁴.

⁵² L'Autore britannico che per primo impose tali riflessioni fu HART, *Definition and theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1953. In Italia gli scritti sulla persona giuridica influenzati dal metodo analitico sono principalmente quelli di: SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in "Memorie dell'Accademia delle scienze di Torino", t. 5, parte II, n. 2, Torino 1959; GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in "Rivista di diritto civile", 1965; D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in "Studi in memoria di Tullio Ascarelli", vol. I, Giuffrè, Milano 1969; GALGANO, *Persone giuridiche*, in "Commentario del codice civile" a cura di Scialoja Branca, Zanichelli, Bologna 1969.

Una sintesi di tale approccio metodologico si ritrova in PINTORE, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in *Quaderni Fiorentini*, Tomo II, Milano, 1982.

⁵³ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 13 e ss.

⁵⁴ ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, I, p. 91 e ss.

L'irriducibilità dell'*universitas* nelle posizione dei *singuli*, ha imposto al pensiero tradizionale di dover postulare l'esistenza di un soggetto che fosse titolare dei rapporti ascritti alla collettività organizzata.

Le situazioni giuridiche afferenti alla *universitas* non sarebbero altrimenti spiegabili se non con l'idea che il gruppo costituisca un soggetto di diritto distinto dalle persone dei membri⁵⁵. I fautori delle prospettive analitiche, sulla scorta degli studi elaborati dall'Hart, operano una vera e propria rivoluzione copernicana, ribaltando il punto di vista della dogmatica tradizionale.

La domanda che essi si pongono non è più quella di "che cosa sia una persona giuridica?", ma il problema è quello di accertare in vista di quali *condizioni d'uso* possa essere impiegata tale locuzione nel linguaggio giuridico.

Il primo punto su cui gli Autori convergono è che la "vera" *soggettività* sia solo quella degli individui umani, e che la *soggettività* dei gruppi sia tale solo in senso traslato⁵⁶.

La persona giuridica è in realtà un *nomen* al quale non corrisponde alcun *ens*, e pertanto viene definita quale *simbolo incompleto*⁵⁷.

I simboli completi sono nomi che identificano in modo univoco gli oggetti che descrivono. Attraverso la definizione si apprende il significato del simbolo, significato che si identifica con l'oggetto denotato o simboleggiato.

Il simbolo incompleto, al contrario, non riesce ad indicare l'entità che simboleggia.

Così, seguendo la stringente logica analitica, simboli completi sono senz'altro i nomi delle persone fisiche; i nomi delle persone giuridiche sono, invece, simboli incompleti perché sprovvisti della corrispondenza fattuale immediata.

⁵⁵ FERRARA SR., *op. cit.*, p. 254.

⁵⁶ PINTORE, *op. cit.*, 755 e ss.

⁵⁷ D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 286 e ss.

In quanto sprovvisto di significato, il simbolo persona giuridica può essere trattato solo sintatticamente: occorre cioè individuare, all'interno del discorso in cui il simbolo compare, le regole sintattiche che consentono di eliminarlo e sostituirlo con simboli significanti, cioè i nomi delle persone fisiche⁵⁸.

Trasportando tale analisi sul piano squisitamente giuridico, l'operazione di eliminazione appena descritta si traduce in questa operazione ermeneutica: le norme relative alle persone giuridiche servono esclusivamente a richiamare un gruppo di altre norme, relative queste ultime alle sole persone fisiche⁵⁹.

Si tratta di un perfezionamento del meccanismo kelseniano di imputazione in due tempi, che presentava il limite di teorizzare una *trasposizione meccanica* della disciplina dell'aspetto materiale del comportamento dalla persona fisica a quella giuridica⁶⁰.

La traduzione va invece operata, secondo D'Alessandro, in base ai criteri predisposti dal legislatore quando disciplina l'ordinamento interno della persona giuridica. La normativa di organizzazione dell'ente provvede, infatti, ad indicare quali individui dovranno tenere un certo comportamento e con che modalità di esercizio.

Le norme sulle persone giuridiche, al contrario, non determinano direttamente né l'aspetto personale né quello materiale del comportamento prescritto dalla norma, ma in virtù della *(nuova) imputazione in due tempi* si verifica il fenomeno della *funzionalizzazione delle posizioni individuali*⁶¹.

⁵⁸ PINTORE, *op. cit.*, 753.

⁵⁹ D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 283 e ss.

⁶⁰ Invero lo stesso Kelsen aveva intuito che: "i diritti e doveri che i membri posseggono in una maniera specifica, in una maniera diversa da quella con la quale essi posseggono i diritti ed i doveri senza essere membri della corporazione", KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, p. 102.

⁶¹ D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 282.

Ciò consente di superare la logica tradizionale che postula la tipicità dei *nomina juris*, in virtù della quale i concetti giuridici (proprietà, debito, credito...) avrebbero sempre il medesimo *contenuto* modellato sul soggetto individuale.

Il corollario che ne consegue può essere così riassunto: quando si discorre di diritti e doveri dell'ente, ad essere diverso non è il soggetto titolare di tali facoltà, bensì ciò che cambia è il *contenuto giuridico dei rapporti facenti capo all'ente*⁶².

Detto in altre parole: non è diverso il soggetto al quale imputare i rapporti giuridici, diverso è invece il *contenuto giuridico* dei rapporti facenti capo ai membri.

Ecco che appare compiuta la rivoluzione cui si accennava prima: il problema del concetto di persona giuridica migra dall'ambito dei soggetti dell'imputazione a quello dei *meccanismi* di imputazione⁶³.

Si è così superato l'ostacolo dogmatico consistente nella pretesa di far salva, ad ogni costo, l'unità del concetto di proprietà e di obbligazione, che aveva indotto gli studiosi a creare *ex nihilo* astratti soggetti di diritto, ai quali imputare rapporti giuridici pensati come sempre uguali a loro stessi.

La teorica appena descritta inaugura l'ultima fase dello studio della persona giuridica, e prende il nome di *riduzionismo giuridico*.

Viene cioè giustificata in chiave analitica una concezione individualistica della persona giuridica, in virtù della quale le norme possono riguardare solo comportamenti di individui umani, quali unici veri destinatari del comando giuridico.

Il concetto di persona giuridica, in quest'ottica, serve solo ad *occultare* l'esistenza di discipline speciali e funge da strumento concettuale che permette di ricondurre agli

⁶² GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 15.

⁶³ D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 309.

schemi del diritto comune la speciale disciplina cui il legislatore assoggetta i membri dell'ente⁶⁴.

La persona giuridica cessa così di fungere da schermo che il diritto avrebbe interposto tra i membri del gruppo e i terzi, posto che non è una realtà del mondo giuridico accanto all'uomo.

Essa si presenta come uno strumento del linguaggio giuridico, necessario per riassumere le complesse discipline normative dei rapporti intercorrenti tra le persone fisiche, definite sulla base degli ordinamenti particolari.

⁶⁴ GALAGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., p. 19.

4.4. Osservazioni finali.

La raffinata ricostruzione teorica proposta dalle dottrine analitiche, che come si è visto giunge ad una forma estrema di riduzionismo “giuridico”, financo negando cittadinanza alla persona giuridica e degradandola a mero espediente linguistico, è stata oggetto di alcune osservazioni critiche da parte degli Autori contemporanei⁶⁵.

In particolare, la rilettura moderna del problema della persona giuridica prende le distanze dall’impianto volontaristico proposto dalla teoria pandettistica del diritto.

Infatti, questo postulato ha indotto agli interpreti di individuare nell’essere umano il soggetto destinatario del comando giuridico, posto che egli solo è in grado di comportarsi e di determinarsi secondo una propria volontà.

Tale modo di pensare è stato sottoposto a revisione critica, da quanti ritengono che vada ridimensionato il ruolo dell’azione a vantaggio di quello dell’*interesse*.

Il protagonista fondamentale della norma giuridica deve essere individuato nel soggetto dell’interesse e non dell’azione⁶⁶.

Pertanto, per identificare il soggetto sostanziale della norma bisogna guardare al *portatore dell’interesse* in favore del quale il diritto è posto e non a chi è concretamente chiamato ad agire per la realizzazione di quell’interesse. Il soggetto dell’interesse, cioè il soggetto giuridico sostanziale, non deve essere necessariamente l’individuo umano, ogniqualvolta la norma protegga un interesse di natura impersonale.

La negazione della persona giuridica rischia di condurre alla negazione dell’esistenza di interessi meta-individuali, conclusione che non può essere accolta.

⁶⁵ SCALFI, *L’idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968, 38; GROSSI, *Pagina introduttiva*, Quaderni fiorentini; BASILE-FALZEA, *Persona giuridica*, cit. 41 e ss..

⁶⁶ FALZEA, *Efficacia giuridica*, *Dir. Priv.*, XIV, 476.

Invero, lo statuto normativo delle persone giuridiche è la soluzione che il diritto dà ad un problema reale, cioè quella di garantire un trattamento giuridico differenziato al centro impersonale di interessi, rispetto agli interessi individuali di cui sono portatori i soggetti fisici che lo costituiscono.

L'ipostatizzazione di un soggetto giuridico portatore di tale interesse impersonale si pone quale alternativa razionale alla prospettazione di situazioni giuridiche prive di soggetto.

Non essendo praticabile la seconda via (che pure fu sostenuta dal Brinz con la citata teoria del "patrimonio allo scopo"), si è elaborato il principio di autonoma soggettività giuridica dei centri impersonali di interessi.

Il prosieguo dell'indagine sarà, dunque, dedicato alla enucleazione dei criteri elaborati dalla dottrina per affermare la soggettività giuridica di un determinato centro di interessi meta-individuali.

Sezione II

La soggettività giuridica

Sommario: 1. Premesse. – 2. Gli elementi minimi della soggettività giuridica. – 3. Gli effetti della soggettività giuridica. – 4. Soggettività e patrimoni autonomi. – 5. Rilievi conclusivi.

1. Premesse.

Nella Sezione precedente si è ripercorsa in maniera ragionata l'evoluzione del pensiero in relazione al concetto di persona giuridica, in modo avulso da connotazioni di diritto positivo⁶⁷.

Nell'ordinamento vigente, al contrario, con la locuzione “persona giuridica” si designa un fenomeno ben preciso, in virtù del quale determinati enti, in possesso dei requisiti normativi richiesti, possono ambire al conseguimento della personalità giuridica.

Tradizionalmente si distingue tra enti che conseguono la personalità giuridica mediante il riconoscimento statale (fondazioni, associazioni e comitati) e quelli che assumono tale qualifica con la mera iscrizione al registro delle imprese (le società di capitali).

Le associazioni, le fondazioni e i comitati acquistano la personalità giuridica seguendo la procedura prevista dall'art. 1 del d.p.r. n. 361\2000 (che prevede l'iscrizione di detti enti presso un registro tenuto presso la prefettura) che consente al prefetto di effettuare una valutazione discrezionale sulla opportunità di procedere all'iscrizione⁶⁸.

⁶⁷ Sul problema dell'ascrizione di diritti a soggetti diversi dalla persona fisica, si veda l'ampia ricostruzione di A. FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, p. 1-32, Cedam, Padova, 2002.

⁶⁸ Sui modi di acquisto della personalità giuridica si veda la sintetica disamina di BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, p. 195 e ss, Giuffrè, 2014.

Le società di capitali e le cooperative acquistano le personalità giuridica con la mera iscrizione nel registro delle imprese⁶⁹.

Al contrario, le società di persone, le società di fatto, le associazioni non riconosciute e i comitati (che non si iscrivono nei registri della prefettura ex art. 1 d.p.r. n. 361\2000) di cui all'art. 36 e ss. c.c., sono sprovvisti di personalità giuridica.

Tutte queste figure, pur difettando della qualifica formale di persone giuridiche, sono caratterizzate dalla incidenza di una pluralità di situazioni soggettive su di un complesso patrimoniale e dalla esistenza di un *vinculum iuris*, che ha come termine soggettivo i membri di tali enti, e come termine oggettivo il complesso patrimoniale medesimo⁷⁰.

La dottrina si è a lungo interrogata sulla rilevanza giuridica di questi fenomeni, sulla base dell'ovvia constatazione che *“l'esclusione della personalità non può indurre a ritenere che codesti aggruppamenti non presentino una sorta di unificazione, che sia essa medesima una realtà giuridica”*⁷¹.

Il disagio manifestato da molti autori muove dalla dimostrata insufficienza del criterio puramente formale - cioè la presenza o meno del riconoscimento - al fine di attribuire la soggettività a determinati patrimoni autonomi organizzati, poiché l'unità in senso giuridico può aversi anche in assenza del riconoscimento⁷².

In altre parole, il diniego di personalità giuridica non comporta sempre negazione di soggettività, per la cui sussistenza è sufficiente che l'ente si ponga come centro di imputazione di effetti giuridici⁷³.

⁶⁹ Si vedano gli articoli: 2331 c.c.; art. 2519; 2547; art. 19 c.p.c..

⁷⁰ PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera*, Giuffrè, 1954, p. 78 e ss.

⁷¹ PUGLIATTI, *op. cit.*, 177 e ss.

⁷² RESCIGNO, *Associazione non riconosciuta e capacità di testimoniare*, in *Studi in onore di Messineo*, vol. I, Milano, 1959, p. 398 e ss.

⁷³ GALGANO, *Il principio di maggioranza nei problemi delle società personali*, p. 23 e ss.

Pertanto, la tradizionale bipartizione tra persone fisiche e persone giuridiche appare del tutto insoddisfacente, poiché obbligherebbe l'interprete - che si trovi innanzi ad enti privi di personalità - a riconoscere la soggettività giuridica solamente ai membri o ai componenti di tali enti⁷⁴.

Questa inappagante soluzione ha spinto gli autori ad indagare quegli elementi e quei caratteri che giustifichino il riconoscimento di una impronta unitaria a determinati istituti, sulla scorta delle norme positive⁷⁵.

I paragrafi successivi saranno, pertanto, dedicati alla enucleazione di tali elementi, la cui ricorrenza o meno sarà vagliata nel tessuto normativo dei singoli istituti che saranno esaminati al fine di fornire risposta all'interrogativo di fondo sulla loro natura di soggetti o oggetti di diritto⁷⁶.

⁷⁴ RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, p. 9 e ss.

⁷⁵ POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Giuffrè, 1951, p. 83 e ss..

⁷⁶ Si veda BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, p. 213 e ss, Giuffrè, 2014: l'Autore ribadisce come la qualificazione giuridica di un fenomeno empirico non debba sempre avvenire per riconoscimento formale da parte dell'ordinamento, ma ben può essere dedotta in modo implicito dalla disciplina che informa un determinato istituto.

2. Gli elementi minimi della soggettività giuridica.

L'indagine non può che proseguire nell'analisi di quei caratteri che, nonostante il mancato riconoscimento formale attributivo della personalità giuridica, siano comunque idonei a giustificare una considerazione unitaria di un certo fenomeno giuridico⁷⁷.

Infatti, se è vero che l'ordinamento giuridico non incontra ostacoli di ordine logico nella creazione di nuovi soggetti, esso si arresta innanzi a ragioni di opportunità pratica.

Il diritto ricorre cioè alla creazione di un soggetto giuridico solamente quando lo ritenga opportuno, ovvero di norma in presenza: di un patrimonio autonomo e destinato; di scopi meta-individuali da perseguire; di una organizzazione in grado di attuare tali finalità⁷⁸.

Il primo elemento su cui si è focalizzata la dottrina, così importante da divenire, per taluni, requisito autosufficiente⁷⁹, consiste nella destinazione di un patrimonio al perseguimento delle finalità istituzionali dell'*ens*.

La sussistenza di un patrimonio autonomo/separato⁸⁰ è stato ritenuto da molti Autori elemento consustanziale alla soggettività, al punto che sono giunti a fondare una vera e propria teoria della personificazione dei patrimoni di destinazione.

⁷⁷ L'attribuzione della soggettività giuridica anche a figure associative non personificate costituisce un approdo sicuro a livello giurisprudenziale, come testimoniato da molte pronunce di legittimità (Cfr. Cass. 7755/2003; Cass. 11772/2003; Cass. 8853/2007; Cass. 17683/2010), oltre che ribadito di recente dal legislatore con l'attribuzione della soggettività giuridica alle reti d'impresa (si veda il capitolo a ciò dedicato).

⁷⁸ ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale, Società e Associazioni commerciali*, Roma, 1936, p. 47.

⁷⁹ Su tutti BONELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. Ital. Scienze giur.*, VI (1888), p. 211 e ss; *La teoria della persona giuridica*, p. 600 e ss; *Del Fallimento*, Milano, 1938, p. 507 e ss. Oltre al già citato BRINZ, *op. cit.*, 226 e ss.

⁸⁰ Non c'è perfetta concordia in dottrina sull'esatto significato di tali termini. Alla voce enciclopedica *Treccani, Patrimonio* (dir. civ.), DURANTE V., si definisce il **patrimonio separato** in questi termini: "Informata, in origine, all'esigenza di dar conto dell'essenza della persona giuridica, la formula patrimonio di scopo (*Zweckvermögen* contrapposto a *Personalvermögen*: non si è in presenza di una

Su tutti il Bonelli⁸¹ che, superando le posizioni della dottrina tedesca che si era limitata ad affermare la semi-indipendenza del patrimonio separato, scorse in questi patrimoni delle vere e proprie persone giuridiche, secondo l'equazione "autonomia patrimoniale = personalità giuridica"⁸².

Utilizzando l'efficace immagine del "fisco", l'Autore elevò il patrimonio ad ente, riducendolo tuttavia ad una "casella" che l'ordinamento pone a disposizione dei soggetti per il formarsi dell'unità giuridica⁸³.

L'intuizione della teorica bonelliana risiedette dunque nel fatto che per rendere conto di questa unità non fosse necessario "qualcuno" o "qualcosa" cui riferirla, estranei all'unità stessa, ma fosse al contrario predicabile l'acefalia del centro d'imputazione, ridotto a mera "sigla" o "casella".

seconda specie di persona – si scriveva – ma, al contrario, d'una seconda specie di patrimonio), nella successiva elaborazione teorica tedesca vale a designare sia il nucleo di patrimonio d'un soggetto destinato a una specifica finalità sia il patrimonio di una persona giuridica, in quanto entrambi Sondervermögen (o, anche, Sondergut). (...) il patrimonio separato, più che il rapporto di insensibilità tra nuclei patrimoniali appartenenti allo stesso soggetto, vale ad esprimere la situazione di una massa diversificata dal rimanente patrimonio del soggetto, per essere mirata ad assolvere una peculiare funzione". Il **patrimonio autonomo**, invece, riceve questa definizione: "Si intende per patrimonio autonomo il "fondo" costituito con i contributi d'una pluralità di soggetti e connotato dall'indivisibilità e dalla funzione di garanzia per i debiti coordinati allo scopo con esso perseguito. Si indica, cioè, il distacco di una massa patrimoniale da più patrimoni di provenienza, una *species* del patrimonio separato (anzi, secondo taluno, una somma di più patrimoni separati).

⁸¹ BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. Dir. civ.*, 1910.

⁸² Si veda sul punto la breve descrizione che fa di questa teoria lo ZATTI, *op. cit.*, p. 111 e ss, il quale spiega come il Bonelli sia ricorso all'immagine molto efficace del "fisco". Infatti si sostiene che l'erario non sia nulla più che un'unità contabile, una sigla impressa su partite attive e passive, che ha funzione – ed è questo il punto essenziale – di oggettivo strumento di unificazione delle stesse.

⁸³ Si vedano sul punto le riflessioni di P. ZATTI, *op. cit.*, p. 111 e ss, con le quali l'A. individua il pregio di questa teoria nell'intento di Bonelli di isolare, all'interno del concetto di persona giuridica, l'aspetto che non implichi attributi antropomorfici quali la volontà, l'interesse o l'azione, ma che sia riconducibile alla sola unità/pluralità di rapporti giuridici.

Infine, per spiegare come tale sigla fosse riconducibile ad un soggetto-proprietario, fece ricorso ad un *rapporto di investitura* che esprime esclusivamente la struttura interna del “soggetto-patrimonio”, che attiene cioè alle modalità con le quali il gruppo di uomini *investito* del patrimonio possa attuare ed utilizzare i diritti unificati in esso.

Di opinione diametralmente opposta fu il Ferrara⁸⁴, il quale negò che dall'autonomia patrimoniale dovesse scaturire necessariamente un soggetto giuridico, adducendo sia l'esistenza di patrimoni autonomi che non sono soggetti di diritto sia la possibilità che un medesimo soggetto abbia sotto la sua signoria più masse patrimoniali⁸⁵.

Le masse patrimoniali non personificabili sarebbero divenute così dei patrimoni acefali, come tali non ammissibili in un ordinamento giuridico che fa del soggetto il centro di imputazione di ogni diritto (non va dimenticato che il patrimonio è un insieme di diritti). Come correttamente osservato⁸⁶ in realtà, il nucleo essenziale delle tesi che affermavano la personificazione dei patrimoni, muoveva dall'idea che un complesso patrimoniale unificato e organizzato, e considerato dal diritto un centro di riferimento di determinati rapporti giuridici non riconducibili direttamente al soggetto umano, rendesse il patrimonio stesso un soggetto di diritto⁸⁷.

Queste tesi appartengono ormai ad un dibattito del passato, ma come si vedrà nel prosieguo della trattazione in ambito di fondi comuni d'investimento e *trusts*, offrono degli spunti di riflessione estremamente attuali.

⁸⁴ Si rinvia per gli opportuni approfondimenti al paragrafo a lui dedicato.

⁸⁵ Cfr. FERRARA, *op. cit.*

⁸⁶ CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Giuffrè, Catania, 1964, p.64 e ss.

⁸⁷ Cfr. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, p. 673: “ovunque è un soggetto autonomo di rapporti patrimoniali, sia come tale qualificato, o come tale solamente trattato dal diritto, noi dobbiamo ravvisare l'esistenza legittima di una persona giuridica”.

Non v'è dubbio che l'esistenza di un patrimonio autonomo e destinato alle finalità dell'ente rappresenti un elemento indefettibile per ogni fenomeno giuridico che voglia porsi quale soggetto di diritto nel nostro ordinamento.

Ciò che appare altrettanto certo, specialmente in un'epoca come quella attuale caratterizzata dal fiorire di patrimoni specializzati appartenenti ad un unico soggetto, è che l'esistenza di un patrimonio autonomo non possa essere considerato elemento sufficiente.

Un ulteriore requisito che l'interprete deve ricercare nel tessuto normativo e che vale più di ogni altro a rappresentare il *discrimen* tra patrimonio autonomo inerte e vero e proprio soggetto di diritto, attiene all'esistenza di un ordinamento organizzativo⁸⁸ più o meno complesso grazie al quale uno o più individui perseguono degli scopi predeterminati⁸⁹.

Le norme dettate in materia di associazioni non riconosciute, comitati e società di persone consentono di rilevare un tratto comune, ovvero l'esistenza di una struttura tipica, per cui determinati soggetti definiti organi risultano investiti di funzioni stabili e determinate, il cui esercizio è preordinato all'attuazione degli scopi del gruppo⁹⁰.

Il gruppo collettivamente inteso ed organizzato si dota di un patrimonio, che viene gestito secondo lo speciale statuto che informa quel determinato ente e per il perseguimento dei fini previsti.

⁸⁸ Sull'elemento organizzativo si veda BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, p. 249 e ss, Giuffrè, 2014.

⁸⁹ Si vedano POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, p. 157 e ss; e GALGANO, *Il principio di maggioranza nei problemi delle società personali*, 221 e ss.

⁹⁰ POGGESCHI, *op. cit.*, 160.

Sul punto si può menzionare la teorica del Galgano, che aveva intuito l'importanza dell'esistenza di una organizzazione disciplinata dalla legge ai fini dell'affermazione della soggettività⁹¹.

L'Autore, dopo aver constatato che non si può predicare o meno la soggettività di un istituto sulla base di un mero criterio quantitativo parametrato sulla maggiore o minore complessità dell'organizzazione (l'organizzazione condominiale non è meno complessa di quella di una associazione o di una società in nome collettivo), giunge alla conclusione che il vero *discrimen* sia dato dalla insopprimibilità o meno delle norme che dettano l'apparato organizzativo.

Nelle persone giuridiche le norme di organizzazione hanno natura inderogabile, mentre nella comunione e negli altri fenomeni privi di soggettività possono essere derogate dalla volontà delle parti⁹².

Sempre secondo il medesimo Autore un ulteriore elemento che, secondo l'opinione tradizionale, distinguerebbe i soggetti di diritto dagli enti dotati di personalità giuridica, è dato dalla responsabilità limitata di tutti i membri della persona giuridica⁹³.

Nell'economia della presente trattazione non è necessario indugiare oltre su questo genere di considerazioni, e appare più proficuo trarre delle prime conclusioni.

⁹¹ GALGANO, *op.cit.*, 230 e ss.

⁹² Come si avrà modo di approfondire nel capitolo dedicato al condominio, in realtà le ragioni che conducono alla negazione della soggettività sono più profonde e complesse da quella della mera derogabilità delle norme sull'organizzazione.

⁹³ GALGANO, *op. cit.*, 248 : "Nondimeno, ciò che, alla stregua del diritto positivo, si manifesta come prerogativa propria delle persone giuridiche non è la possibilità, riscontrabile anche nei gruppi non riconosciuti, di limitare la responsabilità di alcuni membri; ma, piuttosto, quella di limitare la responsabilità di tutti i membri. Caratteristica comune ad ogni collettività priva del riconoscimento risulta, infatti, la responsabilità illimitata, se non della totalità dei membri, di quelli, almeno, che ne conducono l'amministrazione. Effetto costante del riconoscimento della personalità appare, invece, quello di rendere possibile l'irresponsabilità personale di coloro che sono preposti alla direzione del gruppo".

Appare chiaro che l'interprete possa riscontrare i germi della soggettività solo in presenza dei due elementi esaminati: organizzazione imposta da norme inderogabili e dotazione di un patrimonio autonomo.

Solo la contestuale e simultanea presenza di tali due requisiti – oltre che del perseguimento di uno scopo possibile e lecito⁹⁴ – consente di poter predicare la soggettività di un determinato istituto.

Infatti, il difetto dell'uno o dell'altro rappresenta di norma un ostacolo insormontabile nel processo di soggettivizzazione di un certo fenomeno giuridico.

Come verrà spiegato diffusamente nel capitolo a ciò dedicato, ad esempio, nel condominio di edifici esiste un gruppo organizzato, e dunque una organizzazione normativamente disciplinata, ma non un patrimonio autonomo costituito in vista del perseguimento di uno scopo predeterminato⁹⁵.

Al contrario, la disciplina dei fondi comuni d'investimento contempla l'esistenza di un patrimonio autonomo e separato, ma difetta – secondo l'opinione maggioritaria – di una struttura organizzativa idonea a far operare l'ente nel mondo dei traffici giuridici.

Considerazioni analoghe valgono anche in materia di *trusts*.

Questi esempi appaiono eloquenti nella dimostrazione della necessità della simultanea presenza di entrambi i requisiti illustrati.

Per quanto concerne il regime della responsabilità patrimoniale, più volte menzionato come il principale effetto scaturente dalla personalità giuridica, va osservato che esso

⁹⁴ Sulla rilevanza dello scopo e delle sue caratteristiche si veda BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, p. 86 e ss, Giuffrè, 2014.

⁹⁵ Invero anche sulla portata stessa dell'organizzazione condominiale sono state avanzate soverchie riserve, posto che, nonostante l'identità dei nomi, gli organi assembleari ed amministrativi del condominio sono investiti di funzioni e prerogative affatto diverse rispetto agli omologhi delle società o delle associazioni.

appare il meno significativo di tutti, attesa l'ampia discrezionalità del legislatore nel regolare tale regime⁹⁶.

⁹⁶ Si veda PELLIZZI, voce *Enc. Trecc.*, *Soggettività giuridica*, p. 6: “Un'avvertenza deve essere subito fatta, però, proprio per quanto riguarda la responsabilità patrimoniale, che spesso viene considerata il principale effetto della personalità giuridica. Tale effetto, invece, non solo non è il principale, ma oggi è forse (a dispetto dell'indagine storica, che ne reclamerebbe l'importanza) il meno significativo in tema di personalità giuridica. Di regola, infatti, la legge statuisce, a proposito d'ogni tipo di collettività, il regime di responsabilità patrimoniale che ad esso compete e, mentre per alcune collettività non dotate di personalità giuridica esclude – in linea di massima – la responsabilità dei soggetti che le compongono (art. 38 e 2615 I co. c.c.) in senso inverso, per alcune collettività dotate di personalità giuridica, attribuisce una responsabilità a soggetti che le compongono (artt. 2362 e 2462 c.c. I co. c.c.; e si veda la problematica della responsabilità dei soci sancita dall'art. 2456, cpv., c.c.). Non è, dunque, esclusivo delle persone giuridiche, né in esse costante, il dato dell'esclusione della responsabilità dei loro componenti per i debiti ad esse imputati. Si può soltanto affermare che nelle persone giuridiche, ove la legge già non disponga in tal senso (ma si veda, per le associazioni riconosciute, l'argomento a contrariis che si può trarre dall'art. 33 u.c. c.c. e, per le società di capitali, gli artt. 2325 I co. e 2472 I co. c.c.), i beni dell'ente garantiscono esclusivamente i debiti dell'ente e non li garantiscono – in linea di massima – i beni di coloro che compongono l'ente”.

3. Gli effetti della soggettività giuridica.

Un ultimo elemento su cui è opportuno soffermarsi, per concludere la disamina di questi concetti, attiene ai possibili effetti che scaturiscono dalla riconosciuta sussistenza di soggettività giuridica.

Va subito evidenziato che tali effetti non costituiscano un “blocco unico” necessariamente presente nella sua interezza o, al contrario, totalmente assente⁹⁷.

E' ben possibile che taluni degli elementi di cui a breve si dirà, compaiano solo parzialmente o con diverse gradazioni⁹⁸.

Il primo elemento minimo che appartiene al concetto di soggettività consiste nella *imputazione*, definibile come volizione dell'ordinamento in base alla quale è possibile selezionare i comportamenti e gli atti di rilievo giuridico tenuti *in nome* dell'ente, da quelli tenuti dal medesimo soggetto persona fisica per conto proprio⁹⁹.

L'identificazione del soggetto giuridico nel cui nome può essere compiuto un certo atto giuridico rappresenta una esigenza originaria ed irriducibile del discorso giuridico, che possiede un significato *utile* e non si risolve in un mero espediente linguistico¹⁰⁰.

⁹⁷ PELLIZZI, *voce enciclopedica cit.*, p. 4.

⁹⁸ Si veda BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, p. 218 e ss, Giuffrè, 2014, il quale sostiene che la disciplina applicabile agli enti non riconosciuti non possa essere direttamente quella dettata per gli enti riconosciuti (artt. 14 e ss c.c.) o altre persone giuridiche, ma che a tale *corpus* normativo ben si possa ricorrere con il procedimento analogico per colmare le lacune nei modi stabiliti dall'art. 12 disp. prelim. c.c.. Anche la Cassazione afferma tale principio (Cfr. Cass. Civ. 2983/1990): “in assenza di specifiche pattuizioni, frutto della autonomia degli associati, si rende necessaria l'integrazione della sommaria disciplina legislativa mediante il ricorso alle norme dettate per regolare i rapporti di altri enti collettivi, nel rispetto dei principi costituzionali riferibili alle diverse materie e situazioni”. In definitiva, alle entità soggettive prive di riconoscimento potranno essere applicati in via analogica i principi dettati per le persone giuridiche, ferme restando le discipline specifiche ostative a tale operazione ermeneutica (ad esempio in tema pubblicitario).

⁹⁹ Si veda A. FUSARO, *op.cit.*, p. 1-32, Cedam, Padova, 2002.

¹⁰⁰ PELLIZZI, *voce enciclopedica cit.*, p. 3.

Un secondo elemento attiene alla possibilità di considerare il soggetto giuridico una *unità*, ovvero come se fosse una “sola persona”.

Un terzo elemento è rappresentato dalla *alterità*, essendo imprescindibile per l’ordinamento valutare se un determinato *ens* sia terzo rispetto ai membri che lo compongono (si pensi al rilascio di garanzie del socio in favore della società).

Infine, l’ultimo elemento da considerare è rappresentato dalla *responsabilità patrimoniale*, posto che non è indifferente per l’ordinamento stabilire quale patrimonio e quali beni si pongano a garanzia del soddisfacimento di determinate obbligazioni imputabili all’ente.

Di questi elementi, è opinione comune che solo l’effetto minimo dell’imputazione sia onnipresente, mentre possono difettare sia quello della unità che dell’alterità¹⁰¹.

L’effetto della limitazione della responsabilità patrimoniale, a causa dell’assenza di una norma generale che la disciplini e per la varietà di soluzioni accolte dall’ordinamento, rappresenta di gran lunga il requisito meno significato e dispensabile.

¹⁰¹ Ad esempio in alcuni enti è ben possibile che i membri che li compongono si sostituiscano *in toto* agli organi che abitualmente li rappresentano, rendendo così superflua l’invocazione del nome comune.

4. Soggettività e patrimoni autonomi.

Tratteggiate brevemente le coordinate di ordine generale in questa materia, risulta ora opportuno focalizzare l'attenzione sull'aspetto peculiare della intersezione tra soggettività e patrimoni autonomi.

Come illustrato nei paragrafi precedenti, il *patrimonio allo scopo* diede il nome ad una delle teoriche formulate dalla dottrina circa il concetto e la natura della persona giuridica: questa concezione vide l'essenza della personalità giuridica nella destinazione obiettiva ad uno scopo predeterminato di un patrimonio senza soggetto¹⁰².

Ai fini che qui interessano si vuole indagare se un patrimonio di destinazione – sia esso appartenente ad un solo soggetto o ad una collettività di soggetti e caratterizzato dalla destinazione e dall'autonomia rispetto al patrimonio generale – debba o meno essere annoverato fra i soggetti giuridici a causa della peculiare disciplina cui è assoggettato, che ne garantisce la destinazione e l'autonomia.

L'indagine non verterà, dunque, sulla ricerca dell'essenza della personalità giuridica in un patrimonio vincolato ad uno scopo, ma più limitatamente sullo stabilire se tali masse patrimoniali possano rappresentare un autonomo centro di imputazione di diritti ed obblighi giuridici¹⁰³.

¹⁰² Si fa riferimento ovviamente alla teoria del Brinz.

¹⁰³ Si è debitori di questa impostazione metodologica da CONDORELLI M., *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico*, 1964, Catania, Giuffrè, p. 27, il quale testualmente afferma: "Quanto ci interessa ora prendere in diretto esame non è dunque la vecchia teorica che, assumendo posizione nel dibattito dottrinale circa il problema dell'individuazione della cosiddetta essenza della personalità giuridica, la scorse nella destinazione obiettiva ad uno scopo predeterminato di un patrimonio senza soggetto. Oggetto della nostra indagine è invece il diverso problema se il patrimonio di destinazione – inteso esso nello specifico significato che abbiamo cercato di delineare nelle pagine precedenti, e cioè come complesso patrimoniale appartenente ad un solo soggetto o ad una collettività, ma caratterizzato dalla specialità della destinazione e dall'autonomia rispetto al patrimonio generale del soggetto o ai patrimoni personali della collettività – debba o meno essere annoverato fra i soggetti

Come si avrà modo di vedere, l'attribuzione della soggettività giuridica ai patrimoni di destinazione è stata proposta tanto in relazione ai patrimoni facenti capo ad una pluralità di soggetti, quanto in relazione a quelli facenti capo ad *un solo soggetto*¹⁰⁴.

Con riferimento ai patrimoni facenti capo a più soggetti, la dottrina si è concentrata in particolare *sull'associazione non riconosciuta* e sulle *società di persone*, interrogandosi sulla possibilità di annoverare queste organizzazioni di individui e di beni tra i soggetti di diritto¹⁰⁵.

L'evoluzione del pensiero giuridico al riguardo, mostra una prima fase durante la quale gli Autori hanno inteso negare ogni forma di soggettività a tali gruppi organizzati, sul rilievo meramente formale del mancato riconoscimento della personalità giuridica a questi enti. In altre parole, tra persona fisica e giuridica non era consentita l'enucleazione di un *tertium genus*¹⁰⁶.

Successivamente, non potendosi più negare rilevanza giuridica a tali collettività patrimonializzate, la dottrina ha mostrato delle timide aperture, ricorrendo a neologismi frutto di compromessi concettuali quali *soggettività imperfetta* o *quasi-soggettività*, pur

giuridici a causa della peculiare disciplina cui è assoggettato dalle norme che lo regolano garantendone la destinazione e l'autonomia”.

¹⁰⁴ Cfr. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 27 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, cit., p. 184 e ss e POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale*, cit., p. 90 e ss.

¹⁰⁶ Eppure la dottrina avvertiva un certo disagio nell'accoglimento di questa soluzione così assolutistica come si evince dalle parole del RESCIGNO P., *Associazione non riconosciuta e capacità di testimoniare*, in *Studi in onore di F. Messineo*, Vol. I, Milano, 1959, p. 398 e ss, nell'estratto contenuto in CONDORELLI, *op. cit.*, p. 35, che afferma: “in linea di principio, soltanto attraverso la personalità giuridica...si crea un soggetto nuovo..., la pratica avverte però che il principio non può essere formulato in modo assoluto (e)...mette in luce l'insufficienza dell'attribuzione o negazione della soggettività di diritto con criteri puramente formali, e cioè in ragione della presenza o della mancanza di riconoscimento, (giacchè) l'unità, in senso giuridico, può formarsi anche dove manca il riconoscimento del soggetto collettivo come persona”.

di far salvo il dogma del riconoscimento formale in tema di persone giuridiche¹⁰⁷. Così, ad esempio la comunione di tipo germanico o altre forme di proprietà collettiva, su cui *si proietta l'ombra della personalità giuridica*, non sono state riconosciute quali entità dotate di soggettività, poiché non era ammesso un *tertium genus*¹⁰⁸ “*che, mentre è soggetto autonomo di diritti, non è persona giuridica*”¹⁰⁹.

L'evoluzione successiva conduceva però ad un generale ripensamento di tali postulati, rilevando come i concetti di personalità giuridica e soggettività giuridica non coincidessero. L'attitudine di un gruppo organizzato a porsi quale soggetto di diritto non poteva divenire un elemento fondante la personalità giuridica, posto che il legislatore attribuiva tale ultima qualifica solo ad alcuni enti collettivi.

In altre parole, mentre la soggettività è conferita ad ogni gruppo che la legge ponga come centro di imputazione di effetti giuridici, la “soggettività qualificata”, denominata personalità giuridica, è il frutto di una particolare normativa speciale¹¹⁰.

¹⁰⁷ Si veda nuovamente RESCIGNO, *op. cit.*, p. 393 e ss. Questi neologismi sono nati per spiegare fenomeni limitati, per poi assumere successivamente una valenza generale. Ad esempio è stato utilizzato per valorizzare le caratteristiche della comunione di tipo germanico, che come noto presenta elementi di forte contiguità col mondo dei soggetti di diritto. Si vedano in tal senso BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, p. 27 e ss; BRUNETTI A., *Trattato di diritto delle società*, Milano, 1946, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 125.

¹⁰⁸ Fu il MESSINEO F., *Per l'individuazione del soggetto collettivo non personificato*, in *Arch. Giur.*, CXLIII (1952), p. 3 e ss, a coniare la locuzione “soggetto collettivo non personificato”, un vero e proprio *ens tertium* munito di soggettività ma non di personalità, il cui paradigma legislativo era individuato nella associazione non riconosciuta. La caratteristica essenziale di questo pseudo soggetto era la mancata *reductio ad unum* da parte dell'ordinamento giuridico, propria sola della persona giuridica.

¹⁰⁹ Così GIOVENE, *Le associazioni di fatto nel diritto privato*, Milano, 1914, p. 11 e ss e analogamente BONELLI G., *I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali*, in *Riv. Dir. comm.*, 1903, I, p- 302 e ss.

¹¹⁰ Cfr. GRASSO, *L'espropriazione della quota*, Milano, 1957, p. 29 e ss e GALGANO, *Il principio di maggioranza nei problemi delle società personali*, cit., p. 230 e ss.

Da ciò è derivato che l'esclusione della personalità non dovesse condurre necessariamente all'esclusione della soggettività¹¹¹.

Pertanto, condizione necessaria e sufficiente per riconoscere ad una collettività organizzata la natura di soggetto giuridico – nell'accezione minimale di centro autonomo di imputazione di effetti giuridici – sarebbe consistito nel fatto che la norma considerasse un gruppo di persone in modo unitario.

E dunque, posto che la pluralità dei contitolari viene considerata simultaneamente e congiuntamente come centro di imputazione del patrimonio, sarebbe parso giustificato scorgere un soggetto giuridico nella collettività cui fa capo il patrimonio di destinazione, e cioè nell'organizzazione di beni e di persone diretta al raggiungimento di uno scopo tutelato dal diritto, anche se priva del conferimento della personalità giuridica¹¹².

La riflessione dottrinale, giunta ad approdi convergenti in merito alla soggettivizzazione di collettività organizzate cui riferire un patrimonio autonomo, appare più divisa in merito alla personificazione dei patrimoni di destinazione facenti capo ad un solo soggetto o, addirittura, privi di soggetto.

Il dibattito ha visto come protagonisti con orientamenti contrapposti il Bonelli¹¹³ ed il Ferrara¹¹⁴, mentre in posizione mediana si è posto il Santoro-Passarelli¹¹⁵.

Il Bonelli – come detto nei paragrafi precedenti - ritenne, in sostanza, che l'autonomia patrimoniale mutasse la natura del collegamento fra il patrimonio di destinazione ed il

¹¹¹ Si veda CONDORELLI, *op. cit.*, p. 45.

¹¹² Si veda in tal senso GIARDINA E., *La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati*, Milano, Giuffrè, 1962, P.282 e ss.

¹¹³ Cfr. BONELLI G., *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. Ital. Scienze giur.*, VI (1888), p. 211 e ss; *La teoria della persona giuridica*, *op. cit.*, p. 600 e ss.

¹¹⁴ Cfr. FERRARA Sr., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. Dir. civ.*, 1911;

¹¹⁵ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 83 e ss.

soggetto cui esso fa capo: essa cancellerebbe il diritto di proprietà ed instaurerebbe un rapporto di rappresentanza fra l' "investito umano" ed il patrimonio, il quale acquisterebbe la natura di persona giuridica.

Il Ferrara, al contrario, contestò tale teoria affermando l'impossibilità di un patrimonio (inteso quale insieme di diritti) privo di un soggetto cui riferirlo.

Il Santoro-Passarelli, infine, ricorse alla nozione di *universitas iuris* per qualificare i patrimoni di destinazione, annoverandola in una posizione di transizione fra la categoria degli oggetti di diritto e quella dei soggetti, denominandola *personalità giuridica attenuata*.

Una posizione sincretica e di superamento delle predette posizioni, apparentemente inconciliabili, è stata proposta dal Condorelli, il quale ha ritenuto che le figure del patrimonio personificato e del patrimonio senza soggetto costituiscano, in realtà, due diverse designazioni della medesima entità giuridica¹¹⁶.

Secondo questo Autore, infatti, si può considerare soggetto di diritto ogni centro autonomo di riferimento di effetti giuridici, pur solo costituito da un complesso patrimoniale. Tale patrimonio non sarà, pertanto, privo di soggetto, ma sarà esso stesso un soggetto giuridico nella accezione sopra considerata.

¹¹⁶ CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico*, cit., p. 64 e ss, il quale testualmente afferma: "La significativa novità della concezione del patrimonio senza soggetto come soggetto, esso medesimo, di diritto, è tutta contenuta nell'esplicita affermazione della soggettività per il diritto non solo della persona fisica e degli enti concepiti e raffigurati sullo schema concettuale del soggetto persona fisica, ma anche di ogni centro autonomo di riferimento di effetti giuridici, sia pure esso costituito da un complesso patrimoniale, nella netta intuizione della necessità di superare il "pregiudizio antropomorfo" che impedisce di inserire armonicamente nel sistema le situazioni non riconducibili al concetto di soggetto di diritto assunto nella sua concretezza di uomo, "per avviare il pensiero scientifico verso la concezione integrale del subietto di diritto".

L'Autore propugna un deciso superamento del pregiudizio antropomorfo e della mera dicotomia persona fisica / persona giuridica *per avviare il pensiero scientifico verso la concezione integrale del subietto di diritto*¹¹⁷.

¹¹⁷ La citazione testuale riportata dal Condorelli appartiene al CARNELUTTI, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale*, RDCo, 1913, I.

5. Rilievi conclusivi.

Come si è rilevato nei paragrafi precedenti, il nostro ordinamento è caratterizzato dalla presenza di enti che, pur non essendo dotati di “personalità giuridica”, godono nondimeno di una certa qual soggettività.

Il requisito indefettibile di essa va rinvenuto nella possibilità di *imputare* all’ente gli atti e gli effetti giuridici compiuti in suo nome, secondo un criterio selettivo.

Altri elementi quali quelli della *unità*, *alterità* e *limitazione della responsabilità patrimoniale*, sono presenti congiuntamente ed indefettibilmente nelle sole persone giuridiche, mentre possono mancare in tutto o in parte negli enti privi di personalità.

La letteratura giuridica ha da molto tempo avvalorato la tesi che le associazioni non riconosciute, i comitati, i consorzi e le società di persone siano dei veri e propri soggetti di diritto ancorchè privi di personalità¹¹⁸.

Più problematico ed in continua evoluzione è il problema di stabilire se determinati patrimoni autonomi e situazioni di contitolarità dominicale possano assurgere a porsi quale centro di imputazione di effetti giuridici divenendo soggetti dell’ordinamento.

Illuminante il passaggio della voce enciclopedica più volte citata nel quale si afferma: *“Resta il problema di quegli altri enti (comunioni, condomini, patrimoni separati) che avrebbero, per così dire, le carte in regola per una disciplina assimilata a quella delle associazioni non riconosciute e delle società di persone, ma per i quali il codice non offre (salvo forse, nell’art. 1131 c.c., per il condominio) neppure quei modesti spunti che ci hanno consentito di riconoscere imputabilità e legittimazione ad associazioni non riconosciute, società di persone, consorzi e comitati”*¹¹⁹.

¹¹⁸ Si veda BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, p. 165 e ss, Giuffrè, 2014.

¹¹⁹ PELLIZZI, *voce enciclopedica cit.*, p. 7.

Per tale ragione, l'indagine proseguirà nell'analisi di istituti - anche di recente introduzione - che hanno quale caratteristica comune quella di aver posto agli interpreti il problema della loro reale natura, che si pone a cavallo tra il mondo degli oggetti e dei soggetti di diritto.

Basti pensare alla recente riforma del Condominio, che come si avrà modo di spiegare ha introdotto una serie di norme che sembrano offrire degli argomenti a sostegno della sua soggettivizzazione.

O ancora in tema di fondi comuni d'investimento, in cui si registra un acceso dibattito tra una giurisprudenza tendenzialmente negatrice ed una dottrina (specialmente notarile) favorevole al riconoscimento della soggettività dei F.C.I.

Analoga *querelle* si è, altresì, manifestata in tema di *trusts*.

Infine, si deve menzionare anche il contratto di rete patrimonialmente dotato, il quale - a differenza degli altri fenomeni citati - ha ottenuto il crisma del riconoscimento della "soggettività" direttamente dalla legge.

Merita menzione per la sua importanza ed attualità, benchè esuli dall'economia del presente elaborato, lo studio della riconoscibilità del danno non patrimoniale in capo all'ente collettivo, che risulta strettamente connesso all'indagine sulla natura giuridica dell'*ens*¹²⁰.

¹²⁰ Non si può che rimandare agli importanti contributi in materia di FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Cedam, Padova, 2002 e di T. MAUCERI, *Enti collettivi e danno non patrimoniale*, Giappichelli, 2013, Catania.

CAPITOLO SECONDO

LA NATURA GIURIDICA DEL CONDOMINIO

Sommario: 1. Premesse. – 2. I termini del dibattito. – 3. Condominio e soggettività: riflessioni ante Riforma 2012. – 4. Considerazioni sulla soggettività del condominio post Riforma 2012. – 5. La tesi della soggettivizzazione e lo stato della giurisprudenza. – 6. Il regime della responsabilità da fatto illecito quale angolo di visuale privilegiato. – 7. Rilievi conclusivi.

1. Premesse.

Il dibattito sulla natura giuridica del condominio affonda le proprie radici in epoca risalente, come testimoniato dalle pagine che il Ferrara Sr. dedicò alla confutazione delle prime tesi avanzate a sostegno della soggettività giuridica del condominio negli edifici¹²¹.

Uno dei fautori di tale minoritario indirizzo fu il Luzzatto¹²², il quale sostenne che la proprietà delle cose comuni spettasse alla *collettività dei partecipanti*, come tale idonea a formare un soggetto distinto dai singoli comproprietari e qualificabile come vera e propria *persona giuridica*.

In tale ricostruzione, la quota di ciascun condomino rappresentava la misura della partecipazione alla collettività, la cui volontà si imponeva sul volere dei singoli comunisti.

¹²¹ FERRARA Sr., *op. cit.*, 466 e ss.

¹²² LUZZATTO, *La comproprietà*, I (Tor. 1908), II (Tor. 1909).

A riprova della soggettivizzazione del condominio, l'Autore adduceva anche il particolare regime delle obbligazioni condominiali, le cui vicende giuridiche erano influenzate dalle decisioni assunte dagli organi della collettività. Il Luzzatto arrivava così a teorizzare una forma di *solidarietà sui generis*, un sistema di *mutua rispondenza* quanto alle obbligazioni tra collettività e singoli condomini.

La tesi appena descritta fu, tuttavia, ampiamente confutata dalla dottrina dominante, in quanto poco aderente sia alla concezione romanistica di comunione sia al dato normativo positivo¹²³.

Per il Ferrara Sr. tra comunione e persona giuridica intercorrerebbe un antagonismo assoluto, posto che la prima denota l'appartenenza di diritti *pro quota* in capo alle persone fisiche; la seconda importa, al contrario, la concentrazione di tutti i diritti in un'unità giuridica, con la conseguente eliminazione di ogni diritto *immediato* sui beni da parte dei soggetti *uti singuli*.

Il condominio difetterebbe, inoltre, secondo l'Autore di un patrimonio autonomo idoneo a soddisfare le obbligazioni dell'ente, anche solo in via preferenziale.

Infine, la collettività organizzata dei condomini non può disporre per maggioranza dell'intera cosa comune, ma i poteri dell'assemblea sono precisamente delimitati dalla legge¹²⁴.

La persuasività delle argomentazioni appena descritte e il complessivo impianto normativo del codice del 1865 impedirono l'affermazione dell'indirizzo minoritario, e

¹²³ Si veda FERRARA Sr., *op. cit.*, 472, nel punto in cui afferma: "Domando all'Egregio Autore, come possa farsi la costituzione d'un istituto basata sulla demolizione della legge".

¹²⁴ L'Autore fornisce inoltre dei precisi referenti normativi del codice previgente idonei a confutare la tesi della soggettivizzazione come ad esempio: art. 679 c.c. che afferma la piena proprietà della quota; art. 1523 c.c. che fa riferimento alla parte che spetta al comunista sulle cose comuni; art. 675 c.c. che prescrive di rispettare il pari uso degli altri quotisti sulle cose comuni.

pertanto l'opinione dominante fu nel senso di negare ogni forma di personificazione dell'ente condominiale.

2. I termini del dibattito.

L'entrata in vigore del codice del '42 non ha offerto indici normativi decisivi a sostegno di quegli orientamenti dottrinali che hanno continuato a perorare, nel corso degli anni, la tesi della soggettività del condominio¹²⁵.

¹²⁵ Si veda ad esempio A. NICITA, *Appunti sulla soggettività del condominio*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 238 ss. Secondo l'Autore «la normativa che disciplina l'istituto evidenzia in modo in equivoco l'esistenza di un ente che non può essere identificato con i singoli condomini: di indiscutibile rilevanza, in proposito, l'art. 1136 che regolando il funzionamento dell'assemblea ha inteso creare una unità autonomamente operante. Altrettanto rilevanti debbono considerarsi le disposizioni riguardanti la nomina e le attribuzioni (art. 1129- 1131), segno tangibile di una struttura che vive e si muove in un ambito che non è quello proprio dei singoli condomini; ed anzi, l'organizzazione interna del condominio ricalca fedelmente quelle delle associazioni riconosciute e delle società. (...). Insomma, nel momento in cui per effetto del distacco (ideale) dalla proprietà singola (o dalla comproprietà) , di determinate "cose", nasce il "gruppo" dei condomini, ossia una entità sorretta da una organizzazione che le consente di vivere ed agire in un ambito certamente distinto da quello proprio di ciascun "condomino", non sembra contestabile negare che soggetto giuridico nuovo sia entrato a far parte della realtà giuridica. Un soggetto giuridico "nuovo" dotato di capacità propria in forza della quale acquista la titolarità del dritto di proprietà sulle "parti comuni" dell'edificio condominiale, può compiere atti di disposizioni sulle medesime, sia pure nel rispetto delle regole riguardanti la formazione della volontà del gruppo (regole applicabili anche al condominio per effetto del rinvio contenuto nell'art. 1139), può agire e resistere in giudizio tramite l'amministratore al quale la legge riconosce, nei limiti delle attribuzioni stabilite dall'art. 1130 o dei maggior poteri conferitigli dal regolamento dell'assemblea, la rappresentanza dei "partecipanti". E se anche l'art. 1131 (comma 1) sembra configurare un rapporto di 36 rappresentanza con i "partecipanti" uti singuli, non si spiegherebbe il potere di revoca dell'amministratore riconosciuto "in ogni tempo" ed anche in mancanza di una giusta causa all'assemblea con la maggioranza stabilita dal comma 2 dell'art. 1136; e non si spiegherebbe perché, dovendosi nella specie ravvisare un mandato collettivo (art. 1728), il potere di revoca (senza giusta causa) non potrebbe essere esercitato da tutti i mandanti».

Nello stesso senso, A. GALLUCCI, *La natura giuridica del condominio*, in *Arch. loc. e cond.*, 2009, 1, p. 29 e 30. Secondo quest'ultimo Autore «il condominio è un centro d'imputazione di rapporti giuridici non riferibili uti singuli ai condomini». A sostegno di tale configurazione l'autore richiama il D.M., 23 dicembre 1976 del Ministero delle finanze (per considerarlo iscrivibile all'anagrafe tributaria), il D.P.R. n. 600 del 1973 (che lo include tra i sostituti d'imposta), la Circolare del Ministero delle Finanze, 6 dicembre 2000 (per le ritenute, i contributi e i premi assicurativi), gli artt. 1129, 1135 e 1137 che segnano l'importanza dell'assemblea quale organo del condominio completamente distinto dai singoli partecipanti. D'altronde, come è stato acutamente osservato "appare quanto meno bizzarro che debba riconoscersi soggettività di diritto al "Circolo della caccia" con tre soci, sito in un paesino di pochi

Tuttavia, la riforma di questo istituto approvata con Legge, 11 dicembre 2012, n. 220 ha fornito nuova linfa ad un dibattito invero mai sopito, suscitando tra gli interpreti dei nuovi interrogativi in merito alla portata e alla rilevanza di talune norme giuridiche di recente introduzione.

Risulta opportuno ricostruire brevemente il quadro argomentativo.

Sulla natura giuridica del condominio si contendono il campo tradizionalmente tre orientamenti dottrinali: la c.d. teoria collettivistica, la teoria individualistica e quella mista¹²⁶.

Secondo la cd. teoria collettivistica il condominio sarebbe un soggetto di diritto, precisamente un ente dotato di personalità giuridica, non unitaria ma collettiva¹²⁷.

Tale teoria valorizza il dettato normativo dell'art. 1117 c.c. , che contiene l'elenco di tutte le parti, le opere e gli impianti che, per legge e salvo patto contrario, sono di diritto comuni, e degli articoli ad esso successivi, che, salvo qualche eccezione, dettano la disciplina delle cose e delle parti comuni.

L'art. 1139 c.c., inoltre, estende al condominio di case i principi della comunione in generale, con ciò confermando che esso è un ente collettivo proprietario come tale delle *res comuni*¹²⁸.

abitanti, ma non al megacondominio con cinquecento condomini e un "volume d'affare" di migliaia di euro l'anno».

M. ROSSETTI, *Il condominio? È un ente di gestione. Ma con limitata personalità giuridica*, in *Dir. e giust.*, 2005, 12, p. 46 Citato in A. GALLUCCI, *La natura giuridica del condominio*, in *Arch. loc. e cond.*, 2009, 1, p. 30.

¹²⁶ Riassume in maniera schematica ed esaustiva gli orientamenti in campo, E. GUERINONI, *La natura giuridica del condominio*, in *Il condominio*, in *Diritto privato nella giurisprudenza*, P. CENDON (a cura di), Torino, 2004, p. 4 ss.

¹²⁷ M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *Il condominio*, Torino, 1993, p. 555-563: «(...) il condominio è rapporto unitario, ispirato dall'interesse collettivo dei partecipanti: esso costituisce un vero e proprio ente collettivo, proprietario delle cose ed opere comuni dell'edificio, con personalità giuridica, non unitaria, ma collettiva (e dunque salvaguardando così in qualche modo l'autonomia dei singoli condomini)».

Secondo tale teoria, essendo le parti comuni di proprietà della collettività, l'assemblea, in quanto organo di essa, potrebbe financo alienarle deliberando a maggioranza.

Secondo la cd. teoria individualistica¹²⁹, al contrario, l'insieme dei proprietari non costituisce di per sé un ente, ma questi rimarrebbero persone distinte che assumerebbero diritti ed obblighi anche quando l'acquisto dei diritti o l'assunzione degli obblighi si produce per effetto di una deliberazione presa in comune¹³⁰.

Infine, i fautori della c.d. teoria mista affermano che la legislazione vigente consente di formulare una concezione mista del condominio, nel quale la il rapporto tra proprietà esclusiva e proprietà può essere qualificato nel senso di necessaria coesistenza¹³¹.

¹²⁸ G. BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982, p. 358. Si veda nello stesso senso, C.M. BIANCA, *Nozione di condominio*, in *Il Condominio*, C.M. BIANCA (a cura di), Torino, 2007, nn. 1-9, p. 1 ss. Di recente, si veda M. BASILE, *Condominio negli edifici*, I, *Diritto civile*, in *Enc. dir. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 8. Sotto la vigenza del codice civile del 1865 si veda, F. CARNELUTTI - in *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 87 – secondo cui il gruppo sarebbe soggetto di diritto titolare della proprietà condominiale, pure in assenza di riconoscimento statale. Dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942 si vedano S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 157 ss.), che discorre di proprietà collettiva e N. LIPARI, *Sviluppo della persona e disciplina condominiale*, in *Riv. giur. ed.*, 1974, II, p. 3 ss., che riconosce nel condominio una aggregazione formale di interessi necessariamente omogenei

¹²⁹ L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1956, p. 220.

¹³⁰ Così riassume l'orientamento individualista, E. GUERINONI, *La natura giuridica del condominio*, in *Il condominio*, in *Diritto privato nella giurisprudenza*, P. CENDON (a cura di), Torino, 2004, p. 6. In base a tale teoria, «la comproprietà delle cose, degli impianti e dei servizi di uso comune, dotate del carattere strumentale, appartiene ai proprietari dei piani o delle porzioni di piano dell'edificio, i quali beneficiano di una larga autonomia contrattuale, mentre l'amministrazione delle parti comuni è affidata all'organizzazione pluralistica del gruppo dei partecipanti, composta dall'assemblea e dall'amministratore» A. GAMBARO e U. MORELLO (diretto da), *Condominio negli edifici e comunione*, in *Tratt. dir. reali*, Vol. III, , Milano, 2012, p. 12, nt. 1.

¹³¹ Si veda in tal senso F. GIRINO, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, 1982, p. 340 laddove afferma: «(...) la deliberazione è espressione finale di un interesse comune, almeno alla maggioranza dei condomini. Non può essere solo l'interesse individuale a obbligare

La giurisprudenza, al contrario, di norma non ha accolto nessuno di tali indirizzi¹³², qualificando il condominio – spesso in modo tralatizio e poco argomentato – quale *ente di gestione*¹³³.

il singolo condomino alla conservazione dell'edificio condominiale, al miglioramento di determinati servizi, ecc. Peraltro, la teoria collettivista non persuade quando si constata l'inesistenza di un interesse superiore, unitario, del gruppo dei condomini. La deliberazione è formata da singoli condomini votanti e non dal gruppo, unitariamente inteso, dei condomini. Mancano disposizioni di diritto positivo che prevedono un interesse superiore del condominio». Si veda altresì A. SCARPA, *L'interesse istituzionale del condominio approda nelle sentenze*, in *Amministrazione immobili*, 2012, n. 162, p. 148 citato in F. LAZZARO, *Il condominio dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 110, laddove afferma: «Le situazioni singole si combinano in una situazione soggettivamente collettiva che conserva una sua rilevanza esterna, capace di riverberare i suoi effetti anche su soggetti estranei al gruppo dei titolari delle medesime situazioni individuali di base. Si professa, così, una distinzione tra la situazione giuridica di con titolarità dei diritti e d'organizzazione dei condomini, dotata di propri organi aventi competenze esclusive e, in quanto tali, con imputazioni di diritti e doveri».

¹³² Si veda però l'orientamento di Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Imm. e propr.*, 2008, 5, p. 311. In base a tale sentenza «la figura dell'ente, ancorché di gestione, suppone che coloro i quali ne hanno la rappresentanza non vengano surrogati dai partecipanti. (...). Orbene, nonostante l'opinabile rassomiglianza della funzione - il fatto che l'amministratore e l'assemblea gestiscano le parti comuni per conto dei condomini, ai quali le parti comuni appartengono - le ragguardevoli diversità della struttura dimostrano la inconsistenza del ripetuto e acritico riferimento all'ente di gestione del condominio. Il condominio, infatti, non è titolare di un patrimonio autonomo, né di diritti e di obbligazioni (...). Per i commenti su questa sentenza si vedano: A. DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l'eterno ritorno*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 773; in *Foro it.*, I, c. 325, con nota A. SCARPA e V. TRIPALDI, *Titolarietà ed attuazione delle obbligazioni di gestione del condominio. Brevi note sui profili processuali della divisibilità degli obblighi del condominio nei confronti dei terzi*; in *Riv. giur. ed.*, I, p. 737, con nota A. CELESTE, *Il singolo risponde solo pro quota per le obbligazioni del condominio verso i terzi: il respiro di sollievo dei condomini e lo sconforto operativo dei creditore*; in *Vita not.*, 2008, I, p. 1287, con nota E. TIMPANO, *Le obbligazioni condominiali fra parziarietà e solidarietà*.

¹³³ Si veda ad esempio: G. CASSANO (a cura di), *Manuale pratico del nuovo condominio*, Santarcangelo, 2013, p. 8, laddove afferma che: «Secondo la costante giurisprudenza di legittimità e quella di merito, il condominio è un ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei singoli condomini, ove l'esistenza di un organo rappresentativo unitario, quale l'amministratore, non priva i singoli partecipanti della facoltà di agire a difesa dei diritti esclusivi e comuni inerenti all'edificio condominiale». In giurisprudenza, ex multis, Cass., 6 febbraio 2013, n. 2840. Ancora, Cass., 21 febbraio 2013, n. 4338; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4008; Cass., 21 giugno 2013, n. 15713; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2156; Cass., 28 marzo 2012, n. 4994; Cass., 20 febbraio 2009, n. 4225; Cass., 7 dicembre 2004,

Con tale espressione si fa riferimento ad un ente collegiale portavoce di interessi individuali, sfornito di autonomia patrimoniale e personalità giuridica distinta da quella dei singoli condomini, e che agisce, in ambito sostanziale e processuale, a mezzo del suo amministratore quale mandatario dei condomini¹³⁴.

La giurisprudenza, pertanto, nega che il condominio abbia una propria personalità giuridica ed una autonomia patrimoniale, anche se da un punto di vista pratico, lo stesso condominio “è sempre più vissuto come ente, una sorta di società di fatto, a cui sono attribuiti diritti e doveri”¹³⁵.

Come si può intuire, si tratta di una espressione di non agevole intelligibilità, che alcuni Autori non hanno esitato a definire una *formula suggestiva*¹³⁶.

n. 22943; Cass., 8 marzo 2003, n. 3522; Cass., 7 dicembre 2004, in Riv. giur. ed., 2006, p. 2440; Cass., 29 agosto 1997, n. 8257; Cass., 12 febbraio 1997, n. 1268; Cass., 12 marzo 1993, n. 34 2393; Cass., 14 dicembre 1993, n. 12304; Cass., 11 dicembre 1993, n. 12208; Cass., 24 marzo 1981, n. 1720; Cass., 21 maggio 1973, n. 1464, in Foro it., I, c. 1515.

¹³⁴ Come osserva A. CERULO, *Il condominio in generale*, in *Il nuovo condominio*, R. TRIOLA (a cura di), Torino, 2013, p. 17, sono molteplici le implicazioni pratiche di tale prospettazione. Ne fornisce un ampio elenco l’A. citato: “l’amministratore è configurato come rappresentante ex mandato dei condomini, i quali conservano il potere di agire a tutela dei loro diritti; domicilio nel quale si deve adempiere l’obbligazione del condominio dedotto in causa, in difetto 35 dell’indicazione d’un luogo destinato all’organizzazione e allo svolgimento della gestione condominiale, è il domicilio dell’amministratore. Inoltre, il condominio, in virtù della qualificazione come ente di gestione, ente che opera, anche sul terreno processuale, in rappresentanza e nell’interesse comune dei partecipanti limitatamente all’amministrazione ed al buon uso delle cose comuni, senza poteri d’interferenza sulle posizioni giuridiche autonome dei singoli condomini, non ha il potere di opporre, per resistere alla domanda d’annullamento di una delibera condominiale che s’assume in contrasto con il regolamento di condominio, predisposto dall’originario unico proprietario dell’edificio, l’eccezione di inopponibilità di tale regolamento ad uno o più condomini, per la mancanza del relativo richiamo nei loro atti di acquisto ovvero della successiva adesione, attenendo ad un’autonoma situazione giuridica del singolo condomino interessato».

¹³⁵ G. CASSANO (a cura di), *Manuale pratico del nuovo condominio*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 8-9.

¹³⁶ R. CORONA, *La natura giuridica del condominio*, in *Trattato dei diritti reali* Vol. III, GAMABARO – MORELLO (diretto da), p.59.

Questa definizione è stata invero coniata dalla giurisprudenza per spiegare e risolvere fenomeni non omogenei, prevalentemente legati a vicende processuali.

Ad esempio per dare conto del fatto che: la legittimazione dell'amministratore non priva i singoli partecipanti della loro legittimazione ad agire in giudizio in difesa dei diritti relativi alle parti comuni; di avvalersi autonomamente dei mezzi di impugnazione; di intervenire nei giudizi intrapresi dall'amministratore¹³⁷.

La dottrina appare nel complesso critica nell'ammettere la figura di un ente che si limiti a gestire un patrimonio altrui¹³⁸, ente che peraltro dovrebbe essere dotato di una certa qual soggettività giuridica¹³⁹ e la cui esistenza risulta incoerente con la concorrente legittimazione dei condomini ad agire per la tutela dei loro diritti¹⁴⁰.

In definitiva, concludono alcuni Autori, non è utile ricorrere alla nozione di ente di gestione, soltanto perché l'amministratore beneficia di una legittimazione processuale, che è almeno in parte concorrente con quella dei condomini.

Da qui, la ritenuta natura pleonastica di tale formula¹⁴¹.

¹³⁷ Si vedano, tra i molti, i seguenti riferimenti giurisprudenziali: Cass., Sez. II, 22 ottobre 2007, n. 22089, in *Guida al diritto* 2008, f. 5, 57; Cass. Sez. III, 20 febbraio 2009, n. 4245, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2009, I, 661; Cass. Sez. II, 28 agosto 2002, n. 12588.

¹³⁸ Cfr. SALIS, *Condominio e ente di gestione risultante da scritture private* in *Riv. Giur. Edilizia*, 1963, I, n. 5, 469.

¹³⁹ NASINI, *La decisione delle Sezioni Unite 9148/2008: profili critici e dubbi applicativi*, *Arch. Loc.*, 2008, 452.

¹⁴⁰ R. CORONA, *op. cit.*, p. 67.

¹⁴¹ R. CORONA, *op. cit.*, p. 71.

3. Condominio e soggettività: riflessioni ante Riforma 2012.

Come accennato al paragrafo precedente, alcune ricostruzioni teoriche sulla natura giuridica del condominio riconoscono ad esso una vera e propria soggettività giuridica¹⁴².

Oltre alle già ricordate teorie della persona giuridica collettiva e dell'ente di gestione¹⁴³, si può menzionare anche il pensiero di Bianca che giunge ad affermare la “*semplice soggettività*” del condominio¹⁴⁴.

Secondo l'Autore il condominio, pur essendo privo di capacità generale ed autonomia patrimoniale perfetta, deve nondimeno essere considerato un soggetto di diritto, ovvero un ente titolare di situazioni giuridiche soggettive, che non fanno capo ai singoli condomini¹⁴⁵.

Per tutte le teorie soggettivistiche, l'assemblea e l'amministratore si configurano come organi dell'ente.

L'assemblea è considerato l'organo depositario della volontà del gruppo, che non abbisogna di alcuna nomina in quanto *organo naturale*; l'amministratore rappresenta

¹⁴² La natura giuridica del condominio ha sempre suscitato degli interrogativi e delle proposte di soggettivizzazione, a causa della avvertita esigenza di conciliare la pluralità dei soggetti e il diritto esclusivo sullo stesso bene (*duorum vel plurium in solidum dominium vel possessionem esse non potest*). Si veda V. NASINI, *L'amministratore*, in *Il nuovo condominio*, R. TRIOLA (a cura di), Torino, 2013, p. 755: «Ma ciò dipende anche dal fatto che è lo stesso istituto condominiale, così come disciplinato dal legislatore ad essere una figura atipica e ibrida, una sorta di *tertium genus* relegato, con la sua collocazione nella categoria dell' “ente di gestione”, frutto della fantasia creativa della giurisprudenza e della dottrina, in una sorta di limbo a mezza strada tra la persona fisica e la persona giuridica che sembra evincersi indirettamente da numerose disposizioni del vigente codice civile anche dopo le modifiche apportate dalla recente riforma dell'istituto condominiale ad opera della legge 11 dicembre 2012, n. 220».

¹⁴³ Anche se la giurisprudenza continua a negare a tale “ente di gestione” una soggettività, appare difficile negare che un ente *non-esistente* possa curare gli interessi comuni dei condomini.

¹⁴⁴ BIANCA, *Nozione di condominio*, in *Il condominio* a cura di Bianca, Torino, 2007, n. 9, 18, ss.

¹⁴⁵ Ad esempio il potere regolamentare e il potere di nomina dell'amministratore.

l'organo esecutivo, nell'ambito dei poteri assegnatigli dalla legge, dal regolamento e dall'assemblea.

Al contrario, come sostenuto da coloro che negano soggettività al condominio, queste costruzioni non trovano riscontro nel tessuto normativo, nel quale non si riscontrerebbero quegli elementi minimi per affermare il salto di qualità in soggetto di diritto¹⁴⁶.

Mancherebbero, infatti, sia un *scopo proprio dell'ente* sia un *patrimonio separato* costituito da un fondo proprio e dall'insieme dei diritti e delle obbligazioni da attribuire direttamente in capo al condominio¹⁴⁷.

In primo luogo, nella disciplina positiva del condominio non si riscontrerebbe uno *scopo afferente* in modo autonomo al gruppo, elemento invece indefettibile nelle formazioni sociali personificate e non.

Infatti, il fine cui mira l'organizzazione avrebbe carattere prettamente individuale, consistente nel mero godimento delle *res*, degli impianti e dei servizi comuni, in relazione alle porzioni di piano di proprietà individuale.

Questo risultato si raggiunge, inoltre, senza la necessaria mediazione di un'attività del gruppo, ma attraverso il godimento diretto da parte dei condomini dei beni comuni.

Il gruppo, inoltre, non è titolare di diritti sulle parti comuni, posto che esse appartengono "*in comune*" ai singoli condomini (art. 117 co. 1 e 118 co. 2 c.c.); e

¹⁴⁶ Su tutti, CORONA, *op. cit.*, 61 e ss.

¹⁴⁷ Con riferimento alle formazioni sociali, lo scopo costituisce l'elemento unificatore, che dà una ragione e una fisionomia all'ente, il quale esiste appunto in funzione del fine da raggiungere. Un tanto si evince da numerose disposizioni quali art. 27, art. 40, art. 2247, art. 2251 c.c.. Si veda BASILE-FALZEA, *Persona giuridica (dir. Priv.)* in *Encicl. del dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, n. 3.

nemmeno è titolare delle obbligazioni per le parti comuni e della relativa responsabilità, poiché di queste rispondono direttamente i singoli condomini¹⁴⁸.

Nemmeno la presenza dell'assemblea e dell'amministratore giustificerebbero di per sé la tesi della soggettivizzazione del condominio.

Infatti, come osservato da molti Autori, negli enti dotati di soggettività l'assemblea e l'amministratore rappresentano i veri e propri organi attraverso i quali essi manifestano la loro volontà¹⁴⁹.

Sono cioè gli elementi costitutivi del soggetto giuridico, che concorrono a formarne la struttura irrinunciabile e consentono all'ente morale di agire nel mondo giuridico.

Al contrario, nel condominio, non esiste un soggetto di diritto cui riferire gli organi: l'assemblea e l'amministratore raffigurano semplicemente gli strumenti organizzativi relativi alla *formazione degli atti*.

Per quanto concerne l'assemblea, essa permette ai condomini di formare gli atti in modo più rapido ed efficace di quanto non lo permetterebbe il consenso unanime di tutti; l'amministratore, invece, permette di conseguire l'unità relativamente alle attività di gestione e di rappresentanza.

Dunque non si tratta di parti costitutive di un ente che non esiste, ma meri strumenti preordinati al funzionamento dell'organizzazione.

Pertanto, mentre nelle persone giuridiche gli organi perseguono – grazie al patrimonio autonomo – le finalità proprie dell'ente, nel condominio essi sono funzionali a

¹⁴⁸ CORONA, *op. cit.*, p. 64: “Del resto, sul piano pratico e logico non è neppure ipotizzabile l'esecuzione sui beni comuni, perché non è possibile l'espropriazione della facciata, dei muri maestri, del tetto, delle scale e ,tutto sommato, neppure del riscaldamento o dell'ascensore”.

¹⁴⁹ Si veda ad esempio VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, 45.

semplificare e coordinare gli atti della collettività organizzata, senza la necessità di ipostatizzare un soggetto nuovo e diverso dai singoli condomini stessi.

Le norme dettate in materia di condominio assegnano all'assemblea e all'amministratore poteri di mera gestione, che non incidono sui diritti derivanti ai condomini dalla legge, dagli atti di acquisto e dalle convenzioni.

La ragione dell'esistenza di tali organi è da ricondurre alla necessità di facilitare la formazione delle decisioni, di agevolare l'esecuzione e di rendere più sbrigativo l'approccio unitario nei rapporti esterni.

Al contrario, in sede di responsabilità patrimoniale riemergono di tutta evidenza le singole persone fisiche dei condomini, che rispondono delle obbligazioni comuni col proprio patrimonio personale.

Questa impostazione tradizionale, ancora oggi da considerarsi maggioritaria¹⁵⁰, è stata oggetto di nuove riflessioni in ragione della c.d. riforma del condominio, introdotta con L. 220/2012.

¹⁵⁰ Si veda CORONA, *op. cit. addenda*, p. 8 e ss. Va, tuttavia, segnalata una recente pronuncia delle Sezioni Unite (la n. 19663 del 2014) che pare aver rimesso in discussione tale primazia.

4. Considerazioni sulla soggettività del condominio post Riforma 2012.

Come accennato, a seguito dell'importante riforma avvenuta con l'approvazione della L. 220/2012, si è rivitalizzato il dibattito sulla natura giuridica del condominio, posto che la novella legislativa ha valorizzato i caratteri identitari di questo istituto.

In particolare, l'attenzione degli studiosi si è concentrata sull'art. 2659, co. 1, n. 1 ult. cpv., c.c., che ha stabilito che nella nota di trascrizione per gli atti riguardanti i condominii devono essere indicati l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale.

L'introduzione di tale norma ha suscitato degli interrogativi in dottrina, generando due orientamenti in ordine alla portata innovativa dell'art. 2659, comma 1, n. 1 ult. cpv., c.c..

Secondo una prima corrente di pensiero¹⁵¹, la nuova normativa attribuirebbe al condominio una capacità giuridica speciale, che si giustifica sulla base della considerazione che il condominio (così come, ad esempio, le associazioni non riconosciute) costituirebbe un centro unitario di imputazione di rapporti giuridici, individuati in ragione della correlazione con la gestione del condominio stesso.

¹⁵¹ F. LORENZINI, *Codice commentato del nuovo condominio*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 178. In senso analogo, M. MONEGAT, *Riforma del condominio*, Milano, 2013, p. 284-285. Quest'ultima Autrice in particolare osserva che «il “soggetto” condominio viene dunque equiparato al fine della trascrizione nei registri immobiliari, alle associazioni ed ai comitati privi di riconoscimento che, pur non essendo persone giuridiche, sono figure soggettive alle quali può essere attribuita la titolarità diretta di rapporti a contenuto patrimoniale relativi sia a beni mobili che immobili. Se è vero allora che il condominio, allo stato deve ancora intendersi come una organizzazione del gruppo, che non realizza la soggettività e neppure la esprime (nel senso che l'assemblea e l'amministratore non raffigurano gli organi di un soggetto nuovo e diverso dai singoli componenti del gruppo), la necessità sentita dal nuovo legislatore di intervenire sull'art. 2659 c.c. senza dubbio è destinata a lasciare spazio ad ampia discussione e magari anche ad una nuova rivisitazione del concetto di condominio».

Il riconoscimento di tale soggettività consentirebbe di istituire una vera e propria forma di rappresentanza organica del condominio, in virtù della quale possono essere compiuti atti dispositivi per i quali, allo stato della vigente legislazione, occorrerebbe il consenso di tutti i condomini.

Secondo una diversa e maggioritaria interpretazione, il novellato art. 2659 c.c. non varrebbe a conferire una nuova caratterizzazione sistematica all'istituto del condominio equiparandolo agli enti collettivi dotati di soggettività, né tantomeno corroborerebbe la tesi d'una personalità giuridica del condominio e di una rappresentanza organica dell'amministratore¹⁵².

In primo luogo si rileva che il legislatore della riforma, nella Relazione di accompagnamento al disegno definitivo approvato dalla Camera, ha esplicitato la volontà di mantenere la struttura pluralistica dell'istituto, nella quale i proprietari esclusivi delle unità abitative fossero anche i comproprietari delle parti di uso comune¹⁵³.

Ulteriori argomentazioni sono state ricavate da una serie di disposizioni normative, mantenute a seguito della Riforma¹⁵⁴.

¹⁵² Così, A. CERULO, *Il condominio in generale*, in *Il nuovo condominio*, R. TRIOLA (a cura di), Torino, 2013, p. 24.

¹⁵³ La relazione dell'On. Torrisi sul disegno definitivo approvato dalla Camera, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 23 maggio 2012, p. 87, testualmente afferma essere prevalsa l'idea di confermare "la tradizionale configurazione pluralistica dell'istituto del condominio, secondo la quale i proprietari esclusivi delle unità abitative sono anche comproprietari delle parti di uso comune".

¹⁵⁴ Così E. GUERINONI, *La natura giuridica del condominio*, in *Il condominio*, in *Diritto privato nella giurisprudenza*, P. CENDON (a cura di), Torino, 2004, p. 4 ss. Si vedano nel medesimo senso critico le osservazioni di G. BARALIS, *Pubblicità immobiliare e condominio dopo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 2013, 8/9, p. 1957-1958, laddove afferma che: «la mancanza di autonomia patrimoniale dell'ente, l'insuperabilità del dato esegetico - proprietà di tutti i condomini-, la circostanza che l'amministratore del condominio (figura necessaria solo in determinate circostanze) si ponesse non come organo, ma come mero mandatario rendeva improponibile l'idea di una entificazione. (...)Questi aspetti non sono stati

In primis il nuovo art. 63, co. 2, disp. att. c.c. che, sancendo l'obbligo di preventiva escussione dei condomini non in regola con i pagamenti, modella la solidarietà nelle obbligazioni del condominio secondo una disciplina peculiare, distinta rispetto a quella dettata in tema di società di persone (art. 2268 e 2304 c.c.) e delle associazioni non riconosciute (art. 38 c.c.)¹⁵⁵. L'art. 63 disp. att., prevede, infatti, un ordine di escussione esclusivamente tra condomini morosi e non morosi e non già tra un (inesistente) fondo condominiale e i singoli condomini.

Si possono inoltre menzionare : l'art. 12 c.c. che non contempla il condominio fra le persone giuridiche private; l'art. 1117 che prevede una proprietà comune "*dei proprietari*", e non dell'ente unitariamente considerato; l'art. 1123 che dispone che le spese siano sostenute dai condomini, dimostrando così l'assenza di un patrimonio condominiale; l'art. 1132 che prevede la rilevanza del dissenso del singolo condomino, mentre tale rilevanza non sarebbe stata necessaria se la deliberazione dell'assemblea condominiale fosse stata espressione della volontà di un ente distinto dai condomini; l'art. 1131, 1° co., che stabilisce che l'amministratore abbia la rappresentanza dei

minimamente toccati dalla legge di riforma e quindi non vi è motivo di mutare opinione, se non fosse per l'art. 17 che, come prima scritto, sembra rimescolare le carte. Ho scritto che sembra rimescolare le carte perchè permangono le difficoltà insuperabili già prima indicate: l'imputazione a ciascun condomino, in proporzione, della (com)proprietà sulle parti comuni, la mancanza di un rappresentante del supposto ente, la mancanza di autonomia patrimoniale secondo il modello minimale dell'associazione non riconosciuta; a queste difficoltà se ne aggiungono altre: ad esempio la circostanza che il condominio non è una figura unitaria perché nel suo ambito esiste un condominio parziale, laddove, cioè, alcune parti siano comuni solo ad alcuni condomini (esisterebbe, quindi, una forma di ente subalterno?), la necessità, altro esempio, a questo punto, di entificare anche il supercondominio (positivamente previsto dall'art. 1117 bis)».

¹⁵⁵ A. CERULO, *Il condominio in generale*, in *Il nuovo condominio*, cit., p. 24. «La disposizione dell'art. 63, co. 2°, disp. att. c.c., (...) soltanto nel rapporto tra il condominio ed i soggetti che si succedono nella proprietà di una singola porzione, non anche nel rapporto tra questi ultimi, nel quale è invece operante il principio generale della personalità delle obbligazioni: Cass, 22 febbraio 2000, n. 1956» A. SCARPA, *Le spese*, in *Il nuovo condominio*, cit., p. 955, nt. 181.

partecipanti al condominio, confermando ulteriormente la mancanza di un ente del quale l'amministratore abbia la c.d. rappresentanza organica.

Un ulteriore argomento a favore della tesi negazionista si può ricavare dall'art. 1129 cod. civ., che all'ultimo comma rinvia espressamente alla disciplina del mandato per quanto riguarda le regole da applicare al rapporto contrattuale intercorrente tra amministratore e condominio che lo ha nominato.

Molti di tali argomenti sono tuttora validi se si considera che il legislatore della riforma non ha emendato nella sostanza la maggior parte degli articoli appena indicati.

Ad esempio, l'art. 1131, comma 1, c.c. conferisce sempre all'amministratore la rappresentanza dei *partecipanti*, così definiti nel testo di legge attraverso un termine pluralistico e non collettivo; l'art. 1132 c.c. assegna al dissenso del singolo condomino una rilevanza giuridica inconciliabile con una ipotetica natura collettiva del condominio, che verrebbe superata ed assorbita dalla deliberazione assembleare¹⁵⁶.

Inoltre, si è ritenuto che argomenti di segno contrario non possano ricavarsi dall'art. 1135 c.c. co. 1, n. 4¹⁵⁷ e dal già citato art. 2659, comma 1, n. 1 ult. cpv., c.c..

¹⁵⁶ Si veda nuovamente quanto affermato da F. LORENZINI, *Codice commentato del nuovo condominio*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 137 : «A norma dell'art. 1132 c.c., rimasto immutato dalla recentissima legge di riforma sul condominio, viene prevista la disciplina da riservare nel caso in cui un condomino non voglia adeguarsi alla deliberazione assembleare avente riguardo all'instaurazione di un lite o alla resistenza ad una domanda giudiziale. Il condomino dissenziente può, infatti, decidere di estraniarsi da quanto deciso dall'assemblea condominiale e godere dei benefici previsti dall'esaminando articolo, separando la propria responsabilità in ordine ad eventuali conseguenze negative scaturite dalla controversia nel caso di soccombenza del condominio con annesso il diritto di rivalsa per ciò che ha dovuto pagare alla parte vittoriosa».

¹⁵⁷ Art. 1135 c.c.: Oltre a quanto stabilito dagli articoli precedenti, l'assemblea dei condomini provvede: (...) 4) alle opere di manutenzione straordinaria e alle innovazioni, costituendo obbligatoriamente un fondo speciale di importo pari all'ammontare dei lavori; se i lavori devono essere eseguiti in base a un contratto che ne prevede il pagamento graduale in funzione del loro progressivo stato di avanzamento, il fondo può essere costituito in relazione ai singoli pagamenti dovuti.

In primo luogo, il fondo speciale di cui all'art.1135 n. 4, benché obbligatorio e con vincolo di destinazione, non è assimilabile ai patrimoni di cui agli artt. 37, 38 e 2645-ter.

Di conseguenza, l'obbligazione contratta per la gestione della cosa comune, non è soggettivamente semplice (del condominio o del gruppo come tale), ma incombe sui singoli condomini, senza vincolo di solidarietà¹⁵⁸.

Si tratta di una precisazione fondamentale per i sostenitori delle tesi negazioniste, poichè consente di prevenire e superare una possibile obiezione alla tesi che negherebbe la soggettività per difetto di un fondo comune e di un patrimonio autonomo.

Infatti, per ipotizzare l'esistenza di un soggetto giuridico, sia pure nella forma attenuata della persona giuridica collettiva, il patrimonio autonomo ne costituirebbe elemento indispensabile.

Le norme sul condominio, tuttavia, non disciplinano né una nuova specie di patrimonio autonomo, né di fondo comune.

Tale mancanza dimostrerebbe la carenza nella disciplina del condominio dello strumento indispensabile per garantire l'adempimento delle obbligazioni da parte dell'entità giuridica.

In altre parole, il condominio non potrebbe essere considerato titolare di rapporti posto che difetterebbe della titolarità di un patrimonio autonomo o di un fondo comune¹⁵⁹.

¹⁵⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 284. Sull'argomento, A. SCARPA, *Il fondo speciale per la manutenzione ordinaria e le innovazioni nel condominio*, in *Arch. loc. e cond.*, 2013, 5, p. 568. Secondo l'Autore «il fondo speciale di cui all'art. 1135 n. 4 c.c., non possa dirsi "costituito", e perciò non possa dirsi adempiuto il correlato obbligo, posto quale condizione di legittimità della delibera, finché non siano stati versati dai condomini contributi di importo pari all'ammontare dei lavori. Il che non comporta, peraltro, che sin dalla prima deliberazione assembleare che approvi l'intervento di manutenzione straordinaria o di innovazioni debba già sussistere l'integrale accantonamento delle somme».

In conclusione, la qualificazione dell'art. 2659 c.c. quale mera norma sulla pubblicità degli atti, si evince dalla interpretazione sinergica di essa con gli artt. 1117-1118-1123, comma 1, 1131, comma 2, 1135 n. 4, 63, co, 2, disp. att., c.c..

Appare più coerente con il complessivo impianto normativo del "Condominio degli edifici", ritenere che l'intento del legislatore nell'introdurre l'art. 2659 c.c. fosse solo quello di rendere di pubblica evidenza la natura giuridica del bene oggetto di adempimento pubblicitario, non già anche quello di modificarne la relativa titolarità¹⁶⁰.

Con la conseguenza che a tale bene saranno applicabili quelle disposizioni relative al condominio che la giurisprudenza esclude che si applichino nel caso di comunione *pro indiviso* dell'intero edificio¹⁶¹.

¹⁵⁹ R. CORONA, *Appunti sulla situazione soggettiva di condominio*, in *Il condominio negli edifici tra realtà e personalità*, E. MARMOCCI (a cura di), Milano, 2007, 45 e 46; in *Riv. not.*, 2006, 3, p. 633. Cfr., anche 38 ID., *La situazione soggettiva del condominio*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO e U. MORELLO, vol. III, Condominio negli edifici e comunione, Milano, 2012, p. 62; E. TIMPANO, *Le obbligazioni condominiali fra parziarietà e solidarietà*, in *Vita not.*, 2008, I, p. 1291: «Sarebbe invero difficile ravvisare l'esistenza di un soggetto di diritto in mancanza di un patrimonio autonomo o di un fondo comune, dato che, da tale circostanza, discende l'impossibilità di imputare al condominio le obbligazioni e la susseguente responsabilità. In mancanza di un patrimonio autonomo o di un fondo comune, non può, dunque, esservi la responsabilità che costituisce l'indice più significativo della soggettività».

¹⁶⁰ Si veda quanto affermato sul punto da G. BARALIS, *Pubblicità immobiliare e condominio dopo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 2013, 8/9, p. 1958: «Il senso delle istruzioni ministeriali, si badi bene, non era quello di entificare, ma aveva una portata marginale e ridotta: si intendeva far conoscere il regolamento condominiale, assecondando un certo comportamento in tal senso, abbastanza usuale in sede di costituzione del condominio (normalmente per vendita di unità da parte del costruttore), assecondando in particolare, come già scritto, la giurisprudenza dominante che riteneva necessaria la pubblicità per rendere opponibili limitazioni alle proprietà individuali e alla comproprietà condominiale, prescindendo dalle ipotesi in cui ricorresse una servitù, soggetta canonicamente a trascrizione».

¹⁶¹ Ad esempio, di successione *mortis causa* di più eredi all'unico proprietario dell'intero edificio; costruzione, su area comune, di un edificio a cura - o nell'interesse - di più persone, senza distribuzione tra essere di parti determinate: piano, appartamenti. Si veda sul punto L. SALIS, *Gli edifici in condominio*, Napoli, 1964, p. 9.

5. La tesi della soggettivizzazione e lo stato della giurisprudenza.

La fecondità del dibattito descritto al paragrafo precedente, si è manifestata in una recente pronuncia delle Sezioni Unite (sentenza 18 settembre 2014, n. 19663), nella quale si afferma che: “(...) *non possono ignorarsi gli elementi sopra indicati, che vanno nella direzione della progressiva configurabilità in capo al condominio di una sia pure attenuata personalità giuridica, e comunque sicuramente, in atto, di una soggettività giuridica autonoma*”.

Per comprendere la portata di tale affermazione, occorre contestualizzare la pronuncia in esame.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere il contrasto interpretativo sorto in merito alla legittimazione a richiedere l’equa riparazione per l’irragionevole durata del processo in cui è stato parte solo l’amministratore condominiale.

Correttamente, il supremo organo nomofilattico ha statuito che la titolarità esclusiva a richiedere il ristoro previsto dalla L. 89/2001 sussista in capo al condominio – in persona dell’amministratore – negandola invece al condomino *uti singulus*.

Per giungere a tale risultato interpretativo, la Corte prende posizione sulla qualificazione giuridica del condominio, accogliendo la tesi della sua soggettivizzazione.

Uno dei cardini argomentativi su cui poggia questa ricostruzione, va individuato nella esistenza di un interesse proprio del condominio, definito come “*direttamente collettivo e solo mediatamente individuale*”¹⁶².

Le Sezioni Unite ritengono che possa configurarsi un interesse proprio della collettività organizzata condominiale, qualitativamente diverso dell’interesse dei singoli condomini

¹⁶² Le S.U. distinguono tra controversie nelle quali il condomino deve essere considerato parte anche se rappresentato dall’amministratore (Cass. 21.09.2011 n. 10223), ed altre che invece attengono ad esigenze soltanto collettive della comunità condominiale (Cass. 4.7.2001 n. 9033), nelle quali la legittimazione ad agire e ad impugnare spetta esclusivamente all’amministratore.

e quantitativamente non frazionabile per quote e che tale elemento determini il sorgere della soggettività giuridica.

La Corte muove dalla condivisa affermazione che nell'ambito dei gruppi organizzati è possibile ammettere la coesistenza di soggetti che sono persone giuridiche e di soggetti che, pur godendo di un'autonoma attitudine a porsi quali centri di imputazione di rapporti giuridici, non sono qualificabili come persone giuridiche¹⁶³.

L'elemento che rappresenta il *discrimen* tra inerti organizzazioni dotate di patrimonio e veri e propri soggetti di diritto viene dai giudici individuato nell'esistenza di un interesse autonomo del gruppo¹⁶⁴.

Nel caso del condominio, la sussistenza di tale interesse sembra, in effetti, emergere da varie disposizioni normative¹⁶⁵.

In primis si può menzionare dell'art. 1117 c.c., laddove individua quale elemento qualificante le parti comuni tutte le opere, le installazioni, i manufatti di qualunque genere “*destinati all'uso comune*”.

Nello stesso senso rileva l'art. 1117 *ter* c.c., che consente all'assemblea di modificare la destinazione d'uso delle parti comuni, per soddisfare *esigenze di interesse condominiale*. Parimenti l'art. 1117 *quater* appresta una efficace tutela per far cessare tutte le attività che incidano negativamente sulle destinazioni d'uso delle parti comuni.

¹⁶³ Tale tesi è ormai condivisa in dottrina, si veda GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna- Roma, 1976, 123.

¹⁶⁴ Interesse che, secondo l'opinione di molti autori, è in realtà indistinguibile da quello dei singoli condomini. Inoltre, la presenza dell'interesse è condizione necessaria, ma non sufficiente ai fini della soggettivizzazione del condominio in quanto devono ricorrere anche i requisiti del patrimonio autonomo e dell'organizzazione.

¹⁶⁵ Si veda l'analisi compiuta da AMAGLIANI, *La soggettività del condominio negli edifici, i ripensamenti del legislatore e le esigenze della prassi*, in *Diritto civile contemporaneo*, Anno I, Numero III, ottobre/dicembre 2014. Al contrario nella pronuncia delle Sezioni Unite manca questa ricognizione del dato normativo.

Per contro, il singolo condomino non può rinunciare al suo diritto sulle parti comuni, né può sottrarsi all'obbligo di contribuire alle spese per la conservazione di esse (art. 1118 c.c.); né, infine, può eseguire opere che rechino danno alle parti comuni (art. 1122 c.c.).

Dalla complessiva analisi di queste norme, si evince chiaramente l'esistenza di un interesse di natura condominiale, che talora si limita a contemperare l'interesse dei singoli condomini e talora può porsi in senso antagonistico ad esso.

La dialettica tra interesse condominiale e interesse dei singoli mostra dunque tutte le possibili varianti: prevalenza dell'uno rispetto all'altro; mero contemperamento e puro antagonismo.

La Cassazione, per vero, corrobora la tesi della soggettivizzazione individuando ulteriori indici formali che depongono nel senso di attribuire al condominio alcune prerogative sue proprie, non riducibili nelle posizioni dei *singuli*.

La Corte valorizza, ad esempio, la portata precettiva del novellato art. 1129 commi. 7 e 11 c.c. , che impone all'amministratore di creare un conto corrente, postale o bancario, *intestato al condominio*, e considera una grave irregolarità del suo agire sia la mancata apertura del suddetto conto, sia la gestione secondo modalità che possono generare possibilità di confusione tra il patrimonio del condominio e il patrimonio personale dell'amministratore e degli altri condomini.

Vi è chi segnala, in tal senso, anche l'art. 71 ter disp. att. c.c. che impone all'amministratore di attivare un *sito internet* condominiale, ove richiesto dall'Assemblea¹⁶⁶.

La pronuncia in esame menziona infine due norme, richiamate da molti autori a sostegno della tesi dell'entificazione, su cui ci si è già ampiamente soffermati al paragrafo precedente: l'art. 1135 c.c. n. 4) e l'art. 2659 c.c..

¹⁶⁶ RUSCELLO, *La riforma del condominio tra novità e problemi irrisolti*, in Vita notarile, 2013, 384.

A tali indici, come è stato correttamente rilevato¹⁶⁷, può essere aggiunto anche quanto stabilito all'art. 1130 *bis* c.c., che configura la sussistenza di un *patrimonio proprio* del condominio, e impone all'amministratore di rendicontare annualmente la situazione patrimoniale del condominio stesso, dei fondi disponibili e delle eventuali riserve.

Nonostante la persuasività delle argomentazioni citate, e la significativa apertura della pronuncia delle Sezioni Unite, la giurisprudenza di legittimità successiva mostra di voler ancora ricorrere al concetto di comodo di "ente di gestione".

Infatti, nella sentenza pronunciata dalla Cassazione Civile sez. II, n. 16562 del 06.08.2015, si afferma tra l'altro che: "*(...) essendo il Condominio un ente di gestione sfornito di personalità distinta da quella dei suoi partecipanti, l'esistenza dell'organo rappresentativo unitario non priva i singoli condomini del potere di agire a difesa di diritti connessi alla detta partecipazione (...)*".

Questo arresto giurisprudenziale dimostra come il cammino verso il riconoscimento della soggettività autonoma del condominio appaia ancora molto lungo e bisognoso di conferme.

¹⁶⁷ PETROLATI, *La soggettività del condominio e la legittimazione ad agire dei singoli condomini*, in *Giustizia civile*, dicembre 2015.

6. Il regime della responsabilità da fatto illecito quale angolo di visuale privilegiato.

A conferma della attualità del dibattito sulla natura giuridica del condominio e soprattutto delle notevoli ricadute applicative che l'accoglimento della tesi della soggettività potrebbe comportare, è opportuno menzionare una recente sentenza delle Sezioni Unite n. 9449/2016¹⁶⁸ che risolve l'annoso dibattito in ordine all'allocatione della responsabilità in caso di danno da infiltrazioni provenienti dal lastrico solare di proprietà esclusiva (o anche solo di uso esclusivo) di uno dei condomini.

La tematica oggetto della pronuncia propone un angolo di visuale privilegiato, che consente di constatare le criticità e le inadeguatezze del tradizionale modo di qualificare l'istituto condominiale, quale ente di mera gestione.

La Cassazione - in modo senz'altro condivisibile – qualifica la responsabilità derivante dalle infiltrazioni provenienti dal lastrico solare di proprietà esclusiva di uno dei condomini ai sensi dell'art. 2051 c.c., ovvero come responsabilità da cose in custodia¹⁶⁹.

¹⁶⁸ La cui massima recita: “In tema di condominio negli edifici, qualora l'uso del lastrico solare (o della terrazza a livello) non sia comune a tutti i condomini, dei danni da infiltrazioni nell'appartamento sottostante rispondono sia il proprietario, o l'utente esclusivo, quale custode del bene ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia il condominio in forza degli obblighi inerenti l'adozione dei controlli necessari alla conservazione delle parti comuni incombenti sull'amministratore ex art. 1130, comma 1, n. 4, c.c., nonché sull'assemblea dei condomini ex art. 1135, comma 1, n.4, c.c., tenuta a provvedere alle opere di manutenzione straordinaria; il concorso di tali responsabilità va di norma risolto, salva la rigorosa prova contraria della specifica imputabilità soggettiva del danno, secondo i criteri di cui all'art. 1126 c.c., che pone le spese di riparazione o di ricostruzione per un terzo a carico del proprietario o dell'utente esclusivo del lastrico (o della terrazza) e per i restanti due terzi a carico del condominio”.

¹⁶⁹ La pronuncia delle Sezioni Unite del 2016 si inserisce nel solco di un filone giurisprudenziale già consolidato. Si veda *ex multis*, Cass. Civ. Sez. II, 29.01.2015, n. 1674, la cui massima recita: “Il risarcimento dei danni da cosa in custodia di proprietà condominiale soggiace alla regola della responsabilità solidale ex art. 2055, comma 1, c.c., norma che opera un rafforzamento del credito, evitando al creditore di dover agire coattivamente contro tutti i debitori "pro quota", anche quando il danneggiato sia un condomino, equiparato a tali effetti ad un terzo, sicché devono individuarsi nei singoli

Secondo i giudici, i doveri di custodia – quali necessario presupposto per l’operatività di tale responsabilità – incombono sul condomino proprietario del lastrico, sull’amministratore di condominio ex art. 1130 co. 1 n. 4 e sull’assemblea dei condomini ex art. 1135, co. 1 n. 4. Pertanto, *custodi* del bene - e dunque legittimati passivi ai sensi dell’art. 2051 c.c. - sono il condomino proprietario del lastrico, l’amministratore e i singoli condomini, posto che *il condominio in quanto tale* è del tutto sprovvisto di soggettività.

Come già affermato da Cassazione n. 1674/2015, il condominio in quanto mero *ente di gestione* non gode di alcuna relazione con la *res*, mentre solo i singoli condomini – unici soggetti esistenti – potranno esercitare quel potere di fatto e di governo sul bene idoneo a scongiurare il rischio che da esso si abbia a cagionare un danno a terzi.

Eppure, come ora si spiegherà, questa impostazione rivela tutta l’inadeguatezza di continuare a ricorrere alla tralatizia ed ambigua formula dell’ente di gestione, negando la soggettività al condominio.

Infatti, basti pensare alle aberranti conseguenze derivanti dall’applicazione del combinato disposto degli artt. 2051 e 2055 c.c., che determinerebbe il coinvolgimento nell’azione di responsabilità anche del condomino che in assemblea avesse votato a favore della realizzazione di opere di manutenzione del lastrico.

condomini i soggetti solidalmente responsabili, poiché la custodia, presupposta dalla struttura della responsabilità per danni prevista dall’art. 2051 c.c., non può essere imputata né al condomino, quale ente di sola gestione di beni comuni, né al suo amministratore, quale mandatario dei condomini”. Ovvero Cass. Civ. Sez. II, 12.07.2011, n. 15291: “Il condominio di un edificio, quale custode dei beni e dei servizi comuni, è obbligato ad adottare tutte le misure necessarie affinché le cose comuni non rechino pregiudizio ad alcuno rispondendo, in base all’art. 2051 c.c., dei danni da queste cagionati alla porzione di proprietà esclusiva di uno dei condomini (nella specie, infiltrazioni d’acqua provenienti dal muro di contenimento di proprietà condominiale), ancorché tali danni siano imputabili a difetti costruttivi dello stabile”.

Ad un esito paradossale si giungerebbe anche con riguardo al condomino danneggiato, proprietario dell'appartamento sottostante raggiunto dalle infiltrazioni.

Infatti, questi sarebbe al medesimo tempo *terzo danneggiato* nei confronti dell'amministratore e degli altri condomini, ma a sua volta corresponsabile del danno a se stesso cagionato in quanto coobbligato passivo ex art. 1294 e 2055 c.c., con correlativa diminuzione del risarcimento ex art. 1227 c.c..

Si pensi, infine, al caso in cui il condomino danneggiato intenda agire contro un singolo condomino in via esclusiva (cosa ben possibile stante il regime di responsabilità solidale passiva ex art. 2055 c.c.), che determinerebbe una deroga non consentita alla legittimazione passiva generale dell'amministratore di condominio ex art. 1131 c.c. quando la controversia abbia ad oggetto le parti comuni.

Naturalmente, riconoscere al condominio una soggettività giuridica renderebbe l'intero regime della responsabilità più razionale e coerente con i principi generali, scongiurando quegli esiti paradossali e profondamente iniqui sopra denunciati.

7. Rilievi conclusivi.

Da quanto sin qui argomentato emerge in modo chiaro che gli indici normativi presenti nella complessa disciplina del condominio degli edifici si prestino ad essere utilizzati a sostegno delle opposte visioni.

Questa ambiguità del dettato normativo, che restituisce all'interprete un istituto dal carattere ibrido, è da imputarsi alla particolare natura di questo tipo di comunione, che si colloca tradizionalmente al confine tra il regime delle cose, in cui resta formalmente racchiusa, e il regime dei soggetti (per quanto concerne gli aspetti organizzativi e gestionali).

A rendere ancora più incerto il quadro, come dimostrato dalle ravvicinate sentenze antitetiche della Cassazione sopra citate, ha concorso l'evoluzione della legislazione, che esige ed impone *standard* abitativi ed ambientali sempre più elevati.

Tale evoluzione implica inevitabilmente una accentuazione dei profili conformativi della proprietà urbana, assegnando un ruolo di sempre maggior rilievo ai profili organizzativi e funzionali del complesso immobiliare in cui le proprietà singole sono inserite.

Appare allora coerente con questa evoluzione dei costumi sociali riconoscere ad organi *professionali* come l'amministratore una legittimazione sostanziale e processuale sempre più lata, così da accentuare i profili di gestione integrale dell'edificio nel rispetto della cornice di ordine pubblico gravante sulla proprietà urbana.

Per queste ragioni ci si può attendere da parte della giurisprudenza e, probabilmente anche della dottrina, sempre maggiori aperture nella direzione del riconoscimento di una soggettività del condominio, la cui proiezione processuale si tradurrà in una sempre più ampia ed esclusiva legittimazione dell'amministratore in rappresentanza dell'ente unitariamente considerato.

CAPITOLO TERZO

I FONDI COMUNI D'INVESTIMENTO

Sommario: **1.** Premesse. – **2.** I fondi comuni d'investimento: brevi note introduttive. – **3.** L'insufficienza degli schemi dominicali tradizionali. – **4.** Le tesi sulla natura giuridica dei fondi comuni d'investimento. – **5.** La soluzione accolta dalla Cassazione, sent. N. 16605/2010 e le critiche dottrinali. – **6.** Le ricadute applicative dell'accoglimento della tesi della soggettività. – **6.1.** Le vicende traslative e la pubblicità. – **6.2.** Conflitto d'interessi tra società di gestione e fondi. – **6.3.** Il regime delle responsabilità. – **6.4.** La sostituzione della SGR. – **7.** Rilievi conclusivi.

1. Premesse.

La dottrina ha manifestato un ampio interesse in merito alla *vexata quaestio* della natura giuridica dei fondi d'investimento.

Infatti, le speculazioni degli Autori si sono spinte ben al di là dei confini in cui un ingenuo osservatore avrebbe collocato questa disputa, solo in apparenza di “settore”.

Al contrario, le diverse proposte ermeneutiche che si sono contrapposte, spesso in modo appassionato, attingono le categorie generali della scienza giuridica e financo impongono un ripensamento sull'approccio metodologico che il moderno giurista deve seguire allorquando si accinga a studiare istituti di origine straniera (specie di *common law* come in questo caso).

Il fattore che ha dato nuova linfa a questo dibattito, invero piuttosto risalente, va rinvenuto nella notissima sentenza di Cassazione, n. 16605 del luglio 2010, che ha preso

chiaramente posizione nel senso di negare la soggettività giuridica dei F.C.I., affermandone al contrario la natura di meri patrimoni separati.

Tale pronuncia è stata da più parti criticata non tanto per l'esito interpretativo, che anzi incontra il favore di molti interpreti, ma per la superficialità dei passaggi argomentativi e in generale per l'approccio aprioristico che ha denotato.

L'oggetto dell'indagine verterà, pertanto, nella ricostruzione dei termini del dibattito, con particolare attenzione riservata alle ricadute applicative che l'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra tesi implicherebbero.

2. I fondi comuni di investimento: brevi note introduttive.

I fondi comuni di investimento sono un efficace e diffuso strumento di gestione collettiva del risparmio, caratterizzato da una struttura trilatera che contempla l'esistenza di tre centri d'interessi: il fondo comune, definito dal T.U.F. quale patrimonio autonomo suddiviso in quote e gestito in monte; la società di gestione del risparmio (S.g.r.) che istituisce e gestisce il fondo comune; e, infine, la banca depositaria presso la quale la S.g.r. deposita gli strumenti finanziari e le disponibilità liquide, cui è demandato un controllo di prima istanza sulla legittimità delle operazioni compiute dalla società di gestione¹⁷⁰.

In estrema sintesi, la Sgr istituisce un fondo e raccoglie le adesioni degli investitori, che ne sottoscrivono delle quote a fronte del versamento di una certa quantità di denaro. La Sgr, una volta raccolto il patrimonio iniziale, avrà il dovere di investirlo secondo la *policy* dedotta in un apposito regolamento.

I principali vantaggi per gli investitori sono individuabili nella professionalità del soggetto che gestisce il fondo, nel frazionamento del rischio che viene ripartito tra una massa di investitori e nella stabilizzazione della rendita ricavabile in virtù della diversificazione degli investimenti.

Le fonti normative che disciplinano i F.C.I. sono molteplici e multilivello.

¹⁷⁰ DE PAOLI-SCHIRRU-TONINI, *La vexata quaestio della soggettività dei fondi comuni d'investimento immobiliare: evoluzione giurisprudenziale e riflessi operativi*, in *Argomenti*, 2014; BESSONE, *Le SGR, società di gestione del risparmio. La financial industry e le attività di gestione di patrimonio in forma collettiva*, in *Vita not.*, 2002, 634; BATTAGLIA-PANTANO, *Società di gestione del risparmio: provvedimento emanato dalla Banca d'Italia*, in *Le Società*, 1998, 1124 ss; GALANTE, *La gestione collettiva alla luce dei regolamenti Consob e Banca d'Italia*, in *Le Società*, 1998, 1131 ss.; BISOGNI, *Modelli organizzativi delle SGR nella prestazione del servizio di gestione collettiva*, in *Le Società*, 1998, 1137 ss.

Principalmente, la regolamentazione dei fondi si rinviene nella normativa primaria, contenuta nel c.d. TUF (testo unico della finanza, approvato con Decreto legislativo 24.2.1998, n. 58 e ss.mm.ii., da ultimo apportate con Decreto legislativo 4.3.2014 n. 44, di recepimento della c.d. Direttiva AIFMD e con Decreto legge 24.6.2014, n. 91), nel relativo regolamento attuativo (Decreto ministeriale 24.5.1999, n. 228 e ss.mm.ii.) nonché in numerosi atti di regolamentazione emanati dalla Banca d'Italia e dalla Consob (tra i quali il principale è il Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio di Banca d'Italia, approvato con provvedimento dell'8.5.2012 e modificato con provvedimento dell'8.5.2013).

In particolare, l'art. 1, comma 1, lett. k) del TUF, definisce gli organismi di investimento collettivo del risparmio (Oicr) come gli organismi istituiti *“per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati a valere sul patrimonio dell'OICR, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata”* e, nell'ambito degli Oicr, la precedente lett. j) dell'art. 1 comma 1 inquadra il fondo comune di investimento come *“l'Oicr costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore”*.

A propria volta, nello stabilire le specifiche delle varie tipologie di fondi comuni di investimento, il D.M. 228/1999 – all'art. 12 bis – categorizza il fondo comune di investimento immobiliare, che può essere istituito solo in forma chiusa (cioè senza facoltà di *exit* costante riconosciuta all'investitore, bensì solo a scadenze predeterminate) e il cui patrimonio è investito in misura non inferiore ai due terzi in

beni immobili, diritti reali immobiliari, e partecipazioni in società immobiliari, nonché in parti di altri fondi immobiliari, anche di diritto estero.

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

Il dato normativo appena citato tratteggia una chiara fisionomia del fondo comune d’investimento, attribuendogli un’autonomia patrimoniale perfetta bilaterale.

Infatti, tale patrimonio non è aggredibile dai creditori della S.g.r. né dai creditori degli altri fondi comuni, né dai creditori personali degli investitori; inoltre, i creditori del fondo non possono in alcun modo rivalersi sui beni della S.g.r. in caso di incapienza del fondo medesimo.

Le conclusioni su cui tutti gli interpreti concordano sono quelle di riconoscere ai fondi le caratteristiche di *autonomia, segregazione e impermeabilità* sia rispetto a al patrimonio della S.g.r. sia rispetto a quello degli investitori del fondo.

3. L'insufficienza degli schemi dominicali tradizionali.

Il dibattito sulla natura giuridica del fondo comune d'investimento – per molti versi analogo a quello sul *trust* – impone agli interpreti alcuni ripensamenti sulla idoneità delle categorie tradizionali del diritto civile a spiegare questo fenomeno¹⁷¹.

Per contro la Cassazione, nella nota sentenza del 2010, ha adottato un approccio del tutto conforme ai principi classici, come si evince dal passaggio della motivazione in cui si afferma in modo icastico, per negare la soggettività dei fondi e riconoscerlo in capo alla SGR promotrice : “...che l'ordinamento mal sopporta l'esistenza di un patrimonio privo del titolare”.

Con questa frase la Corte intende dire che non vi può essere un patrimonio senza un proprietario, cioè un *soggetto-proprietario* che eserciti nei confronti di quei beni le facoltà e le prerogative previste dall'art. 832 c.c.¹⁷².

Tale soggetto viene, per l'appunto, individuato dalla Cassazione nella SGR che ha istituito il fondo.

Eppure, l'analisi della disciplina di questo istituto conduce a considerazioni affatto diverse e mostra l'insufficienza dei tradizionali schemi dominicali a dare contezza del fenomeno. Infatti, le facoltà essenziali del diritto di proprietà sono ripartite in diversi centri d'interesse secondo schemi anomali¹⁷³.

¹⁷¹ Si veda AMADIO, *I fondi comuni d'investimento, oggetto o soggetto di diritto?*, 2014, Giappichelli on-line.

¹⁷² Si veda PAOLO FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo: la “natura giuridica” dei fondi comuni di investimento*, in *Rivista delle società*, 2012, 751 e ss..

¹⁷³ Dalla complessa disciplina in esame si ritiene che il fenomeno sia più correttamente qualificabile in termini di *investimento*, posto in essere da soggetti non interessati alla gestione diretta dell'attività attuata con il patrimonio investito, che viene pertanto affidata ad un soggetto specializzato, a sua volta libero di individuare le modalità secondo quali operare. Si veda PAOLINI, *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, Studio n. 90-2012/I, Consiglio Nazionale del Notariato, p.5.

La *facoltà di gestione* spetta, in primo luogo, alla SGR promotrice, che a sua volta ha facoltà di delegarla, anche *in toto*, ad altra SGR a seconda del regolamento¹⁷⁴.

Inoltre tale potere non è libero, ma da più parti vincolato: la gestione deve perseguire l'interesse dei partecipanti; è soggetta al vaglio di legittimità della banca depositaria e deve seguire le norme regolamentari (art. 36 TUF).

Il *potere di disposizione* soggiace ai predetti limiti, in quanto pur sempre aspetto dell'attività gestoria, con la precisazione che il corrispettivo della alienazione non ricade direttamente in capo al soggetto che compie l'atto, bensì in capo al FCI, in virtù della segregazione bilaterale che lo contraddistingue.

Il *godimento del bene e dei relativi frutti* spetta ai partecipanti al fondo, secondo le modalità prescritte dal regolamento.

Infine, come già detto, sul piano della *responsabilità patrimoniale* si assiste ad una completa insensibilità del patrimonio del FCI sia rispetto a quello della SGR che a quello dei partecipanti.

Alla luce di tali considerazioni, appare arduo identificare nella SGR promotrice il *soggetto-proprietario* dei beni, tanto più nei casi di delega della gestione ad altra SGR, che di fatto elimina ogni legame sostanziale della SGR originaria con il FCI, svuotando di ogni facoltà il proprietario formale.

La presa di posizione della Cassazione – che invece riconosce in capo alla SGR la qualifica di *formale proprietaria del fondo* - sembra fondarsi su assunti metodologici di

¹⁷⁴ Il Regolamento 8 maggio 2012 specifica che, nel caso in cui la gestione del fondo sia affidata ad una SGR diversa da quella che lo ha promosso e istituito, è il testo regolamentare ad individuare le funzioni attribuite a ciascuno dei due soggetti, specificando in particolare: il soggetto presso il quale vanno inoltrate le domande di sottoscrizione e rimborso delle quote; il soggetto che cura i rapporti con i partecipanti; il soggetto che provvede a tenere a disposizione del pubblico presso la propria sede il rendiconto del fondo e i prospetti periodici; il soggetto che esercita i diritti di voto inerenti agli strumenti finanziari in cui è investito il fondo.

derivazione pandettistica, che attribuiscono piena centralità al diritto soggettivo imputato univocamente dal soggetto che ne è titolare che lo esercita nel proprio esclusivo interesse¹⁷⁵.

Al contrario, appare evidente che la SGR eserciti il diritto dominicale *nell'interesse degli investitori* (art. 36 co. 4 TUF) e *sotto il controllo* della banca depositaria.

Trattasi cioè di un'ipotesi di *proprietà nell'interesse altrui* che, come noto, non è tipizzata nel nostro ordinamento civilistico e che anzi entra in collisione con il dogma del *numerus clausus* dei diritti reali¹⁷⁶.

Come acutamente osservato¹⁷⁷, sta proprio in ciò la principale ragione del fiorire di costruzioni teoriche che attribuiscono soggettività ai FCI (e ai *trusts*).

In ambiente di *common law*, caratterizzato dalla dissociazione tra proprietà formale e sostanziale (di cui il *trust* rappresenta l'esempio paradigmatico), non è necessario attribuire soggettività ai patrimoni per evitare di incorrere nelle apparenti storture derivanti dalla configurazione di una proprietà nell'interesse altrui.

Invece, negli ordinamenti tradizionalmente *no-trust* come quello italiano, che mal digeriscono una proprietà funzionale e strumentale, si è sovente ricorsi all'espedito dell'entificazione del patrimonio al fine di recuperare la coerenza con l'ordinamento e – soprattutto – col sistema pubblicitario.

¹⁷⁵ L'adozione di una prospettiva individualistica, al cui centro si colloca il soggetto ed il diritto soggettivo, è propria delle visioni ottocentesche – ed in particolare di quella della pandettistica tedesca – per le quali la questione giuridica centrale è quella dell'appartenenza della ricchezza. Per l'inquadramento del dogmatismo ottocentesco ed il suo superamento restano fondamentali le opere di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, e «Persona» e «persone giuridiche» nell'età moderna, rispettivamente del 1960 e del 1968 raccolte in *Azione. Diritti Soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978, 113 ss. e 192 ss..

¹⁷⁶ Ed infatti, la Cassazione riconosce che si verifica una dissociazione tra titolarità formale dei beni, che è riconosciuta in capo alla SGR; e la proprietà sostanziale del fondo, che viene attribuita ai partecipanti.

¹⁷⁷ AMADIO, op. cit., p. 50 e ss.

L'indagine proseguirà, pertanto, nell'analisi delle argomentazioni addotte a sostegno e contro la soggettivizzazione dei FCI, per saggiarne la complessiva persuasività e valutarne le ricadute applicative, non senza prima aver brevemente tratteggiato i principali orientamenti in tema di natura giuridica dei fondi.

4. Le tesi sulla natura giuridica dei fondi comuni d'investimento.

In linea generale, le opzioni ricostruttive in merito al problema di *chi* sia il titolare del patrimonio del fondo sono quattro¹⁷⁸.

Una prima tesi ritiene che il patrimonio appartenga collettivamente a tutti i partecipanti, dando luogo ad una vera e propria comunione¹⁷⁹.

Il fondo rappresenterebbe una *universitas* costituita da titoli, denaro o altre tipologie di beni di cui i partecipanti hanno la proprietà, e di cui ciascuno ha il godimento e da cui può percepire i frutti nei limiti della quota ad esso assegnata.

Si tratterebbe, tuttavia, di una comunione *sui generis*, profondamente incisa da una normativa speciale di settore che detta regole peculiari in punto di limitazione della responsabilità dei partecipanti alle somme versate, l'impossibilità di chiedere la divisione e la sottrazione ai quotisti della possibilità di amministrare la proprietà comune, posto che la gestione è affidata alla SGR.

Questa ricostruzione è stata da lungo tempo abbandonata, in quanto non solo priva di riscontri normativi, ma totalmente inadatta a spiegare il fenomeno sotto il profilo economico¹⁸⁰.

La comunione, come noto, comporta il mero godimento della *res* da parte dei partecipanti, i quali possono trarre i frutti che da essa promanano; al contrario il fondo comune ha la funzione di convertire il denaro in altri beni, che a loro volta generano delle utilità economiche attraverso un'attività d'investimento.

¹⁷⁸ Sul punto, CAVANNA, *Fondi comuni d'investimento e Sicav*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, XVI, I, Torino 2008, p. 48, nota 215. In periodo più risalente si segnala: ASCARELLI, *La natura giuridica del fondo comune d'investimento mobiliare*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 451 e ss..

¹⁷⁹ Cfr. VISENTINI, *Riflessioni in tema di fondi comuni d'investimento con riferimento al disegno di legge governativo*, in *Riv. Soc.*, 1968, p. 1194 e ss.

¹⁸⁰ Si pensi ad esempio al fenomeno circolatorio delle quote del fondo che non determina alcun riflesso sull'imputazione del patrimonio sottostante, come al contrario accadrebbe in caso di comunione.

I partecipanti al fondo vantano, pertanto, non il diritto di godere della *res* nei limiti della quota, bensì un *diritto di credito* nei confronti della SGR derivante dalla proficua attività d'investimento¹⁸¹.

Infine, l'autonomia del fondo rispetto al patrimonio dei partecipanti, testualmente previsto all'art. 36 co. 4 TUF esclude in radice ogni forma di titolarità *uti condominus*¹⁸².

Una seconda tesi ricostruisce lo schema giuridico dei fondi analizzando i rapporti intercorrenti tra i partecipanti, la banca depositaria e la società di gestione, ritenendo sussistere una dissociazione tra la proprietà collettiva dei partecipanti e il controllo-responsabilità della SGR¹⁸³.

Gli investitori sono, in primo luogo, legati da un contratto di deposito e di conto corrente con la banca depositaria dei titoli, la quale li amministra nell'interesse dei partecipanti secondo le norme del mandato senza rappresentanza¹⁸⁴.

I beni acquistati dalla SGR entrano a far parte immediatamente del patrimonio del fondo, divenendo così non aggredibili dai creditori della società di gestione né da quelli personali degli investitori, pur restando formalmente intestati alla società di gestione che è l'unico soggetto legittimato alla loro amministrazione.

In quest'ottica l'intermediazione della banca depositaria è funzionale esclusivamente ad evitare la confusione dei patrimoni tra il fondo e la SGR stessa.

¹⁸¹ Si vedano le riflessioni di JAEGER, *Sui fondi comuni d'investimento*, in *Riv. Soc.*, 1969, 1113 e ss e BARTOLI, *Trust e fondi comuni d'investimento nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in www.dircomm.it.

¹⁸² Tanto è vero che la Cassazione nella pronuncia del 2010 ha dedicato poche righe per escludere tale teoria, non degnandola di alcun approfondimento.

¹⁸³ GALGANO, *Trattato di diritto civile, vol. III*, 2009, p. 548 e ss.

¹⁸⁴ A sua volta peculiare posto che gli investitori – sebbene rivestano la posizione di mandanti – non possono impartire direttive vincolanti alla banca mandataria.

Il patrimonio del fondo, come detto, assume i connotati di una proprietà collettiva dei partecipanti, che viene gestito dalla SGR secondo lo schema del mandato, pur con talune peculiarità.

Anche questa teoria non ha trovato alcun seguito né in dottrina né in giurisprudenza.

Le opzioni che realmente si sono contese il campo sono, come intuibile, quelle che riconoscono al fondo stesso una soggettività giuridica e quella – accolta dalla Cassazione – che al contrario lo qualifica come mero patrimonio autonomo appartenente alla SGR promotrice.

La tesi oggi dominante¹⁸⁵, considera il patrimonio del FCI quale patrimonio separato della società di gestione¹⁸⁶.

In linea generale, gli Autori che hanno propugnato questa ricostruzione ritengono che essa sia la più aderente allo schema dell'*investment trust* di origine anglosassone, in cui la posizione del *trustee*, quale proprietario formale dei beni conferiti in *trust*, è vincolata dalle regole dell'*equity* che gli impongono di amministrare i beni nell'interesse dei beneficiari.

Naturalmente nell'ordinamento inglese nessuno dubita che il *trust fund* sia una mera entità patrimoniale distinta dal patrimonio del *trustee* e da quello dei beneficiari, senza che si possa rinvenire in esso i germi della soggettività giuridica, nemmeno embrionale.

Alle tesi appena descritte, se ne è contrapposta un'altra, che considera il fondo quale centro unitario d'imputazione di rapporti giuridici distinto sia dai partecipanti sia dalla società di gestione: un vero e proprio soggetto di diritto¹⁸⁷.

¹⁸⁵ In quanto accolta dalla Cassazione del 2010 più volte citata.

¹⁸⁶ In dottrina si vedano oltre al già citato JAEGER, *op. cit.*; LENER, *sub art. 3 della legge n. 77 del 1983*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, 399 e ss.; ASCARELLI, *I fondi comuni d'investimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, 2, XVI, 1985, 741 e ss.; TONELLI, *Le società di gestione del risparmio*, in *AA. VV., Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di Patroni Griffi, Sandulli, Santoro, 1999, 15 e ss.; LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 687 e ss.

Le riflessioni di questi Autori muovono innanzitutto dalla insoddisfacente applicazione dei tradizionali schemi della proprietà su base soggettiva, ritenuti inadeguati a spiegare il fenomeno economico della gestione dei beni nell'interesse degli investitori.

Essi ritengono che le norme che informano questo istituto forniscano sufficienti elementi per considerare i FCI dei centri di imputazione giuridica, dotati di una autonoma organizzazione tale da vivificare questi patrimoni.

La teorica in questione si suddivide in due diverse visioni del soggetto di fondo: secondo un primo orientamento¹⁸⁸ si avvicinerebbe ad una fondazione, per spiegare l'ininfluenza dei partecipanti alle scelte gestorie; secondo un altro orientamento il fondo sarebbe assimilabile ad una associazione atipica, che presenta i caratteri propri sia delle associazioni tipiche che delle società (in particolare lo scopo lucrativo)¹⁸⁹.

Sulle argomentazioni a sostegno di questa tesi e sulle potenziali ricadute applicative si tornerà diffusamente nei successivi paragrafi.

Si deve inoltre rilevare che la tesi della soggettività del fondo aveva ricevuto un autorevole avallo anche dal Consiglio di Stato, con il parere della Sezione III n. 608 dell' 11.5.1999 richiamato dalla circolare del Ministero delle Finanze n. 218/T del 11.11.1999.

In quell'occasione l'organo consultivo aveva osservato che le norme vigenti al tempo in materia, pur non prevedendo l'attribuzione in maniera esplicita della personalità

¹⁸⁷ In dottrina propendono per la soggettività dei fondi comuni d'investimento: CARBONE, *Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 83)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 156 e ss.; COSTI, *La struttura dei fondi comuni d'investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. Soc.*, 1968, p. 242 e ss; NIGRO, *I fondi comuni d'investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1522 e ss.

¹⁸⁸ COSTI, *op. cit.*, p. 315 e ss.

¹⁸⁹ NIGRO, *op. cit.*, p. 1600 e ss.

giuridica ai fondi immobiliari, attribuiscono ai fondi stessi il grado massimo di autonomia patrimoniale.

Grado di autonomia che, di norma, viene riconosciuto soltanto ad organismi dotati di una propria specifica soggettività.

Inoltre, osservava sempre il Consiglio di Stato, la società di gestione dispone del fondo di investimento soltanto per finalità di carattere gestorio, quindi in modo strumentale rispetto all'autonomia patrimoniale del fondo (art. 36 *Tuf*).

Il Consiglio di Stato ha statuito specificamente che, in relazione alla necessità di attribuire rilievo primario alle specifiche finalità di tutela degli interessi dei terzi perseguite dalle trascrizioni immobiliari, *"..... la titolarità dei beni facenti parte dei fondi dovrebbe essere riferita agli stessi fondi, quali centri autonomi di imputazione di interessi, in base ai peculiari caratteri ad essi espressamente attribuiti dalle succitate norme di legge, salve le necessarie annotazioni riguardanti il vincolo gestorio esistente, anch'esso fissato in modo espresso dalla normativa vigente in materia"*.

Sulla base di tale parere, il Ministero delle Finanze (dipartimento Territorio) ha emanato un'apposita circolare (*Costituzione di società di gestione di fondi immobiliari appartenenti al patrimonio dello Stato. Articolo 3, comma 86 e seguenti, della legge 23 dicembre 1996, n. 662. modalità di trascrizione*- Circolare 11 novembre 1999, n. 218/T), nella quale si ritiene che *"l'esigenza di evidenziare in maniera incontrovertibile la titolarità, in capo ai fondi immobiliari in questione, dei beni facenti parte dei fondi medesimi, non può che essere garantita dall'esecuzione delle formalità di trascrizione degli atti di costituzione mediante conferimento a favore esclusivo del fondo. Al fine di assicurare, però, una completa ed esaustiva pubblicità dei particolari rapporti giuridici ricollegabili alla gestione dei fondi immobiliari in parola, appare indispensabile la presentazione di una domanda di annotazione del peculiare vincolo gestorio esistente,*

da eseguire a margine della trascrizione degli atti predetti. Detta annotazione, infatti, a parere della Scrivente, garantendo ai terzi l'immediata conoscibilità del particolare rapporto di gestione - che, come evidenziato dal Consiglio di Stato, è da ritenere strumentale rispetto all'autonomia patrimoniale del fondo - potrà assolvere, in modo idoneo, ad una funzione integrativa dell'informazione-base derivante dalla trascrizione a favore del fondo dell'atto costitutivo, senza alterarne o snaturarne il contenuto.

Non appare superfluo precisare che le due ipotizzate formalità - trascrizione dell'acquisto a favore del fondo e relativa annotazione a margine della trascrizione, della sussistenza del rapporto gestorio - trarrebbero entrambe origine dal medesimo titolo: l'atto di costituzione del fondo mediante conferimento.

Dal punto di vista strettamente operativo, per l'esecuzione della formalità principale (trascrizione dell'atto di conferimento) ed accessoria (annotazione del vincolo gestorio) potranno essere utilizzate, rispettivamente, le seguenti descrizioni: "costituzione di fondo immobiliare chiuso" (codice 100), "costituzione di rapporto di gestione su fondo immobiliare chiuso" (codice 700).

5. La soluzione accolta dalla Cassazione, sent. n. 16605/2010 e le critiche dottrinali.

Illustrate sinteticamente le principali posizioni dottrinali, vale ora la pena ripercorrere brevemente l'*iter* logico giuridico seguito dai giudici di legittimità nella sentenza n. 16605/2010 che ha escluso ogni forma di soggettivizzazione del FCI.

Secondo la Corte, il dato normativo *non offre elementi significativi idonei* a qualificare il fondo quale centro autonomo di imputazione di diritti ed obblighi giuridici, cioè un soggetto di diritto.

Naturalmente i giudici di legittimità non si riferiscono all'assenza del dato formale dell'esplicito riconoscimento della personalità giuridica, poiché è principio consolidato che un ente possa essere dotato di soggettività a prescindere da tale requisito, come dimostrato dall'esistenza delle associazioni non riconosciute e dalle società di persone, della cui soggettività ormai nessuno dubita.

Le argomentazioni della tesi negazionista si basano, invece, sostanzialmente su tre ordini di considerazioni¹⁹⁰.

In primo luogo, la Corte valorizza il dato formale che il funzionamento del fondo è disciplinato da un *regolamento* stilato dalla SGR e dunque non esprime un atto di autodeterminazione del fondo medesimo, come invece sarebbe parso logico se fosse stato un soggetto in grado di (auto)determinarsi.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 36 co. 3 TUF, la SGR è responsabile della gestione nei confronti dei *partecipanti del fondo*, e non nei confronti del fondo stesso.

Anche in questo caso, tale elemento depone nel senso di escludere l'autonoma soggettività del fondo, che avrebbe consentito al *fondo-soggetto* di esigere dalla SGR il corretto adempimento del mandato gestorio.

¹⁹⁰ Si veda nello stesso senso CALICETI, *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni d'investimento*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2012, p. 229 e ss.

Infine, l'argomentazione ritenuta più importante e che *“rende più di ogni altra cosa difficile configurare il fondo comune alla stregua di un autonomo soggetto di diritto”*, è da rinvenire nella ritenuta assenza, nella disciplina normativa dei fondi, di una **struttura organizzativa minima**, di rilevanza anche esterna.

Detto in altre parole, la Corte ritiene che il difetto di una struttura organizzativa minima sia ostativa al riconoscimento della soggettività giuridica, elevando così tale elemento a requisito indefettibile del processo di entificazione.

Invero, la disciplina giuridica dei FCI non è aliena dalla previsione di forme di gestione collettiva, che tuttavia non sono state ritenute sufficientemente significative da parte della Corte.

Scendendo nel dettaglio, si deve rilevare che i regolamenti dei fondi normalmente prevedono strutture organizzative (variamente denominate: assemblee, comitati consultivi, *advisory boards*, *supervisory boards*...) per molti versi analoghe a quelle proprie di altri enti di fatto, ai quali è invece riconosciuta la soggettività¹⁹¹.

Inoltre, la presenza di tali strutture è tipizzata dalla legge, all'art. 37 co. 3 TUF, che prevede per i fondi immobiliari chiusi la presenza di un organo assembleare¹⁹².

La Cassazione, pur consapevole dell'esistenza di tali organi, ne ridimensiona la portata, riconoscendo ad essi la mera funzione di portare all'attenzione della SGR il *punto di vista* dei partecipanti del fondo, analogamente a quanto avviene per l'assemblea degli obbligazionisti all'interno delle s.p.a..

¹⁹¹ BASILE, *Gli enti di fatto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, I, 2, Torino 1992, p. 447 e ss.

¹⁹² L'assemblea dei partecipanti dei fondi chiusi è disciplinata anche dagli artt. 18 bis, 18 ter e 18 quater del DM 228/1999, introdotti dal Decreto ministeriale 5.10.2010, n. 197. Per un commento alla disciplina dell'assemblea dei partecipanti, e una più generale panoramica sui rapporti tra società di gestione e investitori, si veda DELLA VECCHIA, *D.M. n. 197/2010: le modifiche alla disciplina dei fondi comuni di investimento*, in *Le Società*, n. 3/2011.

L'effetto di tale equiparazione è, quindi, secondo la Suprema Corte, l'esclusione della soggettività, poiché il fondo difetta di una effettiva struttura autonoma tale da consentirgli di *agire esternamente*, cioè di instaurare relazioni giuridiche con terzi estranei.

In tali casi sarà sempre necessaria la mediazione degli organi della SGR, unico e vero soggetto di diritto che agisce nel mondo dei traffici giuridici¹⁹³.

Negata la soggettività del fondo per le ragioni appena menzionate, la Corte lo qualifica per esclusione quale mero patrimonio autonomo – caratterizzato da autonomia patrimoniale perfetta – la cui titolarità formale è imputata alla SGR e quella sostanziale ai partecipanti del fondo, teorizzando così una dissociazione analoga a quella dei *trusts*¹⁹⁴.

Eppure una parte della dottrina¹⁹⁵ contesta questo approdo argomentativo e, soprattutto, denuncia le pericolose ricadute applicative a cui esso condurrebbe. Le critiche alla soluzione giurisprudenziale si fondano sostanzialmente su due ordini di ragioni.

In primo luogo, vi è chi pone in discussione il concetto stesso di soggettività accolto a monte dalla Corte¹⁹⁶.

¹⁹³ Si veda GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni d'investimento*, in *Giurisp. Commerc.*, fasc. 5, 1146.

¹⁹⁴ Sul punto si condividono i rilievi critici di GHIGI, *op. cit.*, p. 1154, laddove afferma: “Tale ricostruzione, a mio avviso, non risulta però del tutto corretta: se è vero che la s.g.r. assume la posizione di titolarità formale dei beni appartenenti al fondo comune, tuttavia non ritengo appropriato affermare che i partecipanti al fondo siano i proprietari sostanziali di detti beni. Infatti, i partecipanti al fondo, sottoscrittori delle quote di partecipazione al fondo, hanno il solo interesse ad una redditività del loro investimento: conseguentemente, i partecipanti sono interessati ad una corretta gestione del fondo e dei beni che lo compongono, ma ciò non può certamente portare ad assimilare la loro posizione a quella del proprietario, intendendosi per tale, come è ovvio, il soggetto titolare del diritto di godere e disporre di un determinato bene ex art. 832 c.c.”.

¹⁹⁵ Si segnalano: CALICETI, *op. cit.*, p. 231 e ss.; PAOLINI, *op. cit.*; DE PAOLI, *op. cit.* .

¹⁹⁶ Sul punto si veda CALICETI, *op. cit.*, 230 e ss.

Alcuni Autori denunciano, infatti, che la Suprema Corte avrebbe accolto una concezione antropomorfa della soggettività giuridica¹⁹⁷, in virtù degli espliciti riferimenti da essa proposti in merito alla capacità di *autodeterminazione* dell'ente, della sua attitudine a *formulare una volontà* e di *comunicarla ai terzi*, tutte prerogative tipiche dell'essere umano. Starebbe proprio in ciò il vizio del ragionamento seguito dall'organo giurisdizionale di legittimità.

In realtà, come si è più volte scritto, è risultato acquisito della scienza giuridica che la soggettività non dipenda affatto da un dato della realtà pre-normativa, né che essa necessiti di prefissati requisiti strutturali cui riferirla¹⁹⁸.

La locuzione soggettività giuridica indicherebbe, più semplicemente, l'attitudine di un determinato patrimonio organizzato a porsi quale *centro di imputazione unitario* di rapporti giuridici¹⁹⁹.

E secondo tali autori la disciplina normativa che informa i FCI, ed in particolare l'art. 36 co. 4 TUF, consentirebbe di rinvenire i germi della soggettività, posto che se ne riscontrerebbero tutti gli elementi costitutivi: un patrimonio autonomo; un'organizzazione seppure embrionale; un interesse afferente al fondo.

Altra parte della dottrina²⁰⁰, invece, anziché porre in discussione l'anacronistico concetto di soggettività accolto dalla Cassazione, confuta l'assunto in virtù del quale

¹⁹⁷ ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 99 e ss.

¹⁹⁸ D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 241 e ss.; GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, p. 561 e *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, *op. cit.*; BASILE-FALZEA, voce *Persona giuridica* (dir. Priv.), in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 240.

¹⁹⁹ PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993, p. 3.

²⁰⁰ SCHIAVELLO E., *La natura giuridica dei fondi comuni d'investimento in una recente sentenza della Cassazione*, in www.strumentifinanziariefiscaltà.it, p. 133 e ss.

sarebbe da negare la qualità di soggetto al fondo in quanto sprovvisto di una “*struttura organizzativa minima, di rilevanza anche esterna*”.

Vi sono, infatti, dei casi in cui l’ordinamento ammette la nomina di una persona giuridica quale amministratore di un ente. Il riferimento normativo più significativo al riguardo è l’art. 43-bis del TUF, che consente alle SICAV (società di investimento a capitale variabile, che hanno natura di s.p.a.) di affidare per statuto l’amministrazione ad una SGR. Inoltre, si ammette in linea di massima che una società di capitali possa essere nominata amministratore da una società di persone ed anche da un’altra società di capitali²⁰¹.

Da tali disposizioni normative si ricava il principio per cui l’ordinamento non richiede che un ente giuridico – per essere considerato tale – debba avere in proprio seno l’organo amministrativo, ma è ben possibile che esso si possa avvalere a tal fine di un altro ente avente personalità giuridica.

Se ne deduce quindi che non sussistono impedimenti al fatto che la SGR – con la propria organizzazione – divenga la struttura di cui si avvale il fondo per formare e manifestare all’esterno la propria volontà. In tal modo si supererebbe l’apparente ostacolo di natura pretoria al riconoscimento della soggettività, consistente nella presunta assenza di un organo amministrativo di pertinenza del FCI.

La dottrina in questione si spinge però oltre, confutando in radice la necessità che dal tessuto normativo debbano emergere i connotati della struttura organizzativa, ritenendo tale elemento non essenziale ai fini del riconoscimento della soggettività.

A sostegno di questa posizione viene citato l’istituto dei fondi speciali per la previdenza e l’assistenza di cui all’art. 2117 c.c., qualificati dalla giurisprudenza di legittimità come

²⁰¹ Argomentando ex art. 2361, co. 2; si vedano in materia le riflessioni di PESCATORE, *Società di capitali amministratrice di altra società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p. 1158 e ss.

soggetti di diritto, sebbene la norma in questione non menzioni in alcun modo il requisito organizzativo²⁰².

Ne consegue allora che, seguendo una stringente logica argomentativa, in questo tipo d'indagine – caratterizzata dalla comparazione di indici meramente sintomatici rispetto al paradigma legale delle persone giuridiche individuato nella disciplina delle persone di cui al Libro I – la mancanza di un singolo elemento non possa mai avere di per sé valore conclusivo e dirimente in ordine alla soluzione interpretativa sulla natura giuridica.

Ancor più se l'elemento in questione sia assente in altri istituti ai quali la dottrina e la giurisprudenza ha pur riconosciuto la soggettività, come nel caso dei fondi pensione.

I rilievi critici appena descritti colgono senz'altro nel segno, non tanto per l'approdo cui essi giungono, ma per la denuncia dell'errato approccio argomentativo proposto dalla Cassazione.

Infatti, come già rilevato, gli elementi da considerare al fine di preferire una ricostruzione piuttosto che un'altra devono attenersi anche alla complessiva ponderazione dei vantaggi e dei costi delle soluzioni proposte, in punto di ricadute applicative.

²⁰² L'art. 2117 c.c. non contiene alcun riferimento alla struttura organizzativa di questi fondi, in quanto si limita a disporre che: *“I fondi speciali per la previdenza e l'assistenza che l'imprenditore abbia costituiti, anche senza contribuzione dei prestatori di lavoro, non possono essere distratti dal fine al quale sono destinati e non possono formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro”*. Un orientamento ormai consolidato di legittimità sostiene che – qualora non abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica – questi fondi siano assoggettati alla disciplina delle associazioni non riconosciute. Si veda in tal senso *ex multis* Cass. Sez. Lav., 17 maggio 2003, n. 7755, in *Notiziario giur. lav.*, 2003, 803 e ss; Cass. Sez. Lav., 22 aprile 1982, n. 2492, in *Giust. Civ.*, I, 2064 e ss. In dottrina, a sostegno della soggettività dei fondi pensione si vedano ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965, 117 e ss; ROMAGNOLI, *Natura giuridica dei fondi pensione (art. 2117 codice civile)*, in *Riv. Trim. proc. civ.*, 1960, p. 858 e ss..

L'analisi, pertanto, deve proseguire interrogandosi su quale sia la concreta utilità di ipostatizzare un soggetto di diritto in un'epoca caratterizzata da molteplici tecniche di segregazione e specializzazione patrimoniale.

Infatti, come è stato messo in luce dalla più attenta dottrina²⁰³, la costruzione di un patrimonio autonomo ed il riconoscimento di un autonomo soggetto di diritto sono tecniche funzionalmente equivalenti e la scelta dell'una o dell'altra dovrà allora dipendere da un'analisi dei rispettivi costi e benefici²⁰⁴.

L'opzione normativa ed interpretativa dovrebbe, pertanto, fondarsi su un criterio di efficienza dei mezzi giuridici.

Secondo questo filone di pensiero, andrebbe cioè predicata l'esistenza di un soggetto di diritto in luogo di un patrimonio autonomo, ogniqualvolta l'esame obiettivo della disciplina positiva consenta di desumere un centro unitario di imputazione *e tale opzione si riveli più efficiente sul piano dei riflessi applicativi*.

Un approccio decisamente pragmatico che non intende interrogarsi sul fondamento ontologico dei fondi e sulla natura della loro struttura ma che mira, ben più limitatamente, a chiarire se ed in che misura possa parlarsi di un soggetto di diritto a fini dell'applicazione di determinate discipline, quali quelle sulla pubblicità immobiliare, sui

²⁰³ SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, p. 842.

²⁰⁴ Sul punto però AMADIO, *op. cit.*, p. 45-46 correttamente pone in luce: "Non si può tacere, inoltre, che il ricorso alla soggettivizzazione del fondo (come espediente costruttivo volto a risolvere i problemi operazionali) avrebbe potuto ritenersi necessario in una stagione normativa, probabilmente immediatamente successiva alla codificazione vigente, caratterizzata dalla tenuta forte del primo comma dell'art. 2740 c.c.: norma che realizza una sovrapposizione tra regola proprietaria e regole di responsabilità tendenzialmente biunivoca e universale. Assai meno si spiega in un'epoca, come l'attuale, che assiste alla progressiva specializzazione della responsabilità patrimoniale proprio attraverso lo strumento della separazione endosoggettiva: attraverso cioè la tecnica della separazione di masse patrimoniali autonome l'una dall'altra, che è soluzione esattamente antitetica alla soggettivizzazione".

conflitti d'interesse tra partecipanti e SGR gestrice²⁰⁵, sulla responsabilità extracontrattuale dei fondi, sulla efficienza nella sostituzione della SGR.

²⁰⁵ Nello stesso senso PAOLINI, *op. cit.*, p. 12-13.

6. Le ricadute applicative dell'accoglimento della tesi della soggettività.

Come illustrato al paragrafo precedente, i sostenitori della tesi della soggettività muovono dall'idea che tale nozione non debba rivestire carattere ontologico, ma possa predicarsi ogniqualvolta la disciplina normativa offra sufficienti elementi per individuare un centro di imputazione di diritti ed obblighi e l'esistenza del soggetto sia da preferirsi sulla base di un calcolo di costi e benefici.

Naturalmente i costi e i benefici cui alludono queste ricostruzioni attengono alle ricadute applicative di tale postulato e alla sua idoneità a definire e risolvere nel modo più coerente ed efficace le problematiche che di volta in volta possono affiorare.

L'indagine proseguirà, pertanto, nell'analizzare tali ricadute sotto vari profili: la pubblicità immobiliare; i conflitti d'interessi tra società di gestione e fondi; il regime delle responsabilità extracontrattuali; la sostituzione della SGR.

6.1 Le vicende traslative e la pubblicità.

Per quanto concerne la tematica che qui interessa, molti autori – specialmente di formazione notarile²⁰⁶ - si sono prodigati nel descrivere i vantaggi derivanti dalla soggettivizzazione dei fondi chiusi immobiliari, ponendo particolare attenzione alla disciplina pubblicitaria.

In primo luogo, si osserva che l'entificazione del fondo consentirebbe di effettuare la trascrizione dell'acquisto immobiliare direttamente in capo al fondo, mentre la menzione della SGR gestrice verrebbe effettuata nel quadro D.

In caso di mutamento della SGR non muterà, pertanto l'intestazione dell'immobile, che rimarrà sempre in capo al fondo, ma si avrà unicamente la modificazione dell'indicazione nel quadro D, mediante apposita notazione²⁰⁷.

Accogliendo, al contrario, la prospettiva indicata dalla pronuncia della Cassazione, si dovrebbe effettuare la trascrizione a favore della SGR, integrandola con l'annotazione del vincolo a favore del fondo nel quadro D.

Tuttavia, si è manifestata qualche perplessità nel ritenere che la mera menzione nel quadro D sia elemento sufficiente a garantire la perfetta segregazione patrimoniale del

²⁰⁶ Si veda DE PAOLI, *op. cit.*, p. 17 e ss.

²⁰⁷ Si veda PAOLINI, *op. cit.*, p. 14: “Ai sensi dell’art. 2659 cod. civ. la nota di trascrizione deve recare l’indicazione delle “parti” (a favore e a carico delle quali viene eseguita la formalità): non vi sono difficoltà a far rientrare nel concetto di parte anche il fondo, in quanto centro di imputazione di un’attività, sintesi di un patrimonio specificamente individuato, qualificato espressamente dal legislatore come “autonomo”, centro di interesse per i partecipanti al fondo. Non può essere ritenuto decisivo il fatto che l’art. 2359, primo comma, n. 1, faccia esclusivo riferimento alle persone fisiche, alle persone giuridiche, alle società di persone ed alle associazioni non riconosciute, in quanto l’elenco non può essere ritenuto tassativo, come confermato dalla giurisprudenza che ritiene, ad esempio, effettuabile la trascrizione immobiliare in capo ad un comitato”.

fondo nei confronti del patrimonio della SGR e degli altri fondi dalla stessa istituiti o gestiti²⁰⁸.

In secondo luogo i medesimi autori osservano che, individuando nel fondo il soggetto titolare della proprietà sui beni che lo compongono, si evita che il fenomeno di sostituzione della SGR assuma natura traslativa, posto che in questo caso la società rivestirebbe la qualifica di mera mandataria.

Infatti, la normativa di settore applicabile²⁰⁹ non richiede alcun adempimento di natura notarile, essendo sufficiente una delibera dell'assemblea dei partecipanti del fondo e

²⁰⁸ Si veda PAOLINI, *op. cit.*, p. 15: “Sul punto non vi sono precedenti specifici, ma la risposta sembrerebbe essere negativa, per il ruolo che il legislatore attribuisce al quadro D, sostanzialmente di integrazione del contenuto degli altri tre quadri. In secondo luogo, deve osservarsi come gli elementi del quadro D non possono rappresentare la chiave di accesso per l’interrogazione del sistema, che ha base soggettiva ma consente anche interrogazioni sulla base di altre chiavi di ricerca (per nota, per immobile, per pubblico ufficiale); e pertanto, non costituendo fonte di elementi da assumersi in funzione di ricerca, non può svolgere la propria funzione di integrazione in relazione ai soggetti del rapporto sottoposto a pubblicità. Ne consegue che, in caso di mutamento della SGR intestataria (si è osservato come il mutamento possa interessare sia la SGR promotrice che la SGR gestore) si determinerebbero serie difficoltà nell’identificazione dell’immobile, posto che l’interrogazione non potrebbe riguardare il fondo, indicato nel quadro D. E ancor prima, si porrebbe il problema di come dare adeguata pubblicità al mutamento della SGR (nei cui confronti sarebbe stata effettuata la trascrizione a favore): sarebbe necessaria una trascrizione contro la prima e una trascrizione a favore della nuova SGR, ma risulta arduo comprendere quale dovrebbe essere il titolo sulla base del quale redigere la nota di trascrizione, posto che il mutamento della SGR non viene (né potrebbe essere) configurato dal legislatore come un atto traslativo. D’altro canto, non sono richieste forme particolari per l’adozione del cambiamento di SGR, che potrebbe risultare anche da una mera scrittura privata non suscettibile, di per sé, di pubblicità (e per le quali dunque l’autonomia privata dovrebbe adoperarsi per individuare possibili forme di pubblicità, che risulterebbero, pertanto, non omogenee)”.

²⁰⁹ Cfr. art. 3, comma 3° TUF: “Il regolamento dei fondi chiusi diversi dai FIA riservati prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore. (omissis)...”, nonché il Regolamento Banca d’Italia 8.5.2012, titolo V – cap. I, 4.1.2: “Sostituzione della società promotrice o del gestore – Il regolamento definisce le ipotesi di sostituzione della società promotrice e del gestore e le procedure da seguire, in modo da evitare soluzioni di continuità nello svolgimento dei compiti agli stessi attribuiti. A tale fine, il testo regolamentare prevede che l’efficacia

l'annotazione nei registri immobiliari della sostituzione della SGR, al fine di rendere la modifica opponibile ai terzi²¹⁰.

La sostituzione della SGR diviene, pertanto, una vicenda giuridica riconducibile al mero avvicendamento di un mandatario, che non abbisogna di adempimenti formali, salvo la necessità di predisporre un atto scritto²¹¹.

Accogliere, al contrario - come ha fatto la Cassazione - la tesi della soggettività della SGR conduce a considerazioni affatto diverse.

Infatti, laddove si acceda all'idea che proprietaria formale dei beni sia la società di gestione, ogni sostituzione di questa determinerebbe giocoforza una vicenda traslativa, che comporta il trasferimento della proprietà di tutti i beni che costituiscono il fondo in capo alla SGR subentrante.

Pertanto, una modificazione soggettiva del gestore del fondo si trasformerebbe in una gravosissima vicenda traslativa, con tutti i requisiti di forma e di pubblicità normalmente richiesti per la circolazione immobiliare ai sensi della legge.

Il rispetto degli adempimenti pubblicitari comporterebbe un aggravio notevole dei costi e diverrebbe un fattore anticoncorrenziale della competitività dei FCI italiani rispetto a quelli stranieri.

della sostituzione è sospesa sino a che un'altra SGR non sia subentrata nello svolgimento delle funzioni svolte dalla società sostituita”.

²¹⁰ La prassi ha sviluppato la consuetudine di fare sottoscrivere alle SGR interessate atti ricognitivi notarili, al fine di dare adeguata pubblicità all'avvenuta sostituzione del gestore.

²¹¹ Regolamento della Banca d'Italia e della Consob ai sensi dell'articolo 6, comma 2 bis, del Testo unico della Finanza del 29 ottobre 2007 (modificato, da ultimo, con Provvedimento 9 maggio 2012): l'art. 33 (Delega alla gestione di OICR) prevede che le SGR possano affidare ad altre SGR “con apposito contratto scritto” la gestione di singole operazioni riguardanti i fondi da essi gestiti.

L'analisi del dato normativo, che invece non contempla tutte queste formalità in caso di sostituzione della SGR gestrice, conduce così all'emersione di una incoerenza del sistema.

Non è, infatti, possibile ammettere ad un tempo che la SGR sia titolare di un diritto di proprietà formale e tollerare che il mutamento di tale titolarità non avvenga con modalità tali da garantire sul piano pubblicitario il fenomeno traslativo²¹².

Paradossalmente, gli adempimenti pubblicitari verrebbero a mancare proprio quando più necessari, ovvero nel caso di trasferimenti immobiliari tra diversi FCI appartenenti ad

²¹² Cfr. PAOLINI, *op. cit.*, pag. 9. “La ricostruzione del fenomeno in termini di proprietà in capo alla SGR, inoltre, conduce a porsi una domanda cruciale, e cioè se il mutamento del gestore (che il Regolamento 8 maggio 2012 non definisce, limitandosi a rinviare al regolamento per la definizione delle ipotesi di sostituzione e la previsione delle procedure da seguire) abbia o meno effetti traslativi. Dal punto di vista degli interessi coinvolti, essa in realtà, secondo la ricostruzione prevalente, sembra configurabile in termini di modificazione del mandato. La disciplina sul punto è dettata dal Regolamento della Banca d'Italia e della Consob ai sensi dell'articolo 6, comma 2 bis, del Testo unico della Finanza del 29 ottobre 2007 (modificato, da ultimo, con Provvedimento 9 maggio 2012): l'art. 33 (Delega alla gestione di OICR) prevede che le SGR possano affidare ad altre SGR “con apposito contratto scritto” la gestione di singole operazioni riguardanti i fondi da essi gestiti, o anche delegare la gestione della totalità del patrimonio. Alla questione si potrebbe apparentemente obiettare che “proprietaria” sia in realtà la SGR promotrice, e che dunque la modificazione del gestore non avrebbe conseguenza sul piano della titolarità dei beni, che permanerebbe sempre in capo al medesimo soggetto. Deve tuttavia osservarsi come, secondo il Regolamento 8 maggio 2012, sia possibile indifferentemente provvedere alla sostituzione della società promotrice o del gestore. Dovrebbe allora necessariamente dedursi, partendo dalla premessa che la SGR promotore sia l'effettivo proprietario degli immobili, che il legislatore abbia previsto un fenomeno idoneo a produrre effetti traslativi di straordinaria rilevanza (il mutamento di titolarità di tutti i beni facenti parte di tutti i fondi gestiti dalla SGR sostituita) lasciando integralmente all'autonomia negoziale il compito di individuarne la disciplina, e rinviando a un generico “atto scritto”. Senza contare i risvolti sul piano documentale (la necessità di provvedere a tutti gli adempimenti richiesti dal trasferimento di tutti gli immobili) e su quello fiscale, che deriverebbero dal mero cambiamento della SGR promotrice o gestore. Ma è ovvio che così non è: il mero mutamento della SGR, gestore o promotore, non può essere ritenuto fenomeno idoneo a produrre effetti traslativi (né è ritenuto tale dal legislatore); di conseguenza risulta incongruente affermare che la proprietà dei fondi sarebbe in capo alla SGR, ove una modificazione del soggetto apparentemente proprietario non sia fenomeno idoneo a determinare un mutamento di titolarità.”

una medesima SGR²¹³, lasciando così all'oscuro i partecipanti di queste rilevanti operazioni endo-soggettive.

Inoltre, il depauperamento del patrimonio di un fondo per un'alienazione immobiliare non sarebbe adeguatamente compensato dall'introito del relativo prezzo, incamerato dalla SGR "proprietaria".

Si potrebbe sul punto obiettare che le incongruenze applicative sopra descritte abbiano rilievo solo in relazione ai fondi chiusi immobiliari e con riguardo ai trasferimenti di diritti reali immobiliari.

Si è rilevato che esistono, tuttavia, ulteriori ragioni per preferire la tesi della soggettività del fondo rispetto a quella del patrimonio autonomo, che hanno pregio anche con riguardo ai fondi costituiti da diritti mobiliari, non soggetti dunque ad adempimenti pubblicitari.

Ci si riferisce alla delicata problematica del conflitto d'interessi tra gli amministratori della SGR e i partecipanti del fondo.

²¹³ Cfr. PAOLINI, *op. cit.*, pag. 10. "Accogliendo la tesi che vuole la SGR proprietaria, inoltre, il trasferimento di un immobile da un fondo all'altro, nell'ambito di quelli istituiti (o gestiti) dalla medesima SGR, non dovrebbe avere effetti traslativi, non ravvisandosi un mutamento del supposto proprietario. E però proprio in questa ipotesi si ravvisa un vero e proprio interesse dei soggetti coinvolti a configurare il trasferimento in termini di vicenda a effetti traslativi (generalmente, di compravendita): al depauperamento del patrimonio del fondo, destinato a essere gestito nell'interesse degli investitori, dovrà necessariamente corrispondere una compensazione, configurabile nei termini del pagamento di un prezzo. Inoltre, la consistenza del patrimonio del fondo, in relazione alla quale si commisura l'estensione del potere di godimento da parte dei partecipanti al fondo, come pure quello della possibilità dei creditori di far valere le proprie pretese, deve essere costantemente e agevolmente identificabile, e non lasciato ad adempimenti di incerta natura."

6.2 Conflitto d'interessi tra società di gestione e fondi.

Tra la società di gestione e i fondi gestiti sussistono dei conflitti d'interessi strutturali e fisiologici, come ad esempio quelli relativi alla quantificazione delle commissioni di gestione²¹⁴.

La SGR ha l'ovvio interesse che queste siano le più alte possibili, mentre gli investitori l'interesse esattamente opposto.

Negare l'autonoma soggettività dei FCI, comporterebbe inevitabilmente che la soluzione di tali conflitti fosse affidata ad una dialettica puramente interna della SGR, che dunque difficilmente approderebbe ad esiti soddisfacenti.

Gli amministratori della società, inoltre, si troverebbero nell'impossibilità di assumere delle decisioni al riguardo, posto che essi sono tenuti ad agire tanto nell'interesse della SGR che degli investitori, determinando un conflitto tra doveri gerarchicamente equiordinati.

Nell'ordinamento statunitense, particolarmente sensibile a questa problematica, si è difatti riconosciuta al fondo una soggettività distinta e contrapposta a quella della società di gestione²¹⁵.

²¹⁴ Si veda W. ROTTENBERG, *Developing Limits on compensation of mutual fund advisers*, 7 Harv. J. Legis, 309, p. 312 (1970).

²¹⁵ Si veda CALICETI, *op. cit.*, sua nota 53 nella quale afferma: "Sulla distinzione soggettiva tra *mutual fund e investment adviser* nell'esperienza statunitense, e sui rischi di conflitto insiti in qualsiasi attenuazione della distinzione, mi limito a citare H. SCHIFFMAN, *The Relationship Between the Investment Advisor and the Mutual Fund: Too Close for Comfort*, 45 *Fordham L. Rev.* 183 (1976), <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol45/iss1/10>. Vale la pena notare che, proprio sulla base dell'assolutezza che tale distinzione riveste in quel contesto normativo, la Corte Suprema degli USA ha recentemente affermato la irresponsabilità dell'*investment advisor* per affermazioni fatte nel prospetto del fondo, appunto in quanto riferibili esclusivamente ad un soggetto diverso: *Janus Capital Group, Inc. First Derivative Traders*, No. 09-525, slip. Op (Jun. 13, 2011), in <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-525.pdf>.

6.3 Il regime delle responsabilità.

A differenza di quanto previsto nella disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, il TUF non detta alcuna norma in materia di responsabilità nella gestione dei fondi, limitandosi a sancire il regime di separazione patrimoniale all'art. 36 co. 4²¹⁶.

In astratto si possono configurare varie ipotesi di responsabilità, tra le quali: quella precontrattuale ex artt. 1337-1338, quella derivante da dolo contrattuale e infine quella causata dall'esercizio di attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria ex art. 2947 c.c.²¹⁷.

L'interrogativo che ci si deve porre concerne quale patrimonio debba fungere da garanzia patrimoniale generica per questo tipo di responsabilità: se quello del fondo o della società di gestione. La risposta naturalmente sarà condizionata da quale tesi sarà accolta in merito alla natura giuridica dei fondi.

Le soluzioni che si possono ipotizzare sono in linea teorica tre: responsabilità esclusiva della SGR; responsabilità diretta del fondo e responsabilità indiretta della SGR per il danno subito dagli investitori ex art. 36 co. 3 TUF; responsabilità solidale del fondo e della società di gestione, salvo azione di regresso del FCI nei confronti della SGR.

²¹⁶ Art. 36 co. 4. "Ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, *distinto* a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni *contratte* per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi. La società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti".

²¹⁷ Si veda sul punto diffusamente E. SCHIAVELLO, *op. cit.*, p. 118 e ss., il quale menziona anche la responsabilità da "prospetto" ingannevole; la responsabilità da rovina di immobile etc..

Il dato normativo più volte citato, ovvero l'art. 36 co. 4 TUF, che qualifica il patrimonio dei fondi come *distinto* da quello della SGR, conduce a fornire risposta negativa alla soluzione della responsabilità solidale tra fondo e società di gestione per il caso di un illecito. Mancherebbero, infatti, indici testuali dai quali desumere la volontà del legislatore di offrire ai soggetti lesi dall'illecito una platea di debitori più ampia rispetto a quella accordata ai creditori contrattuali.

Tale conclusione appare rafforzata dal confronto con la disciplina dettata per i patrimoni destinati ad uno specifico affare dall'art. 2447-*quinquies* c.c.²¹⁸, il cui comma 3 dispone che la società risponda illimitatamente per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

Il silenzio del legislatore in materia di fondi comuni può dunque essere interpretato come volontà di negare questa tutela ai creditori involontari, assicurando una assoluta separazione tra il patrimonio del fondo e quella della società di gestione. Tale scelta

²¹⁸ Art. 2447 *quinquies* :

[I]. Decorso il termine di cui al secondo comma del precedente articolo ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti.

[II]. Qualora nel patrimonio siano compresi immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, la disposizione del precedente comma non si applica fin quando la destinazione allo specifico affare non è trascritta nei rispettivi registri.

[III]. Qualora la deliberazione prevista dall'articolo 2447-ter non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

[IV]. Gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo.

normativa appare, peraltro, coerente con l'esigenza di salvaguardare le funzioni di rilievo pubblicistico cui è preordinato il patrimonio di vigilanza delle SGR²¹⁹.

Sembra, tuttavia, porsi in contrasto con questa conclusione l'esegesi letterale dell'art. 36 co. 4, che dispone testualmente che il patrimonio del fondo risponde "*delle obbligazioni contratte per conto del fondo*".

Il verbo *contrarre* parrebbe, infatti, rimandare ad un comportamento volontario dei creditori e dunque di fonte contrattuale, con ciò implicitamente affermando che per le obbligazioni derivanti da fatto illecito debba rispondere anche la SGR col suo patrimonio.

Tuttavia, tale dato letterale non sempre risulta decisivo, come può evincersi dal ragionamento svolto dalla giurisprudenza in materia di fondi patrimoniali.

Ai sensi dell'art. 170 c.c., il fondo non risponde per i debiti "*contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia*": sebbene anche in questo caso il legislatore abbia fatto uso del verbo *contrarre*, la dottrina e la giurisprudenza hanno interpretato la norma prescindendo dalla fonte dell'obbligazione (indifferentemente negoziale o da fatto illecito), ma considerando esclusivamente la pertinenza del fatto generatore dell'obbligazione al soddisfacimento dei bisogni della famiglia²²⁰.

Pertanto, argomentando in tal senso si può ritenere che del fatto illecito scaturito dalla gestione del fondo debba rispondere solo quest'ultimo col proprio patrimonio e non la

²¹⁹ Le società di gestione del risparmio sono soggetti vigilati e tenuti, ai sensi dell'art. 40 co. 1 TUF, ad obblighi di trasparenza e di comportamento nell'interesse dei partecipanti ai fondi e dell'integrità del mercato.

²²⁰ Cfr. *ex multis* Cass., sez. I, 5 giugno 2003, n. 8991, in *Riv. Notariato*, 2003, 1563 e ss.

SGR²²¹, salvo la residuale responsabilità di quest'ultima nella sua qualità di mandataria ai sensi dell'art. 36 co. 3 TUF.

Con riferimento alla responsabilità da esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento, va considerata la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 19 co. 6 della L. 102/2009, la quale dispone che l' "art. 2497, primo comma, del codice civile si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economico finanziaria".

Questa norma risulta chiaramente ostativa alla possibilità di imputare tale forma di responsabilità al fondo, che come detto viene attualmente considerato un mero patrimonio separato della società di gestione.

Qualora, al contrario, si intendesse riconoscere la natura di soggetti ai FCI, i meccanismi di imputazione sarebbero di più semplice ed immediata percezione, in quanto ciascun ente risponderebbe secondo le normali regole di allocazione della responsabilità in ragione del contributo causale apportato alla generazione del danno.

Nel caso di atto illecito commesso dalla SGR nello svolgimento dei compiti gestionali, potranno essere chiamati a rispondere esclusivamente i fondi-soggetto in virtù del principio di immedesimazione organica.

²²¹ A conclusioni affatto diverse – ma che esulano dalla presente riflessione – si giunge nel caso di danno perpetrato ai terzi da una mandataria della SGR che ad esempio ha collocato i titoli nel mercato, del quale risponde la società di gestione ai sensi del combinato disposto degli artt. 1228 e 2049 c.c..

6.4 La sostituzione della SGR.

Si è già accennato al paragrafo 6.1 dell'importanza ai fini della presente indagine della vicenda di sostituzione della SGR, che può determinare – in caso di negazione della soggettività ai fondi - una onerosa vicenda traslativa tale da rendere i FCI italiani meno competitivi a livello internazionale.

Procedendo con ordine, si deve in primo luogo rilevare che l'art. 37 co. 3 TUF attribuisce in via esclusiva all'assemblea degli investitori la possibilità di deliberare la sostituzione della SGR. Tuttavia, se da un lato tale delibera vincola la SGR a darne attuazione, la norma nulla dice in merito agli strumenti negoziali con cui realizzare l'avvicendamento.

Si possono verificare due ipotesi di sostituzione della SGR:

- 1) il fondo continua ad essere patrimonio separato della SGR che lo ha istituito (c.d. SGR promotrice) e la sostituzione riguarda esclusivamente la posizione gestoria²²²;
- 2) il fondo viene trasferito ad una diversa SGR e diviene patrimonio separato di quest'ultima.

Con riferimento alla prima vicenda, l'assetto d'interessi che si viene a determinare presenta notevoli profili di criticità.

In primo luogo si determinerebbe – ai sensi dell'art. 36 co. 3 TUF – una responsabilità solidale tra la SGR promotrice e quella che subentra nella gestione, che renderebbe oltremodo rischiosa tale operazione per la società di gestione subentrante.

Inoltre, il nuovo gestore dovrebbe agire in rappresentanza della precedente SGR per ogni atto dispositivo sui beni di cui continua ad essere titolare quest'ultima, la quale dovrebbe altresì mantenere in vita il rapporto contrattuale con la banca depositaria.

²²² Si veda il provvedimento della Banca d'Italia del 14 aprile 2005, Titolo V, Cap. I, Sez. II, par. 4.1.2., il cui titolo è “*Sostituzione della società promotrice o del gestore*”.

Quanto appena descritto rende di fatto impossibile una cesura netta tra la precedente amministrazione sfiduciata dagli investitori e quella subentrante, con gravi ripercussioni nell'attività d'investimento.

Nella seconda ipotesi, la nuova SGR subentrerebbe nell'intera posizione della precedente e la sostituzione avrebbe, per il patrimonio del fondo, effetti traslativi.

Sugli effetti negativi di questa vicenda circolatoria già si è detto, ma vale la pena ripercorrerne brevemente gli aspetti salienti: il trasferimento dei beni può essere oggetto di numerose restrizioni di origine negoziale quali patti di prelazione, clausole di gradimento azionarie, diritti di prelazione previsti a livello statutario; la presenza di significativi oneri fiscali indiretti quali imposte catastali e ipotecarie.

Risulta chiaro che i problemi sopra elencati non sussisterebbero ove venisse riconosciuta ai fondi una soggettività giuridica.

Infatti, il fondo resterebbe sempre l'unico titolare formale dei beni ad esso appartenenti e tutte le vicende di sostituzione del gestore avverrebbero su base meramente contrattuale, alla stregua dell'avvicendamento tra mandatari.

Il subentro avrebbe luogo per effetto della cessione delle posizioni contrattuali della SGR sostituita al nuovo gestore, che non necessita nemmeno del consenso espresso dei singoli investitori (che già si sono espressi con delibera assembleare).

In tal modo si creerebbe un auspicabile iato tra le due amministrazioni e si eviterebbero i costi di transazione che scaturiscono da una inutile e dannosa vicenda circolatoria.

7. Rilievi conclusivi.

Le criticità applicative evidenziate al paragrafo precedente, nonché le incoerenze rispetto al dato normativo, per quanto degne della massima attenzione, non sembrano essere decisive ai fini della soluzione del dibattito sulla natura giuridica del fondo.

Infatti, se è vero che non può accettarsi la nozione antropomorfica accolta dalla pronuncia della Cassazione, senza dubbio imprecisa ed anacronistica, è altrettanto evidente che il riscontro della soggettività vada desunto da indici normativi eloquenti, e non dalla risoluzione di specifiche questioni che si pongono, peraltro nemmeno in modo indefettibile, a valle del problema²²³.

Sul punto è peraltro necessario rilevare che alcune recenti pronunce giurisprudenziali²²⁴ hanno ammesso la trascrivibilità a favore o contro il *trust*, pur negando a monte la soggettività di tale patrimonio autonomo.

²²³ Significative appaiono le considerazioni svolte da AMADIO, *op. cit.*, di cui si riporta la nota 17: “Ma qui sorge spontanea una domanda, forse finanche maliziosa: data l’evidente matrice trascrizionale del problema, che induce il pratico del diritto a spingere per la soggettivizzazione dei fondi immobiliari (gli unici in cui sono ricompresi beni per cui è previsto tale sistema di pubblicità), non apparirebbe così scontata la necessità (che coerenza imporrebbe) di sostenere un processo di soggettivizzazione per quelli mobiliari, per i quali non sorgono esigenze analoghe. Però, una volta accettata la logica del soggetto nuovo, essa dovrebbe governare la qualificazione di tutte le ipotesi. Del resto, che la questione della soggettività sia oggi indissolubilmente legata alle incertezze in tema di trascrizione, è reso evidente dalla proposta di un autore, che, dinnanzi all’ “inquietante problema della soggettivizzazione” del fondo, suggerisce di “cambiare punto di vista” e di ammettere che, “a meri fini pubblicitari il fondo possa soggettivizzarsi (le citazioni, e anche quella subito successiva, sono tratte da G. BARALIS, *Fondi immobiliari e Sgr: problemi di pubblicità immobiliare*, cit., p. 1254 s.). Insomma, una “discrasia... fra regole pubblicitarie e diritto comune”, di sicura valenza pratica, ma di chiara portata dirompente rispetto a tutto il sistema della trascrizione: ciò che ci consiglia di non accettare l’ipotesi testè riassunta”.

²²⁴ In particolare due decreti del Tribunale di Torino (10.02.2011 e 18.03.2014) resi a seguito di reclamo proposto ai sensi degli artt. 2674bis e 113ter disp. att., che hanno ammesso la trascrizione in favore direttamente del Trust, ordinando la cancellazione della riserva apposta dall’Ufficiale dell’Agenzia del Territorio. Per un commento si veda, BULLO, *La trascrizione della devoluzione di immobili in Trust: le soluzioni antitetiche della Corte di Appello di Trieste e del Tribunale di Torino*, Diritto Civile contemporaneo, 2014.

In tal modo si viene a svincolare l'esecuzione delle formalità pubblicitarie dall'individuazione di un soggetto nei cui confronti eseguirle: la soggettività civilistica non è ritenuto elemento necessario per ottenere una trascrizione in proprio favore.

Tale approdo interpretativo si fonda, tra l'altro, sia sull'assenza di un divieto normativo esplicito, sia sulla presenza dell'art. 2645 c.c. che amplia le fattispecie trascrivibili in relazione agli effetti prodotti dall'atto.

Queste riflessioni avvalorano l'idea che non si possa attribuire rilievo decisivo - per affermare la soggettività di un patrimonio - alla risoluzione di problematiche di natura trascrizionale, posto che va sempre più accreditandosi l'idea che si possa trascrivere a favore o contro una massa patrimoniale che soggetto non è²²⁵.

La ricostruzione più persuasiva, specialmente in un'epoca come quella attuale caratterizzata da una tenuta debole del principio di universalità di cui all'art. 2740 c.c., conduce alla negazione della soggettività giuridica del FCI, per difetto di una autonoma struttura organizzativa del fondo²²⁶.

Infatti, costituirebbe una inutile superfetazione ammantare di soggettività il FCI, vivificando quello che è definito, per esplicito dettato normativo, un mero patrimonio autonomo (con bilateralità perfetta).

²²⁵ In tal senso depone anche il novellato art. 2659 c.c., che prevede la trascrivibilità in favore del condominio che, come illustrato nel capitolo dedicato, non può essere considerato un *ens*.

²²⁶ Abbraccia questa tesi AMADIO, *op. cit.*, p. 56: "Si svela, a questo punto, l'equivoco concettuale che affligge molti degli interventi dedicati all'autonomia patrimoniale dei fondi: equivoco che consiste nell'aver trasformato discipline come quella dei fondi stessi (ma anche dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, del fondo patrimoniale, dei beni destinati a un interesse meritevole ex art. 2645-ter e via discorrendo) da tecniche di specializzazione della responsabilità patrimoniale dell'unico soggetto, giustificate dalla mera destinazione di parte dei suoi beni allo scopo, in riconoscimento di altrettanti nuovi centri di imputazione; i quali, viceversa, potrebbero dirsi necessari solo ove, a quella destinazione, si accompagnasse altresì la predisposizione di una distinta articolazione organizzativa dell'attività volta a realizzarla".

Gli autori che hanno perorato la causa della soggettività hanno fondato le loro argomentazioni su presupposti fallaci: da un lato si è giunti ad una iper-valorizzazione delle funzioni degli organi rappresentativi degli interessi degli investitori; dall'altro si è preteso di attribuire ad alcuni vantaggi di ordine pratico (adempimenti pubblicitari, risoluzione dei conflitti d'interessi, facilità nella sostituzione della SGR) l'attitudine a modificare la natura giuridica del fondo, con ciò invertendo il *prius* con il *posterius*.

Con riferimento alla prima argomentazione, si deve osservare²²⁷ che il riconoscimento di forme di organizzazione di gruppo tra i partecipanti di un Fondo non ha lo scopo di attribuire ad essi poteri gestori, similmente a quelli riconosciuti agli organi della SGR, quanto piuttosto quello di far emergere "...gli interessi propri dei partecipanti al fondo, finora considerati solo portatori di interessi semplici e privi di qualsiasi potere diretto di intervento sull'amministrazione della società"²²⁸.

L'assemblea diviene, quindi l'organo che permette agli investitori di poter influenzare la gestione del patrimonio del fondo, in vista della tutela dei propri interessi rispetto all'inerzia o all'abuso del gestore²²⁹.

L'assemblea degli investitori, come sostenuto dalla pronuncia di Cassazione più volte citata, presenta elementi di contiguità con l'istituto dell'assemblea degli obbligazionisti,

²²⁷ Si ripercorrono le osservazioni di R. DELLA VECCHIA, *La governance dei fondi comuni d'investimento chiusi*, in *Le Società* 11/2010, p. 1337.

²²⁸ Il primo esempio concreto di assemblea di partecipanti di un fondo quotato in Borsa fu "Tecla-Fondo Uffici", gestito da Pirelli & C. Real Estate SGR, il cui regolamento di gestione fu approvato dalla Banca d'Italia nel 2003. Nel prospetto informativo si affermava: "Il regolamento prevede una struttura di corporate governance tesa a favorire – anche al di là delle vigenti previsioni di legge di cui all'art. 37 del TUF, come modificato – il coinvolgimento di coloro che investono nel Fondo...nel processo decisionale della SGR con riguardo alle decisioni di maggiore rilevanza inerenti alla gestione del Fondo, e ad assicurare visibilità e trasparenza sulle attività gestionali di maggior rilievo aventi ad oggetto il Fondo medesimo".

²²⁹ LEMMA, *I fondi immobiliari tra investimento e gestione*, Bari, 2006, p. 159.

di cui all'art. 2417 c.c., ovvero dell'assemblea speciale dei portatori di strumenti di partecipazione a specifici affari, di cui all'art. 2447 octies c.c..

Il modello organizzativo dei FCI è, dunque, quello di una gestione di interessi da parte di un gruppo organizzato²³⁰ e non l'omologo di una *governance* societaria.

Alla luce di queste considerazioni, sembra difettare il requisito essenziale dell'esistenza di una articolazione organizzativa in grado di tradurre in attività la volontà dell'ipotetico ente.

Senza una organizzazione idonea a produrre una attività non è possibile imputare gli effetti che scaturiscono dall'agire nel mondo giuridico ad un *ens*.

Per quanto concerne gli aspetti trascrizionali, si è già spiegato che in primo luogo non si possa inferire dalle mere ricadute pubblicitarie la natura giuridica del FCI, posto che tale aspetto rappresenta il *prius*.

In secondo luogo si è dato conto dell'esistenza di un sempre più significativo orientamento giurisprudenziale che ammette le trascrizioni direttamente a favore dei *trusts*, sulla cui natura giuridica di mero patrimonio autonomo nessuno dubita.

Da ultimo non si può che menzionare l'art. 2659 c.c., che prescrive la trascrivibilità degli atti tra vivi in favore del condominio, senza che tale aspetto sia stato ritenuto idoneo – perlomeno dalla dottrina maggioritaria – a mutare la natura giuridica del condominio di edifici, tutt'oggi considerato un mero “ente di gestione” e non un soggetto di diritto.

Con riferimento alla maggior efficienza di sostituzione della SGR, si rileva come la prassi abbia di fatto già ammesso un meccanismo di subentro svincolato da onerose

²³⁰ FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, 1985, 501: “Il prestito obbligazionario non è né un finanziamento individuale né un finanziamento meramente collettivo bensì un finanziamento di gruppo organizzato”.

vicende circolatorie che, sebbene incoerente con i presupposti giuridici, risulta di estrema efficacia.

Infine, con riguardo al regime della responsabilità, si deve constatare che le speculazioni dottrinali si siano attestate su di un piano meramente astratto, e dunque appare maggiormente opportuno che lo studio di soluzioni avvenga *case by case* da parte della giurisprudenza.

Il dibattito sulla natura dei FCI dimostra ancora una volta come, innanzi a patrimoni dotati di un alto grado di autonomia e di una seppur rudimentale organizzazione, si riproponga il dilemma della loro natura giuridica.

Con specifico riguardo a questo tema d'indagine, il quadro è reso ancor più complesso dalla inapplicabilità dei tradizionali schemi dominicali di stampo continentale.

Infatti, la disciplina normativa che informa tale istituti determina una dissociazione tra il titolare formale della proprietà dei beni che costituiscono il patrimonio (la SGR) e coloro i quali ne traggono, in via sostanziale, i frutti (gli investitori). Il diaframma è ulteriormente ampliato dalla presenza di un regolamento che vincola la *policy* degli investimenti, dalla possibilità di nominare una diversa SGR all'amministrazione del fondo, dalla presenza dell'assemblea degli investitori, vero e proprio *stakeholder*.

Il contenuto del diritto di proprietà viene così frammentato e le facoltà che lo caratterizzano ripartite tra una pluralità di soggetti, nessuno dei quali può dirsi "proprietario" in senso tradizionale.

Innanzi a tali complicazioni, la prassi notarile e molti autori hanno ritenuto che la strada maestra fosse quella di far compiere al fondo un vero e proprio salto di qualità, da oggetto a soggetto di diritto, per ricomporre quella unità concettuale che sembrava perduta.

E' stato però dimostrato che tale operazione, per quanto seducente, si sarebbe risolta in una inutile complicazione, non necessaria e pertanto dannosa.

I fautori della soggettività non hanno tenuto in debito conto che la personalità giuridica e l'articolazione del patrimonio siano tecniche alternative ed equivalenti di specializzazione della responsabilità patrimoniale²³¹.

In un'epoca come quella attuale di proliferazione delle tecniche di segregazione patrimoniale e del fiorire di patrimoni specializzati, la necessità di ipostatizzare nuovi soggetti protagonisti dei traffici giuridici deve essere vagliata in modo particolarmente stringente, e solo in presenza di inequivoci indici normativi, non presenti nella disciplina del TUF.

²³¹ Si veda SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, Riv. Dir. Civ., 2002, p. 844, in cui afferma: "Scelte normative come quelle qui segnalate confortano (mi confortano) l'opinione che la personalità giuridica e articolazione del patrimonio siano tecniche alternative ed equivalenti di presentazione di regimi giuridici della garanzia patrimoniale". Ed ancora a pag. 845: "Ora questa diversificazione di regimi può essere presentata e concettualizzata in due modi: (c1) o ricorrendo all'assunto culturale dell'autoresponsabilità in assenza però della premessa naturalistica, dell'alterità biologica, e cioè postulando un attore che non c'è in senso naturalistico: è la via della persona giuridica; (c2) oppure, "rispettando" la premessa naturalistica (e quindi postulando un attore e uno soltanto) ma ipostatizzando i regimi diversificati in patrimoni separati. Per il primo modo di concettualizzazione l'ipostasi è orientata sul soggetto (sull'attore); per il secondo sull'oggetto (sulle sue cose).

CAPITOLO QUARTO

IL TRUST

Sommario: 1. Premesse. – 2. Il problema della soggettività giuridica del *trust*. – 3. Il dibattito sulla soggettività del *trust* nella giurisprudenza. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Premesse.

Il *trust* è un istituto che sorge dalla prassi dei tribunali di *Equity* nei paesi di *Common Law* e si concretizza in un rapporto fiduciario mediante il quale un soggetto (detto disponente, costituente o “*settlor*”) trasferisce la proprietà di alcuni beni (c.d. *trust fund*) ad un altro soggetto (c.d. fiduciario o *trustee*), affinché questi li amministri e gestisca per uno scopo prestabilito, o a favore di uno o più soggetti terzi (c.d. beneficiari)²³².

²³² In dottrina, cfr.: BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 589; BIANCA C.M., *Diritto civile*, VI. *La proprietà*, Milano, 1999, 200; BROGGINI G., *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 399; CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1323; Id., *Il trust e «sostiene Lupo»*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 441; GAMBARO A., *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trust in Italia oggi*, a cura di BENEDENTI I., Milano 1996, 55; Id., *Trust*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., XIX*, Torino 1999, 449; Id., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti del trustee*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 257; Id., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 919; GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 1254 ss.; Id., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, in *Riv. not.*, 2001, 1247; Id., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, *ivi*, 2002, 1107; Id., *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in www.judicium.it; LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de l'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, 966; Id., *Trusts*, Milano 2001; Id., *Lettera ad un notaio conoscitore del trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1159; MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contratto e impresa*, 2002, 570; PALERMO G.,

Tale trasferimento può avvenire in base ad un atto a titolo gratuito o “*mortis causa*”.

Il principale riferimento legislativo di diritto interno è rappresentato dalla L. n. 364/1989, mediante la quale l'Italia ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, avente ad oggetto la legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento.

L'art. 2 della Convenzione, dopo aver delineato la nozione di *trust*, ne specifica gli elementi qualificanti.

In primo luogo i beni in *trust* costituiscono una massa distinta e non appartengono al patrimonio del *trustee* (effetto di una tecnica di segregazione patrimoniale, ribadita all'art. 11 Conv.).

Tali beni sono solo formalmente intestati al *trustee*, che deve amministrarli in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge al *trustee*.

Qualora tutti gli elementi del *trust* siano interni (nazionalità dei soggetti, collocazione dei beni, etc.), al fine di rendere applicabile la Convenzione è necessario che almeno la legge applicabile sia straniera.

L'art. 6 consente, pertanto, di istituire un c.d. *trust* interno, il cui unico elemento di estraneità sia per l'appunto rappresentato dalla normativa applicabile.

L'economia della presente trattazione non consente di riproporre l'acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha portato al riconoscimento dell'ammissibilità dei *trusts* interni, nonostante l'apparente tensione con molteplici principi del nostro

Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 391; Id., *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, ivi, 2000, 148; SCHLESINGER P., *Una «novella» per il trust*, in *Not.*, 2001, 337. In giurisprudenza, cfr: Trib. Belluno, decr. 25 settembre 2002, in *Riv. not.*, 2002, 1538, con nota di DOLZANI M., *Trust immobiliare in regime tavolare*, e in *Fisco*, 2003, 364; Trib. Pisa 27 dicembre 2001, in *Riv. not.*, 2002, 190; Trib. Bologna 18 aprile 2000, in *Nuovo dir.*, 2001, 959; App. Milano 6 febbraio 1998, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1998, 582; Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 2000, 2007, con nota di BRUNETTI C., *Il testamento dello zio d'America. Il trust testamentario*, ivi, 2008, e di LUPOI M., *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: trust e istituti civilistici*, ivi, 3391.

ordinamento civile, quali ad esempio quello sancito dall'art. 2740 c.c. e il principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

La diffusione di tale istituto giuridico e la maturazione del dibattito scientifico, ad oggi non lasciano adito a dubbi in merito alla sua legittimità, essendosi ormai risolta in via interpretativa la maggior parte delle criticità rilevate nel corso degli anni.

Dato per assodato che i *trust* interni siano stati accolti nel nostro ordinamento, occorre approfondire l'indagine sulla loro natura giuridica, ripercorrendo alcune note pronunce giurisprudenziali nelle quali si è discusso – ancora una volta per risolvere problemi di ordine pratico – sulla soggettività di tale istituto, accedendo sempre a conclusioni negative.

2. Il problema della soggettività giuridica del *trust*.

Come osservato nel capitolo dedicato ai fondi comuni d'investimento, il problema della soggettività di istituti di importazione anglosassone deriva dalla difficoltà che incontra il giurista italiano nell'ammettere la dissociazione tra proprietà formale e sostanziale di tali patrimoni autonomi.

L'insufficienza degli schemi dominicali di tradizione continentale - che presuppongono una proprietà monolitica e soggettivamente riferibile ad un unico proprietario che ne esercita pienamente tutte le facoltà - e il sistema pubblicitario su base soggettiva, hanno reso particolarmente speciosa la tesi della soggettivizzazione del patrimonio, così da ricomporre quell'unità concettuale che sembrava perduta e ristabilire l'univocità tra patrimonio e soggetto.

Vi sono, per la verità, delle fonti normative che offrono degli spunti a sostegno della tesi della soggettività giuridica del *trust*, invocate dalla dottrina assolutamente minoritaria²³³, ed in particolare: il D.Lgs. 231/2007, in materia di antiriciclaggio, assimila il trust ad altri soggetti giuridici analoghi; l'art. 73, lett. b) e c) del D.P.R. n. 917/1986 modificato dalla L. n. 296/1996 che assoggetta all'imposta sul reddito delle società "i *trusts* residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale", e la successiva lett. d) che si riferisce alle società ed agli "enti di ogni tipo compresi i trust, con o senza personalità giuridica".

²³³ La tesi della soggettività giuridica del trust è stata sostenuta minoritariamente in dottrina da alcuni Autori quali: A. DE DONATO, V. DE DONATO, D'ERRICO, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, 112 ss. e 128 ss.; AMATO, in AA. VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, Commentario*, a cura di Gambaro-Giardina-Ponzanelli, in *Nuove Leggi civ. Comm.*, 1993, 1269; SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996, 96; in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma 8 luglio 1999, in *Giur. It.*, 2001, 959, con nota di BELLONI; Trib. Brescia 12 ottobre 2004, in *Trusts e att. fid.*, 2005, 83 ss.

Inoltre, va menzionata una Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 1 agosto 2011 n. 38/E, con la quale l’Agenzia ha chiarito che a certe condizioni il *trust*, essendo fornito di soggettività passiva d’imposta, può essere qualificato come un’organizzazione non lucrativa di utilità sociale (ONLUS)²³⁴.

Nonostante le citate indicazioni normative ed interpretative, la tesi ad oggi sposata dalla giurisprudenza e dottrina maggioritarie è nel senso di negare la soggettività al *trust*²³⁵.

La questione, per vero, non è mai stata del tutto pacifica.

Infatti, l’art. 2 della “Convenzione” statuisce che: *“Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il trust presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge. Il fatto che il costituente conservi*

²³⁴ Cfr. REALI, *Soggettività del trust ed imposizione sui redditi: profili ricostruttivi*, in *Riv. Dir. trib.*, 2011, 228 ss; MATTIA, *La soggettività tributaria del trust*, in *Commercio internaz.*, 2008, 12, 32; ZIZZO, *Note minime in tema di trust e soggettività tributaria*, in *Fisco*, 2003, 4658.

²³⁵ Si vedano tra i molti: LUPI, *Profili processuali del trust*, in *Riv. Not.*, 2001, 1159 ss; PAGNI, in AA. VV., *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di Zanchi, Torino, 2009, 166; BERLINGUER, *The italian road to trusts*, in *Rev. Europ. Droit priv.*, 2007, 537; CHIZZINI, *Revoca del trustee e legittimazione all’azione possessoria*, in *Trusts e att. fid.*, 2000, 50; GRAZIADEI, voce *Trust nel diritto angloamericano*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, XVI, Torino, 1999, 258; CORSINI, *op. cit.*, Presso la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 22 dicembre 2011, n. 28363, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 12, 1834 e Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, in *Foro it.*, 2011, 417, con nota di PELLEGGATTA, che ha negato la soggettività giuridica ai fondi comuni d’investimento.

alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust”.

L'articolo appena citato, a ben vedere, non chiarisce chi sia il “proprietario” dei beni costituiti in *trust* e si limita a prevedere che il governo di essi sia affidato al *trustee*²³⁶.

Proprio l'assenza di un qualificato “proprietario formale” ha indotto alcuni interpreti a ritenere il *trust* stesso titolare dei beni che lo compongono, il quale, in quanto patrimonio separato, costituirebbe un centro autonomo di imputazione²³⁷.

Risulta opportuno, a questo punto, analizzare alcune pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato il problema della soggettività del *trust*, le quali seppur negandola hanno concorso a delineare al meglio i tratti peculiari di questo istituto.

²³⁶ PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2008, 219.

²³⁷ Si veda: Trib. Roma, 8 luglio 1999, in *Giur. It.*, 2001, 959 e ss, con nota di BELLONI.

3. Il dibattito sulla soggettività del *trust* nella giurisprudenza.

Una prima pronuncia che merita un approfondimento è rappresentata dal Tribunale di Torino , sez. III civile, 10 febbraio 2011, che ammette la trascrizione di un bene devoluto in *trust*, direttamente in capo al *trust* stesso²³⁸.

La controversia era originata dalla richiesta rivolta al Tribunale da parte di un Notaio torinese di ordinare la cancellazione della riserva apposta dal Responsabile del Servizio di Pubblicità Immobiliare dell' Agenzia del Territorio, per la trascrizione di un atto di devoluzione di un bene in favore del *trust*.

L'assenza nel nostro ordinamento di una norma che disciplini espressamente questa fattispecie aveva determinato una prassi notarile così riassumibile:

- trascrizione del trasferimento di proprietà ai sensi degli artt. 2643 e 2645 c.c. contro il disponente e a favore del *trustee*;
- trascrizione del vincolo in *trust* contro il *trustee*, in applicazione analogica dell'art. 2647 c.c., dettato in materia di fondo patrimoniale.

Questa duplicazione, come intuibile, assolveva la finalità di dare rilievo pubblicitario a due effetti giuridici essenziali: il trasferimento di proprietà dal disponente al *trustee* e l'effetto segregativo determinato dal vincolo fiduciario.

Tale prassi presentava, tuttavia, un limite significativo, ovvero la necessità di trascrivere ogni atto di sostituzione del *trustee*, posto che questi risultava titolare formale dei beni devoluti in *trust*, senza che in realtà vi fosse un reale trasferimento di ricchezza e con il rischio che il *trustee* da sostituire non fosse collaborativo rispetto a tale operazione²³⁹.

²³⁸ Per un ampio commento della sentenza si veda: A. STEFANI, *Trascrizione a favore del trust: una nuova frontiera?*, in *Notariato 4/2011*, p. 409 e ss.

²³⁹ Richiedendo così l'intervento del giudice in caso di diniego opposto dal *trustee* al trasferimento del bene.

Per queste ragioni si è tentato di introdurre una prassi notarile che prevedeva l'esecuzione di una sola formalità contro il disponente e a favore del *trust*, sebbene l'Agenzia del Territorio negasse tale possibilità in ragione del difetto di soggettività giuridica in capo al *fondo fiduciario*.

La pronuncia in esame si segnala per aver accolto il ricorso da parte del Notaio rogante, ordinando la cancellazione della riserva, ma senza che da ciò derivasse necessariamente l'affermazione della soggettività del *trust*.

Il Tribunale di Torino ha cioè svincolato l'attitudine ad essere destinatari di una formalità pubblicitaria dalla soggettività civilistica.

Il *trust* – ha rilevato correttamente il Tribunale – ha natura complessa rappresentata da un patrimonio autonomo e da un complesso di rapporti giuridici, che lo rendono senza dubbio un centro di imputazione di interessi giuridici, ma non un soggetto di diritto²⁴⁰.

Sulla stessa linea interpretativa si è riconfermato il Tribunale torinese più di recente – in data 18 marzo 2014 – allorché ha ordinato nuovamente la cancellazione della riserva apposta alla trascrizione di un bene devoluto in *trust*, affermando che è ben possibile trascrivere a favore del *trust* stesso, poiché la soggettività non è un pre-requisito per essere destinatari dell'adempimento pubblicitario²⁴¹.

²⁴⁰ LUPOI, *I diritti reali – I trust nel diritto civile*, Trattato di diritto civile, diretto da Rodolfo Sacco, II, UTET, Torino, 2004, p. 244, in cui l'Autore afferma: “La permanenza nel tempo di un patrimonio segregato tende a obbiettivizzarlo, come se si trattasse di una fondazione o di altra persona giuridica...Nella massima parte dei trust, però, non è così...Il trust si manifesta per quello che è in diritto, un rapporto di appartenenza segregato rispetto agli altri che fanno capo al medesimo soggetto”.

²⁴¹ Si veda per un commento L. BULLO, *La trascrizione della devoluzione di immobili in Trust: le soluzioni antitetiche della Corte di appello di Trieste e del Tribunale di Torino*, in *Diritto civile contemporaneo*.

Un'altra sentenza degna di nota è quella della Cassazione civile, Sez. II, 22 dicembre 2011, n. 28363²⁴², resa a seguito di gravame nel giudizio di opposizione ad una sanzione del codice della strada.

In estrema sintesi, il *trustee* era stato condannato al pagamento in solido col conducente di una sanzione amministrativa, nella sua qualità di proprietario di un autoveicolo devoluto in *trust* (di diritto australiano).

La linea difensiva del *trustee* era incentrata nel ricondurre la proprietà dell'autoveicolo direttamente in capo al *trust* stesso, quale autonomo soggetto di diritto, di cui egli era mero rappresentante.

Tuttavia, la Cassazione ha correttamente negato la soggettività del *trust* confermando la responsabilità solidale del *trustee*²⁴³.

La Corte ha spiegato che il *trustee* risponde personalmente per le obbligazioni contratte con i terzi, salvo il diritto a rivalersi con privilegio sugli altri creditori del *trust*. Inoltre, il *trustee* risponde personalmente anche sul piano extracontrattuale per eventuali illeciti commessi in connessione con beni appartenenti al *trust*.

Di recente si sono registrate ulteriori pronunce volte a fornire concreta risposta a problematiche concrete che involgono o presuppongono la questione della soggettività giuridica del *trust*²⁴⁴.

²⁴² Per un commento si veda: G.M. TANCREDI, *In tema di soggettività giuridica del trust*, in *I contratti*, p. 693 e ss..

²⁴³ Sul punto la Cassazione espressamente statuisce che: "Il trust non è un soggetto giuridico dotato di una propria personalità e il *trustee* è l'unico soggetto di riferimento: nei rapporti con i terzi interviene il *trustee* che non è il legale rappresentante del trust, ma colui che dispone del diritto; la responsabilità patrimoniale per atti e fatti compiuti nell'esercizio della propria funzione a seconda della legge regolatrice applicabile può essere personale e illimitata (salvo il diritto al rimborso), come appunto accade nel Regno Unito, ovvero con diritto dei terzi ad essere soddisfatti direttamente con il fondo in *trust*".

In particolare va menzionata Cassazione civile sez. I, n. 3456 del 20.02.2015²⁴⁵ emessa nell'ambito di una vicenda giudiziaria originata da una opposizione a decreto ingiuntivo, rispetto alla quale emergeva la problematica della legittimazione processuale del titolare e legale rappresentante della ditta ingiunta, che, avendo conferito in *trust* l'intero patrimonio aziendale, assumeva che la legittimazione in giudizio spettasse al *trustee*, divenuto affidatario del patrimonio a seguito dell'istituzione del *trust*.

La pronuncia riprende un principio di diritto già esposto dalla medesima sezione della Corte di legittimità (sent. n. 10105/2014), secondo cui *“il trust non è un ente dotato di personalità giuridica, ma un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato e formalmente intestati al trustee, che è l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi, non quale legale rappresentante, ma come colui che dispone del diritto”* (sul punto, vedasi anche Cass, n. 28363/2011).

In tale quadro, il *trustee* è dunque l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi, non già nella qualità di legale rappresentante del *trust*, ma quale soggetto che realizza gli interessi e gli scopi proprio del *trust*.

Il *trustee*, invero, ha capacità processuale attiva e passiva solo in relazione ai beni conferiti in *trust*, in ragione del particolare ufficio ricoperto, ma non si configura nei

²⁴⁴ Ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia del 25.03.2013, con cui si rileva la nullità del pignoramento eseguito nei confronti del Trust e non del trustee, per inesistenza del soggetto giuridico. Inoltre Cassazione civ. Sez. I, 09.05.2014, n. 10105 e Cass. Civ. sez. Trib., 18.12.2015, n. 25478.

²⁴⁵ Che ha statuito il seguente principio di diritto: *“Il trust non è un ente dotato di personalità giuridica, ma un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato e formalmente intestati al trustee, che è l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi non quale legale rappresentante, ma come colui che dispone del diritto. Ne consegue che esso non è litisconsorte necessario, ad esempio, nel procedimento per la dichiarazione di fallimento della società che vi ha conferito l'intera sua azienda, comprensiva di crediti e di debiti, in quanto l'effetto proprio del trust non è quello di dare vita ad un nuovo soggetto di diritto, ma quello di istituire un patrimonio destinato ad un fine prestabilito”*.

suoi confronti un'ipotesi di rappresentanza processuale, dal momento che tale istituto presupporrebbe una soggettività giuridica del *trust*, che invece, come chiarito, non sussiste.

Ne consegue che il *trustee* non è litisconsorte necessario nel procedimento per la dichiarazione di fallimento di una società che abbia conferito in un *trust* liquidatorio l'intera propria azienda, comprensiva di crediti e di debiti, provvedendo successivamente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, in quanto l'effetto proprio del *trust* non è quello di dare vita ad un nuovo soggetto di diritto, ma quello di istituire un patrimonio destinato ad un fine prestabilito.

4. Rilievi conclusivi.

Come dimostrato dalla breve carrellata di sentenze di cui al paragrafo precedente, il dibattito sulla soggettività giuridica del *trust* si ripropone ciclicamente, emergendo in contesti giuridici molto diversi tra loro.

Infatti, oltre al tradizionale campo di elezione degli adempimenti pubblicitari notarili, questa problematica si è posta anche in ambito di diritto punitivo amministrativo e nel diritto delle esecuzioni, solo per citare alcuni esempi.

Nonostante l'eterogeneità dei fronti, la risposta della giurisprudenza è stata ferma nel negare la soggettività a tale patrimonio fiduciario, mentre si è dimostrata molto più ondivaga in punto di ammissibilità di una trascrizione a favore o contro il *trust*²⁴⁶.

Ad esempio, con una recente ordinanza (sez. I civile, del 30.07.2014) la Corte d'Appello di Trieste ha negato la possibilità di trascrizione direttamente a favore del *trust*, argomentando dal presupposto che il difetto di soggettività/personalità giuridica sia ostativo all'adempimento pubblicitario.

Il sillogismo giuridico seguito dalla Corte triestina, poggia sulla premessa maggiore che solo i soggetti di diritto possano divenire titolari formali di beni e dunque essere destinatari di una trascrizione in loro favore²⁴⁷.

²⁴⁶ In senso contrario alla trascrivibilità del *trust*, cfr. in dottrina GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente, su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, 15 e ss.; Id., in *Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, *ivi*, 2001, 1247 ss.; Id., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, *ivi*, 2002, 1107 ss; Id., *Il trust*, in *Tratt. Della trascrizione. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, a cura di Gabrielli e Gazzoni, Torino, 2012, 467 e ss.; RAGAZZINI, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Not.*, 1999, 279 e ss.; CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano. Relazione al convegno di Studi Negozio fiduciario e trust*, organizzato dal Comitato Notarile della Sicilia, Taormina 6-7 marzo 1998, in *Europa e Dir. Priv.*, 1998, 1335.

²⁴⁷ Inoltre, il sistema pubblicitario su base soggettiva avvalorerebbe ancor più l'idea del necessario possesso di tale requisito ontologico in capo al destinatario della formalità.

Tuttavia, da più parti si è rilevato l'anacronismo di tale ragionamento, non più al passo dei tempi e contrastante con il dato normativo²⁴⁸.

Si pensi alla incoerenza di tale assunto con il testo normativo dell'art. 2659 cod. civ. in materia di condominio nella sua versione attuale, su cui ci si è a lungo soffermati nel paragrafo dedicato.

Inoltre, l'art. 2645 cod. civ. rappresenta senza dubbio la base normativa per consentire tale adempimento pubblicitario, posto che questa norma esclude la tassatività delle fattispecie trascrivibili²⁴⁹.

Come illustrato, la giurisprudenza si è dimostrata al contrario granitica in punto di negazione della soggettività del *trust*, in perfetta coerenza con la tradizione anglosassone²⁵⁰.

Analogamente a quanto affermato in tema di fondi comuni d'investimento, si deve ribadire che fenomeni di segregazione patrimoniale, oramai molto frequenti nel sistema civile italiano, non implicano la nascita di tanti soggetti di diritto quanti siano i patrimoni stessi.

²⁴⁸ A sostegno della trascrivibilità del *trust*, cfr. in dottrina LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, 1159 e ss.; GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, 257 e ss.; Id., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, *ivi*, 2002, 919 e ss..

²⁴⁹ L'art. 2645 cod. civ. costituisce, come noto, la "valvola d'ingresso" per consentire di trascrivere formalità pubblicitarie a favore di centri di imputazione di diritti economici patrimoniali sprovvisti di soggettività giuridica, purché la formalità stessa realizzi le precipue finalità della pubblicità dichiarativa, e precisamente l'opponibilità ai terzi dell'atto trascritto.

²⁵⁰ Si veda MAITLAND, *L'equità (traduzione italiana di Lectures of Equity, Cambridge, 1976)* Milano, 1979, 59, che definisce il *trust* in questo modo: "Quando ad una persona competono diritti che devono essere esercitati nell'interesse altrui, o in vista di uno scopo particolare, costui è titolare di tali diritti in trusts per l'interessato, o per lo scopo designato e prende il nome di *trustee*".

Se, infatti, la presenza di un patrimonio autonomo si pone quale requisito essenziale di ogni soggetto giuridico, esso di per sé solo non è mai sufficiente a dar vita ad una nuova entità, specialmente se – come nel caso del *trust* – difettano gli ulteriori requisiti dell'interesse afferente al nuovo soggetto e della struttura organizzativa minima idonea a far operare l'*ens* nel traffico giuridico.

Si deve prendere atto che il *trustee* sia l'unico soggetto di riferimento, sebbene possa risultare inconsueto per il giurista italiano ammettere la dissociazione tra proprietà formale e sostanziale propria del *trust*, sconosciuta alla nostra tradizione giuridica e potenzialmente in conflitto col principio del numero chiuso dei diritti reali.

Ne consegue che il *trustee* - nei rapporti con i terzi - interviene in qualità di colui che dispone del diritto²⁵¹ e non quale rappresentante di un fantomatico ed inesistente ente giuridico.

Il processo di entificazione del *trust*, influenzato dalla volontà di ricomporre l'unità concettuale e giuridica del diritto dominicale nonché di facilitare gli adempimenti pubblicitari, deve pertanto essere respinto, in quanto incoerente con la tradizione dell'istituto e con la sua disciplina normativa.

Al contrario, il filone inaugurato dal Tribunale di Torino, che ammette la trascrivibilità dell'atto di devoluzione direttamente in capo al *trust*, merita probabilmente di divenire orientamento maggioritario, in quanto dotato di solide basi normative (ad es. 2645 e 2659 c.c.) e più coerente con una moderna economia in cui non è infrequente che il diritto di proprietà sia esercitato a vantaggio di soggetti diversi dal suo titolare formale.

²⁵¹ Ovviamente egli può disporre del diritto in conformità alla finalità fiduciaria del suo incarico, pena la responsabilità del medesimo.

CAPITOLO QUINTO

IL CONTRATTO DI RETE

Sommario: 1. Premesse. – 2. I termini del dibattito e le ipotesi ricostruttive. – 3. La scelta normativa del legislatore: la soggettività su base opzionale. – 4. Considerazioni sulla scelta legislativa del termine “soggettività”. – 5. Risvolti applicativi.

1. Premesse.

L’istituto delle c.d. reti d’impresa è stato introdotto nel nostro ordinamento con D.L. n. 5 del 10 febbraio 2009 (convertito con modificazioni dalla L. 9 aprile 2009, n. 33), e successivamente modificato sia dal D.L. n. 83 del 22 giugno 2012, quindi dalla legge di conversione n. 134 del 7 agosto 2012²⁵².

Come noto, si è trattato di un intervento normativo volto a rafforzare le strutture imprenditoriali del tessuto economico italiano, messe duramente alla prova dalla

²⁵² La disciplina sul contratto di rete è frutto di una serie di interventi normativi effettuati tra il 2009 e il 2012: la relativa definizione e la prima disciplina organica si ritrova nell’art. 3, comma 4-ter ss., l. n. 33 del 2009, di conversione del d.l. n. 5/2009. Il testo è stato successivamente modificato in più occasioni: nel luglio dello stesso anno (art. 1 l. 23 luglio 2009, n. 99, c.d. legge sviluppo) e, nell’anno successivo, ad opera dell’art. 42 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122. Di recente la disciplina è stata in gran parte riscritta dall’art. 45 d.l. n. 83 del 22 giugno 2012 (c.d. decreto sviluppo) e soprattutto dalla relativa legge di conversione (l. n. 134 del 7 agosto 2012), nonché dall’art. 36, comma 4, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni con l. n. 221/2012. Il quadro normativo, trascurando le disposizioni di carattere fiscale o meramente incentivante (v. ad esempio l. n. 228/2012, art. 1 comma 95 ss.), si completa con la previsione di specifiche regole in materia di rapporti di lavoro (v. art. 30, comma 4-ter e art. 31 d.lgs. 276/2003, introdotto con la l. 99/2013 di conversione del d.l. n. 76/2013) e per il caso in cui il contratto di rete sia stipulato da imprese agricole (v. comma 2-bis, 2-ter e 5, dell’art. 36 d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni con l. n. 221/2012 e art. 45, comma 3 d.l. n. 83/2012, convertito con l. n. 134/2012).

congiuntura storica sfavorevole, mettendo a disposizione delle stesse strumenti di natura contrattuale per favorire la sinergia e fare *network*²⁵³.

La disciplina giuridica dettata per questo istituto ha suscitato il vivo interesse degli interpreti, non solo per le indubbie potenzialità applicative, ma anche per i risvolti di carattere squisitamente giuridico.

In particolare, ai fini della presente indagine, ci si soffermerà esclusivamente sui profili relativi alla soggettività della rete e sulle ricadute applicative che la scelta per tale opzione comporta in capo alla *rete-soggetto*.

Va sin da ora anticipato che, a differenza degli istituti affrontati nei precedenti capitoli, nella disciplina in esame il legislatore è intervenuto con una norma *ad hoc*, che prevede espressamente la possibilità per le imprese partecipanti alla rete di conseguire la *soggettività giuridica*.

Non si può che rilevare la singolarità di questa scelta del legislatore sotto un duplice profilo: in primo luogo per il ricorso inedito alla locuzione “soggettività giuridica”, che compare per la prima volta in una disposizione normativa; in secondo luogo poiché tale scelta di tecnica normativa ha finito con l’espropriare l’interprete dalla possibilità di ricavare da una complessiva disciplina l’esistenza o meno di un soggetto di diritto.

Nonostante l’esito interpretativo a rime obbligate, vale la pena ricostruire brevemente i termini del dibattito²⁵⁴ per comprendere le effettive ricadute applicative derivanti dalla scelta di entificazione della rete.

²⁵³ Sul tema si vedano: P. IAMICELI, “Le reti d’imprese: modelli contrattuali di coordinamento”, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, a cura di F. CAFAGGI, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 128 e ss.; C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell’attività d’impresa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

²⁵⁴ Hanno affrontato il tema della soggettività del contratto di rete: CAPRARA, *Il contratto di rete e gli adempimenti pubblicitari: le pubblicità del contratto*, in *Giurisp. Commerciale* (1/2015), p. 113 e ss., CAFAGGI-FERRARI, *La responsabilità della rete verso i terzi*, in *Il contratto di rete. Commentario*, a

2. I termini del dibattito e le ipotesi ricostruttive.

La legge istitutiva del contratto di rete (n. 33/2009) non conteneva alcun esplicito riferimento alla personalità o soggettività giuridica e dettava una disciplina di carattere per lo più definitorio, lasciando agli interpreti ampi margini di manovra, come ad esempio in materia di conflitti d'interessi tra le imprese partecipanti o in punto di tutela dei terzi²⁵⁵.

La prima formulazione normativa, nonostante la sua laconicità, offriva dei modesti spunti che avvicinavano tale istituto ai contratti associativi suscettibili di entificazione.

cura di F. CAFAGGI, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 112; P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 26; M. BIANCA, *Il modello normativo del contratto di rete. Nuovi spunti di riflessione sul rapporto tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale*, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 41 e ss.; M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., pp. 78 e ss.; A. DAMIANO, *L'organizzazione della rete*, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit. pp. 205 e ss.; M. PANDIMIGLIO, *Brevi note in tema di soggettività giuridica delle reti d'impresa* in *Il contratto di rete, un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, a cura di BRIOLINI-LISIA CAROTA-GAMBINI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013 pp. 81 e ss.; M. MILELLA, *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, in *I contratti* (4/2013), pp. 401 e ss.; M. D'AURIA, *L'evoluzione del contratto di rete: dal contratto al soggetto?*, in *Il contratto di rete, un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, cit., pp. 67 e ss.; G. MERUZZI, *Notazioni in tema di soggettività giuridica della rete*, in *Il contratto di rete. Dalla teoria giuridica alla realtà operativa*, a cura di G. MERUZZI, Pantigliate, 2012, pp. 15 e ss.

²⁵⁵ Al contrario, il disegno di legge, denominato "Progetto Bersani" si discostava alquanto dal risultato normativo approvato dal Parlamento. Infatti, in tale iniziativa legislativa era prevista una vera e propria personalità giuridica della rete, che sarebbe divenuto un nuovo tipo di ente dalla struttura para-societaria. Si vedano: P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, Cedam, 2012, pp. 24 e 72; C. CAMARDI, *I contratti di distribuzione come contratti di rete*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 262.

Si fa riferimento, in particolare, alla previsione concernente la presenza obbligatoria di una dotazione patrimoniale e di un organo esecutivo, nonchè alla causa del contratto di rete, consistente nell'esercizio in comune di un'attività economica²⁵⁶.

Per contro, l'assenza di ogni riferimento al concetto di soggettività/personalità, il riferimento continuo alla nozione di "contratto" di rete e l'assenza di adempimenti pubblicitari analoghi a quelli previsti per le società di capitali, facevano propendere per la qualificazione contrattuale di questo istituto.

L'intervento normativo del 2012 (L. 122/2012) ha mostrato un significativo spostamento verso una concezione puramente contrattuale delle reti d'impresa.

Tale novella ha, infatti, degradato a meramente facoltativa la presenza del fondo comune e dell'organo comune della rete, qualificando quest'ultimo come mero mandatario comune dei partecipanti e facendo ricadere in capo alle singole imprese aderenti gli effetti della propria attività.

Inoltre, la causa del contratto di rete è stata arricchita prevedendo anche le ipotesi della collaborazione e dello scambio di *know-how* ed informazioni, con ciò allontanando ancor di più questo istituto dagli omologhi societari.

Rimaneva però significativo il riferimento alla disciplina della responsabilità del consorzio esterno, che conferiva all'intera normativa del contratto di rete elementi di forte ambiguità, che determinarono il fiorire di eterogenee ipotesi ricostruttive, di cui è opportuno dare brevemente conto.

Una prima teoria ha inteso qualificare il nuovo istituto come "contratto transtipico"²⁵⁷.

²⁵⁶ "Con il contratto di rete due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali".

²⁵⁷ Per tale teoria si vedano: F. CAFAGGI, *Introduzione*, in *Il contratto di rete. Commentario*, a cura di F. CAFAGGI, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 9 e ss.; P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, in *I contratti* (10/2009), p. 946; P. IAMICELI, *Dalle reti di*

In base a questa ricostruzione, il contratto di rete costituirebbe una figura c.d. *transtipica*, che si colloca in una posizione intermedia tra la disciplina generale del contratto e quella dei singoli tipi contrattuali, dando luogo a delle originali combinazioni tra fattispecie legali tipiche e atipiche.

In estrema sintesi - secondo questa teorica - la normativa laconica del contratto di rete dovrebbe combinarsi con quella di altre figure associative già tipizzate, con la conseguenza che il problema della soggettività andrebbe risolto in senso positivo o negativo a seconda della disciplina in concreto applicabile.

Un secondo filone di pensiero riconosceva al contratto di rete una vera e propria connotazione tipologica, che lasciava all'autonomia privata dei contraenti ampi margini nel realizzare forme di integrazione più o meno profonde²⁵⁸.

Le parti, sulla scorta di tale ipotesi ricostruttiva, potevano optare per una rete a rilevanza puramente interna - senza dubbio non entificata - ed una vera e propria rete associativa, dotata di una struttura significativa idonea a conferirle la soggettività²⁵⁹.

Il *discrimen* tra le due figure sarebbe stata la presenza di un fondo patrimoniale comune, di un organo comune e di una *governance* di tipo corporativo.

imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto, cit. pp. 1 e ss; F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nelle prassi. Verso il consolidamento*, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., p. 126; MALTONI-SPADA, *Il contratto di rete*, cit., p. 2; E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2/2010, p. 193; C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I Contratti* (10/2009), p. 933; R. SANTAGATA, *Il contratto di rete fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Rivista di diritto civile* (3/2011), pp. 323 e ss.

²⁵⁸ Per questa teoria si vedano: VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, cit., p. 947; FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, cit., p. 539; MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giurisp. commerciale* (6/2010), p. 845.

²⁵⁹ SCOGNAMIGLIO-TRIPPUTI, *Il contratto di rete per l'esercizio di attività comune: profili patrimoniali e organizzativi*, in *Reti di impresa: scenari giuridici, finanziamento e rating*, Il Sole 24 Ore, 2011, p. 38.

Solo al ricorrere di questi requisiti, che come spiegato nella parte introduttiva del presente lavoro rappresentano gli elementi minimi al ricorrere dei quali è possibile predicare la soggettività, si poteva avvalorare la tesi di una distinta soggettività della rete rispetto ai membri che la compongono.

Pertanto, in definitiva, si finiva col riconoscere in via interpretativa la soggettività alle reti più strutturate e patrimonialmente dotate, secondo un procedimento analogo a quello seguito per le associazioni non riconosciute e le società di persone²⁶⁰.

Può ricondursi all'interno della teorica della rete come soggetto, anche la tesi di coloro che ritengono il contratto di rete un sotto-tipo di consorzio, avendo in comune con esso sia la causa mutualistica, sia l'oggetto che il regime di responsabilità²⁶¹.

Infine, un'ultima ricostruzione proponeva di qualificare il contratto di rete come un mero patrimonio autonomo, escludendo così in radice ogni forma di alterità soggettiva tra la rete stessa e i suoi membri.

²⁶⁰ Favorevoli alla soggettività della rete VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, cit. p. 947; FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, cit. p. 545; MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, cit. p. 842; MERUZZI, *Notazioni in tema di soggettività giuridica della rete*, cit. p. 860; DAMIANO, *L'organizzazione della rete*, cit. p. 242. In senso contrario al riconoscimento della soggettività della rete: DI MAJO, *Contratti e reti, le tutele*, in *Le reti di imprese e contratti di rete*, cit., p. 268; BIANCA, *Il modello normativo del contratto di rete. Nuovi spunti di riflessione sul rapporto tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale*, cit., p. 52; CIRIANNI, *Il contratto di rete*, in *Notariato* (4/2010), p. 446; MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. 122/2010*, in *Notariato* (1/2011), p. 75; ONZA, *Riflessioni sul contratto di rete: alcuni profili di qualificazione e disciplina*, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit. p. 195; M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità del contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, cit. p. 88; SCARPA, *La responsabilità patrimoniale delle imprese contraenti per le obbligazioni assunte a favore di una rete tra loro costituita*, in *La responsabilità civile* (6/2010), p. 406; ZANELLI, *Reti di impresa, dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, cit., p. 952.

²⁶¹ Si veda CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 169; MARASA', *Contratti di rete e consorzi*, in *Il corriere del Merito* (1/2010), p. 10; MUSSO, *Reti contrattuali fra imprese e trasferimento della conoscenza innovativa*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 189.

Infatti, sulla base del testo previgente, l'unico elemento che si poteva con certezza evincere dalle disposizioni normative era da ricondurre alla previsione di una localizzazione della responsabilità in capo al fondo, derivante dall'esecuzione del programma di rete.

Come più volte enunciato, per conseguire l'effetto di separazione patrimoniale non è affatto necessario ipostatizzare un nuovo soggetto e, dunque, appariva particolarmente convincente la tesi in esame, che imputava la titolarità del fondo comune direttamente alle singole imprese²⁶².

La qualificazione del fondo comune come patrimonio non entificato era altresì coerente con la moderna concezione che ritiene da tempo superata la visione personalistica del patrimonio, fondata sull'equivalenza tra patrimonio e soggetto.

Attualmente, alla luce del fiorire delle normative che consentono forme di segregazione patrimoniale, appare del tutto coerente col sistema prevedere ipotesi di patrimoni separati imputabili ad un medesimo soggetto, che suddividono in classi i creditori.

²⁶² Per i sostenitori di tale teoria si vedano: BIANCA, *Il modello normativo del contratto di rete. Nuovi spunti di riflessione sul rapporto tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale*, cit., p. 41 e ss; SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, cit., p. 79; ONZA, *Riflessioni sul contratto di rete: alcuni profili di qualificazione e disciplina*, cit. p. 194.

3. La scelta normativa del Legislatore: la soggettività su base opzionale.

Nel 2012 il legislatore è intervenuto per riformare il testo normativo, dapprima con il D.L. n. 83/2012 (“Decreto Sviluppo”), convertito con L. 134/2012, e quindi con D.L. n. 179/2012 (“Decreto sviluppo bis”), convertito con modificazioni in L. 221/2012.

Come già accennato, il legislatore ha posto fine alla *querelle* interpretativa enunciata al paragrafo precedente, sottraendo all’interprete ogni margine di discrezionalità sul punto²⁶³.

Secondo la disciplina attuale, infatti, l’acquisto della soggettività giuridica da parte delle reti d’impresa è regolato dal D.L. n. 5/2009 e ss. mm., art. 3 commi 4ter e 4quater²⁶⁴,

²⁶³ Per commenti sulla disciplina attualmente vigente del contratto di rete si vedano: CAFAGGI-IAMICELI-MOSCO, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *I contratti* (8/2013), pp. 799 e ss.; MALTONI, *Le pubblicità del contratto di rete*, *Studio n. 5-2013 Consiglio Nazionale del Notariato*, su www.notariato.it, pp. 1 e ss.; PANDIMIGLIO, *Brevi note in tema di soggettività giuridica delle reti d’impresa*, *cit.* pp. 95 e ss.; BIANCA, *Il regime patrimoniale della rete*, *cit.*, pp. 47-50; ZANELLI, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, in *Il contratto di rete, un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, *cit.* pp. 11 e ss.; MILELLA, *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, *cit.*, pp. 410 e ss.; SCIUTO, *L’insolvenza delle reti*, in *Il contratto di rete, un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, *cit.*, pp. 62-65; ONZA-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, in *Ricerche giuridiche* (2012), pp. 256-262; D’AURIA, *L’evoluzione del contratto di rete: dal contratto al soggetto?*, *cit.* pp. 67 e ss.; CUFFARO, *I contratti di rete*, *cit.*, p. 26.

²⁶⁴ **Comma 4-ter.** Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all’esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell’oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l’esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Il contratto di rete che prevede l’organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte. 1 Se il contratto prevede l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune destinato a svolgere un’attività, anche commerciale, con i terzi;

che lo prevede in via opzionale e lo rimette alla scelta discrezionale degli aderenti, subordinandolo alla mera iscrizione autonoma della rete alla sezione ordinaria del registro delle imprese della circoscrizione ove ha sede.

L'analisi delle norme testè citate conduce a formulare le seguenti osservazioni.

La soggettività rappresenta un facoltà discrezionale per gli aderenti alla rete, prevista esplicitamente dal dato normativo e dunque non più predicabile in via interpretativa, venendo così sottratta al meccanismo qualificatorio.

L'acquisita qualifica di soggetto non comporta differenze dal punto di vista del regime della responsabilità patrimoniale, posto che viene disciplinata mediante il rinvio alle norme sul consorzio con attività esterna, a loro volta condizionate dalla sola presenza o meno del fondo patrimoniale ed organo comune.

Infine, risulta opportuno rilevare come non sia necessaria la costituzione dell'organo comune ai fini del riconoscimento della soggettività. Un tanto si ricava dall'interpretazione letterale del sopra citato comma 4 quater, il quale in effetti richiede quale requisito essenziale la sola presenza del fondo comune e non dell'organo.

4-quater. Il contratto di rete è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando e' stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari. Le modifiche al contratto di rete, sono redatte e depositate per l'iscrizione, a cura dell'impresa indicata nell'atto modificativo, presso la sezione del registro delle imprese presso cui è iscritta la stessa impresa. L'ufficio del registro delle imprese provvede alla comunicazione della avvenuta iscrizione delle modifiche al contratto di rete, a tutti gli altri uffici del registro delle imprese presso cui sono iscritte le altre partecipanti, che provvederanno alle relative annotazioni d'ufficio della modifica; se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; con l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede la rete acquista soggettività giuridica. Per acquistare la soggettività giuridica il contratto deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 827 .

La versatilità di questo strumento giuridico suggerisce di avallare tale interpretazione giuridica, fermo restando che nella maggioranza dei casi sarà opportuna la costituzione dell'organo al fine di favorire i meccanismi di imputazione degli atti alla rete-soggetto²⁶⁵.

²⁶⁵ Ed infatti è assolutamente predominante la scelta in tal senso, come rilevato da CAFAGGI-IAMICELI-MOSCO, “*Prime evidenze sui contratti di rete (2010-2011)*”, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., p. XXXII, che hanno constatato come solo il 3% degli accordi non preveda la costituzione dell'organo comune.

4. Considerazioni sulla scelta legislativa del termine “soggettività”.

L'intervento del legislatore - che ha sancito l'acquisto della soggettività su base opzionale - ha suscitato tra gli interpreti alcune perplessità²⁶⁶.

In primo luogo, si è rilevata l'inopportunità di rimettere tale scelta alla mera volontà delle parti contraenti, a prescindere dalla contestuale dotazione della rete di un assetto organizzativo strutturato o di tipo corporativo²⁶⁷.

In realtà, questo possibile scollamento tra la veste giuridica e la sostanza non sembra porre maggiori problemi di quelli che determinerebbe l'abuso della personalità giuridica in ambito societario.

Le critiche più pervasive della dottrina attengono, invece, alla scelta legislativa di intervenire – mediante una disposizione normativa espressa – sulla nozione di soggettività giuridica che, come si è constatato diffusamente nel presente elaborato, è stata appannaggio esclusivo dell'interprete e non del legislatore²⁶⁸.

Infatti, è opinione comune che solo l'interprete possa riscontrare l'essenza della soggettività da una lettura di sistema, mediante l'analisi del tessuto normativo che

²⁶⁶ Mentre l'aspetto civilistico rimane da chiarire, l'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 20/E del 18.06.2013, è prontamente intervenuta a precisare che, dal punto di vista tributario, “*qualora la rete acquisisca soggettività giuridica, la stessa diventa un autonomo soggetto passivo d'imposta con tutti i conseguenti obblighi tributari previsti ex lege in materia di imposte dirette ed indirette*”, come se fosse una vera e propria società. Precisamente, l'Agenzia delle Entrate afferma espressamente che la “*rete-organizzazione*” è soggetta all'imposta sul reddito delle società, all'Irap e all'IVA, ed è altresì obbligata alla tenuta delle scritture contabili per l'attività commerciale eventualmente esercitata.

Eloquente il passaggio della Circolare che recita: “*L'acquisizione della soggettività giuridica delle reti in esame comporta l'esistenza di un soggetto dotato di capacità giuridica tributaria autonoma rispetto alla capacità giuridica delle singole imprese partecipanti: ai fini del prelievo fiscale, infatti, la rete-soggetto, in quanto entità distinta dalle imprese partecipanti, esprime una propria forza economica ed è in grado di realizzare, in modo unitario e autonomo, il presupposto d'imposta*”.

²⁶⁷ D'AURIA, *L'evoluzione del contratto di rete: dal contratto al soggetto?*, op. cit., p. 79.

²⁶⁸ In tal senso CUFFARO, *I contratti di rete*, cit., p. 26.

informa un determinato istituto, alla ricerca di indici dai quali poter affermare l'imputazione all'*ens* delle situazioni giuridiche.

L'intervento diretto del legislatore ha altresì sollevato un ulteriore interrogativo interpretativo, in ragione dell'inusuale ricorso alla nozione di "soggettività" in luogo della consueta "personalità giuridica"²⁶⁹.

Tale scelta lessicale appare invero coerente con la *ratio* e la struttura del contratto di rete, in virtù della maggiore neutralità assiologica che connota il termine soggettività.

Infatti, come risulta chiaro dalla complessiva evoluzione dei concetti di personalità e soggettività, la principale caratteristica che rimane ad appannaggio esclusivo della persona giuridica riguarda gli aspetti dell'organizzazione interna.

I gruppi riconosciuti dal legislatore come dotati di "personalità giuridica" sono caratterizzati da uno statuto di regole volte a creare una organizzazione di tipo corporativo, che impongono ad esempio la presenza di organi necessari destinatari in via originaria di determinate funzioni.

Elementi che, al contrario, possono mancare negli enti non riconosciuti dotati di soggettività.

Tanto chiarito non sorprende allora la qualificazione della rete come "soggetto" anziché come "persona giuridica", attesa l'assoluta flessibilità che connota la struttura organizzativa della rete.

La *governance* della rete deve infatti potersi piegare alle più svariate finalità, risultando all'occorrenza semplice ed informale.

²⁶⁹ L'utilizzo dell'espressione *soggettività* non rappresenta un vero e proprio inedito per il legislatore, poiché era stata già usata una formula equipollente in fonti di origine comunitaria in materia di GEIE, in particolare l'art. 1 del Regolamento 2137/85 laddove sancisce che: "*Il gruppo in tal modo costituito ha la capacità, a nome proprio, di essere titolare di diritti e di obbligazioni di qualsiasi natura, di stipulare contratti o di compiere altri atti giuridici e di stare in giudizio a decorrere dalla iscrizione...*".

Non bisogna dimenticare che a livello economico sussistono le più svariate ragioni per costituire un struttura reticolare e che accanto al comune scopo di incremento della competitività possono coesistere nessi di corrispettività, rapporti sinallagmatici e cause di scambio.

Gli attori che convivono nel sistema reticolare permangono molto spesso in rapporti di concorrenza e di mercato, e dunque appare logico non imbrigliarli in un rigido assetto corporativo proprio delle vere e proprie “persone giuridiche”.

Per tali ragioni si può convenire con l’opportunità del riferimento alla mera soggettività, che meglio si presta alla malleabilità dell’istituto.

5. Risvolti applicativi.

Risulta ora opportuno evidenziare brevemente le principali ricadute applicative sul piano civilistico derivanti dall'acquisizione della soggettività da parte della rete.

Alcuni autori in senso critico hanno rilevato che la disciplina dettata in materia non determina significative differenze tra reti dotate o prive di soggettività²⁷⁰.

Infatti, le limitazioni di responsabilità e gli obblighi di bilancio non sono correlati alla soggettività ma solo alla contemporanea presenza di fondo comune e organo comune.

Naturalmente quest'ultimo agirà in rappresentanza della rete-soggetto quando gode di soggettività e dei singoli imprenditori negli altri casi.

Allargando l'angolo di visuale si può rilevare che l'acquisto della soggettività determina necessitati riflessi in tema di titolarità dei diritti patrimoniali acquisiti dalla rete, nonché del conseguente regime di pubblicità immobiliare.

Sotto il profilo della responsabilità civile verso i terzi, il soggetto-rete può senz'altro ritenersi responsabile in solido ogniqualvolta il fatto illecito sia commesso da una delle imprese aderenti in esecuzione del programma di rete²⁷¹.

Tale soluzione tutela maggiormente il terzo danneggiato posto che l'insolvenza dell'azienda danneggiante non ricade su di lui, bensì sulla rete-soggetto e mediamente sulle altre aziende partecipanti tenute a rispondere dell'illecito.

²⁷⁰ Ad esempio M. BIANCA, *Il modello normativo del contratto di rete. Nuovi spunti di riflessione sul rapporto tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale*, p. 49, in cui afferma: "l'opzione della soggettività non è corredata da una disciplina civilistica e sembra piuttosto un escamotage per risolvere problemi come la pubblicità (...). Ci troviamo in presenza di una soggettività giuridica di comodo o nuda che non sembra aggiungere ulteriori e importanti elementi di disciplina rispetto alla rete-patrimonio autonomo".

²⁷¹ In tal senso F. CAFAGGI- C. FERRARI, *La responsabilità della rete verso i terzi*, cit. p. 141.

La sussistenza della soggettività, come rilevato da alcuni autori, determina altresì l'applicabilità della statuto dell'imprenditore commerciale alla rete, purchè esso eserciti attività d'impresa secondo criteri di economicità²⁷².

L'integrazione della disciplina della rete con quella dell'imprenditore reca con sé una serie di ulteriori corollari quali: la qualifica di azienda del compendio patrimoniale organizzato per lo svolgimento dell'attività; l'applicazione delle norme tributarie e sulla tenuta dei bilanci; il ricorso alle procedure concorsuali in caso di dissesto.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, appare pacifico ammettere la fallibilità della rete-soggetto, allorquando sussistano i requisiti soggettivi richiesti dalla legge fallimentare; al contrario deve negarsi per le reti prive di soggettività e dotate di fondo comune in analogia a quanto previsto per i patrimoni destinati dal combinato disposto degli artt. 2247 bis c.c., 2247 nonies c.c. e 156 L.F..

²⁷² Si veda M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, cit., p. 69.

CAPITOLO SESTO

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Sommario: **1.** Premesse. – **2.** Il valore semantico dei termini soggettività e personalità giuridica e il dibattito dottrinale. – **3.** Il condominio, il trust, il F.C.I. e la rete-soggetto. – **4.** Nota conclusiva.

1. Premesse.

Come prospettato in apertura, il presente elaborato mirava ad interrogarsi su alcune problematiche in tema di soggettività giuridica, con speciale riferimento a taluni istituti che hanno suscitato ampi ed attuali dibattiti in materia.

Il punto di partenza, che racchiude in sé anche la ragione di un tale cimento, è ben sintetizzato dalla celebre affermazione del Ferrara Sr., il quale scrisse: *“A canto alle persone fisiche esistono e son riconosciuti dal diritto altri soggetti giuridici che non sono uomini, i quali pure vogliono, agiscono, perseguono i loro fini a somiglianza di quelli”*²⁷³.

Le lucide analisi svolte dall’Autore in tale saggio, il quale non ha esitato a definire il tema della personalità giuridica *come uno de’ problemi più gravi e delicati della tecnica giuridica*, risultano ancora oggi estremamente moderne e rappresentano il necessario parametro di riferimento per ogni riflessione al riguardo, pur se risulta evidente come

²⁷³ FERRARA SR., *op. cit.*, p. 115.

siano ormai decadute completamente le teorie antropologiche sulla soggettività degli enti.

Infatti, l'interprete non può esimersi dal confrontarsi con queste entità che entrano nel mondo dei traffici giuridici e che sempre più – nella moderna società – giocheranno un ruolo fondamentale dal punto di vista socio-economico.

Come si è potuto constatare l'opera non ha riguardato l'intera tematica della persona giuridica, ma si è focalizzata su di un aspetto particolare.

Il filo conduttore dell'indagine ha riguardato l'analisi di taluni istituti e patrimoni autonomi per valutare se, sulla base della disciplina positiva che li informa, possano o meno riscontrarsi in essi i germi della soggettività, ovvero se tale operazione ermeneutica abbia violato in realtà il noto principio del Rasoio di Occam.

Si è detto come attualmente, per conseguire un effetto segregativo, non sia necessaria alcuna duplicazione soggettiva né sia necessario ricorrere all'ipostasi dell'appartenenza del compendio patrimoniale a soggettività diversa da quella del conferente.

Cionondimeno, si è riscontrato un notevole e pregevole sforzo della dottrina, e talora della giurisprudenza, teso ad abbandonare i sicuri lidi della cornice formale e del numero chiuso dei soggetti di diritto, per verificare se in concreto un certo patrimonio, con spiccate caratteristiche di autonomia ed autosufficienza, possa essere vivificato ed operare nel mondo giuridico al pari degli altri soggetti di diritto.

Naturalmente, tale impegno speculativo è stato teso a conseguire sul piano pratico una serie di utilità, talune delle quali di immediata evidenza (ad esempio individuare il soggetto nei cui confronti effettuare le trascrizioni pubblicitarie ovvero contro chi proporre un'esecuzione), talaltre di minor percepibilità.

Questo spunto di riflessione ha preso le mosse dall'evidente moltiplicazione delle ipotesi in cui il legislatore ha permesso la creazione di patrimoni segregati, quale tecnica

di localizzazione della responsabilità equipollente, *quoad effectum*, alla creazione di nuovi soggetti giuridici.

Il fiorire di patrimoni specializzati, idonei a garantire l'adempimento di una serie particolare di obbligazioni per il perseguimento di determinate finalità, ha spesso posto l'operatore del diritto innanzi alla prospettiva di considerare tali masse patrimoniali quali veri e propri centri di imputazione giuridica, e non mere entità patrimoniali inerti.

Un tanto è stato reso possibile dalla comune e corretta opinione che l'individuazione della soggettività giuridica non sia appannaggio esclusivo del legislatore, similmente a quanto avviene ad esempio per la creazione di una fattispecie di reato.

Coerentemente si è posto in luce che non unicamente il formale riconoscimento della personalità giuridica consenta il riconoscimento della soggettività, essendo al contrario dall'esame obiettivo della disciplina positiva che dovrebbe desumersi se e con quali modalità sia individuato un centro di imputazione giuridica.

Secondo l'opinione di molti autori, dunque, l'interprete può ricercare, attraverso l'esegesi delle norme che informano un certo istituto patrimoniale, gli indici dai quali evincere l'esistenza di un autonomo centro di imputazione di effetti giuridici, idoneo ad essere considerato non oggetto bensì soggetto di diritto.

Questa indagine si è inserita nella copiosa elaborazione in tema di soggettività/personalità giuridica ed è stata l'occasione per riflettere su di un settore particolarmente problematico del diritto civile, tenendo in debito conto, per esempio, delle recenti novelle legislative che hanno interessato il "Contratto di rete"²⁷⁴ e la c.d. riforma del condominio.

²⁷⁴ La disciplina, oggi vigente, è il risultato della seguente evoluzione legislativa: la norma è stata introdotta con l'art. 3 commi 4 ter e ss. del D.L. 10 febbraio 2009 n.5, convertito nella L. 9 aprile 2009 n.33, modificata ed integrata con la L.23 luglio 2009 n.99 e con L. 30 luglio 2010 n.122, che ha convertito il D.L.n.78/2010, nonché modificata in forza

In tal senso si è dato contezza della L. 134/2012, che ha posto fine ad un dibattito in ordine alla natura giuridica della “Rete-organizzazione”, dotata di un fondo patrimoniale autonomo e di un organo che agisca per essa.

Come testualmente previsto dalla norma, la Rete può acquisire *soggettività* giuridica su base opzionale e al ricorrere di determinati requisiti. In questo caso è stato proprio il legislatore, con una scelta di natura discrezionale, a prevedere la possibilità che un patrimonio autonomo, sorretto da un apparato organizzativo che si esprime attraverso un proprio organo, possa compiere il salto di qualità per diventare un soggetto di diritto.

In relazione ad altre fattispecie, invece, quali ad esempio i fondi comuni d’investimento, il condominio, il *trust*, nel silenzio del legislatore, sono stati gli interpreti a ricercare gli elementi al ricorrere dei quali si possa affermare che tali patrimoni costituiscano dei veri e propri centri di imputazione di effetti giuridici.

Si è posto in luce che qualche apertura in tal senso, pur mitigata da forme di ibridazione concettuale e semantica (con la creazione di veri e propri neologismi quali “imperfetta soggettività” o “semi-personalità”), è avvenuta solo da una parte della dottrina, non avendo al contrario trovato terreno fertile in giurisprudenza, più attenta alle esigenze di certezza dei traffici giuridici.

E pur tuttavia lo sforzo degli Autori ha consentito di porre in adeguata luce gli elementi realmente discretivi tra un patrimonio inerte ed un soggetto di diritto (quali sono, per esempio, le associazioni non riconosciute, le società di persone etc..).

di L.n.134/2012 (che ha convertito con modifiche il D.L.n.83/2012) e di D.L.n.179/2012, convertito con modifiche dalla Legge 17 dicembre 2012 n.221, in vigore dal 19 dicembre 2012.

2. Il valore semantico dei termini soggettività e personalità giuridica e il dibattito dottrinale.

Grande attenzione è stata dedicata – nella prima parte dell’elaborato – a fare chiarezza sul valore semantico dei termini utilizzati poiché, mai come in tale settore, si è avvertita la necessità di attribuire dei significati chiari ai concetti giuridici espressi tramite linguaggio.

Così si è constatato che sembra esserci concordia su di un punto fondamentale: la nozione di soggettività non è monolitica, non rimanda cioè ad un unico concetto immutabile sempre uguale a se stesso.

La soggettività è, al contrario, un insieme di possibili effetti giuridici, talora indipendenti tra loro, di talchè è pensabile che nel medesimo ordinamento giuridico esistano enti per i quali si verificano soltanto alcuni effetti ed enti per i quali si verificano tutti.

Gli effetti minimi ed indefettibili per potersi predicare l’esistenza della soggettività sono ritenuti, secondo l’opinione prevalente, quelli dell’*imputazione* e della *legittimazione* (intesa quest’ultima in senso latissimo).

Si è osservato, infatti, che il discorso giuridico ha quale esigenza originaria ed irriducibile quella di identificare il soggetto - *qualcuno* o, indifferentemente *qualcosa* – nel cui nome può essere tenuto un comportamento rilevante per l’ordinamento giuridico.

Appare, cioè imprescindibile per il diritto stabilire quali tra più identici comportamenti tenuti da un certo soggetto siano o meno riferibili ad un determinato Ente. Questi elementi sussistono per tutte le entità, quali le associazioni non riconosciute e le società di persone, sebbene sprovviste di personalità giuridica.

Gli ulteriori elementi della *unità* ed *alterità* sono, invece, riconosciuti sussistenti per le sole entità che abbiano conseguito il riconoscimento della personalità giuridica.

Infine, il requisito della *responsabilità patrimoniale*, a causa delle molteplici e significative deroghe legislative previste, è ritenuto al contrario un requisito non indefettibile. Questo elemento non consente di stabilire una linea di demarcazione sicura fra persone giuridiche ed altre collettività, e dunque non può assurgere a parametro fondante tale nozione.

Il problema resta, pertanto, aperto per quei patrimoni gestiti da collettività organizzate che potrebbero essere destinatari di una disciplina assimilata a quella delle associazioni non riconosciute e delle società di persone, ma per i quali il dettato normativo probabilmente non offre nemmeno quei pochi spunti idonei al riscontro degli elementi costitutivi essenziali (ovvero l'imputazione e la legittimazione, che necessitano di un'organizzazione seppur minimale).

Sul concetto di persona giuridica, invece, si è sviluppato un dibattito assai risalente (a cavallo tra il diciannovesimo e ventesimo secolo), che ha interessato anche la dottrina francese e tedesca, condizionato in modo rilevante da concezioni filosofiche e approcci metodologici assai diversi tra loro.

L'economia dell'elaborato ha consentito di dedicare solo poche pagine alla ricostruzione dell'ampio dibattito dottrinale sul tema e ci si è soffermati solo in ordine alle linee guida fondanti le diverse teorie, specialmente per quelle che più da vicino hanno affrontato il tema della soggettività dei gruppi dotati di patrimoni autonomi.

In via di prima approssimazione, il concetto di persona giuridica rimanda al fenomeno in virtù del quale entità diverse dall'uomo sono sottoposte ad un trattamento normativo corrispondente, per molti aspetti, a quello riservato all'uomo.

Un primo filone di teorie affrontato, denominato della *finzione*, muove la propria analisi dal postulato che solo gli esseri umani siano propriamente persone.

Secondo il Savigny, capostipite di tale teorica, soggetto di diritto può essere soltanto l'uomo, anche se il legislatore, per ragioni di opportunità, formula i propri precetti come se esistessero altre persone oltre l'uomo. Per tale ragione l'Autore ritenne di essere in presenza di una *fictio iuris*: il legislatore ammette, per soddisfare le esigenze dei traffici giuridici e del commercio, che entità diverse dall'uomo siano trattate alla stregua di quest'ultimo. Fu proprio il Savigny a creare, per questi soggetti artificiali, la locuzione *persona giuridica*: giuridica – egli precisò – perché persona che è ammessa soltanto per uno scopo giuridico; e pur tuttavia persona, in quanto nuovo soggetto di rapporti giuridici oltre l'uomo.

Tuttavia, le teorie finzionistiche, tra le quali una manifestazione estrema fu rappresentata dalla *teoria del patrimonio allo scopo* di Brinz cedettero rapidamente il passo alle opposte *teorie realistiche od organiche*, il cui massimo assertore fu Otto Van Gierke.

Le persone giuridiche costituirebbero, secondo questo Autore, altrettanti organismi naturali dotati, al pari dell'uomo, di una propria volontà e portatori di un proprio interesse, distinto da quello delle persone fisiche dei membri.

L'elemento idoneo a vivificare l'ente tramutandolo in persona sarebbe costituito dall'organizzazione corporativa interna, idonea a tradurre le plurime volizioni individuali in una nuova volontà e, quindi, capace di trasformare una collettività di individui in una individualità nuova. Il riconoscimento statale, in quest'ottica, assumerebbe un valore meramente dichiarativo, in virtù del quale lo Stato si limiterebbe a prendere atto dell'esistenza, già nella realtà pre-giuridica, di queste viventi "unità sociali".

Entrambe le teorie descritte, tuttavia, sono state ampiamente superate dagli approcci moderni alla tematica della persona giuridica, che non possono prescindere da un postulato ritenuto inscalfibile: la volontà è un fenomeno psichico, irriferribile ad entità non umane e l'interesse è una valutazione razionale, pertinente anch'essa alla funzione intellettuale dell'uomo e soltanto dell'uomo.

Lo Jhering prima e il Kelsen poi danno, pertanto, l'avvio ad una nuova corrente di pensiero, conosciuta con il nome di *negazionista*, che muove dall'assioma secondo il quale “*non si può seriamente negare che azioni ed omissioni possono essere soltanto azioni ed omissioni di un essere umano*”. Ne discende che solo gli esseri umani sarebbero soggetti di diritto, mentre sono da rigettare le visioni antropomorfe delle corporazioni di stampo gierkiano: le persone giuridiche non trovano cittadinanza nel mondo naturale, poiché ogni loro azione è in realtà azione dei membri che le compongono.

Il ripudio delle precedenti visioni, tuttavia, non ha privato di fondamento la nozione di persona giuridica: quest'ultima assume infatti lo *status* di soggetto non nel mondo naturale, ma in quello puramente formale del diritto, divenendo così una *nuova grandezza del mondo giuridico*.

La personalità giuridica diviene, pertanto, un prodotto dell'ordinamento giuridico, il quale tutto può, anche vivificare entità puramente ideali.

L'iper-formalismo Kelseniano, tuttavia, venne sottoposto a penetranti revisioni critiche da parte di autori successivi, *in primis* il Ferrara, il quale ritenne necessario distinguere tra l'aspetto formale della persona giuridica, rappresentato dal riconoscimento statale, ed il necessario *substrato* di essa, rappresentato dall'uomo o, più precisamente, dall'esistenza di un'organizzazione collettiva.

L'ordinamento giuridico non crea entità dal nulla, ma si limita a prendere in considerazione e ad ammantare di soggettività realtà pre-esistenti, rappresentate da esseri umani e collettività organizzate.

Si è parlato a tal proposito di *neo-finzionismo*, per sottolineare come ogni forma di soggettività giuridica, ivi compresa quella delle persone fisiche, sia creazione artificiale dell'ordinamento giuridico, il quale tuttavia non può prescindere dal substrato fenomenico.

Ci si è chiesti per quali ragioni, allora, codesti Autori abbiano comunque voluto accordare cittadinanza, nel mondo dell'esperienza giuridica, a persone diverse dagli esseri umani.

Per Kelsen, la formula linguistica "persona giuridica" rappresenterebbe null'altro che l'espressione unitaria di un gruppo di norme che regolano una certa formazione sociale, e i diritti ed obblighi ad essa riconnessi farebbero capo, in forma collettiva, ai componenti di quella.

La personificazione di una formazione sociale diviene, pertanto, una mera ipostasi, un vuoto simulacro di realtà, una semplificazione linguistica che rende più agevole l'applicazione di un certo *corpus* di norme.

Per gli Autori successivi (Arangio-Ruiz e D'Alessandro), al contrario, la necessità del concetto di persona giuridica va ricercata in ragioni di ordine logico.

In primo luogo, costoro osservano che nessuna situazione giuridica facente capo all'ente morale si potrebbe risolvere in una situazione individuale identica o in una serie di situazioni individuali dello stesso tipo o su parti dello stesso oggetto (per quote), poiché tali situazioni individuali sono qualitativamente diverse da quelle facenti capo all'ente.

Ciò determina, secondo la ricostruzione operata dal Galgano, che l'analisi del problema si debba spostare dall'ambito della soggettività a quello dei rapporti giuridici.

Infatti, ogni situazione giuridica attiva o passiva che si riferisce ad una certa formazione sociale (di credito, debito, proprietà etc..) determinerebbe l'applicazione di una speciale disciplina normativa, che si differenzia da quella di diritto comune.

Pertanto, diverso non sarà il soggetto cui imputare un certo rapporto giuridico (ad es. di proprietà), ma diverso sarà, invece, il contenuto del diritto dominicale stesso, posto che nessuna situazione riferibile all'ente può essere assimilata a quella individuale (nemmeno considerandola *pro quota*).

Tuttavia, pur di far salvo un concetto unitario di proprietà o di obbligazione, si è preferito creare un nuovo soggetto giuridico cui imputare tali rapporti giuridici.

Secondo il citato Autore sarebbe, dunque, questa la reale funzione del concetto di persona giuridica negli orientamenti moderni: quello di occultare l'esistenza di discipline speciali, ovvero lo strumento per ricondurre agli schemi del diritto comune la speciale disciplina cui il legislatore assoggetta i membri del gruppo.

Il concetto di collettività è, pertanto, qualcosa di distinto dalla somma atomistica dei singoli partecipanti: per tale ragione si è ipotizzato che un certo patrimonio appartenga, anziché ai comunisti, ad un ideale soggetto di diritto, titolare, al pari del proprietario solitario, di un proprio potere di gestione.

Tutte le teorie menzionate, seppur in modo più o meno critico, presuppongono che laddove esista un bene o un diritto, debba necessariamente esistere un soggetto (reale o artificiale) cui riferirli.

Ben più eversive, per gli schemi concettuali cui siamo abituati, sono risultate le teorie che ammettono l'esistenza di diritti o patrimoni senza soggetti, individuando nel patrimonio stesso, dotato di talune caratteristiche, l'essenza della personalità giuridica.

Si fa riferimento alla nota teoria del Brinz, denominata del *patrimonio allo scopo*, che muovendosi nel solco delle teorie finzionistiche, arriva ad ipotizzare l'esistenza di un patrimonio acefalo che sia esso stesso soggetto.

L'intuizione concettuale di base può riassumersi nella constatazione che il diritto rappresenti non solo una relazione tra soggetti, ma anche tra cose, come nel caso del titolo di credito che si immedesima nel documento che lo incorpora.

Il Brinz, estremizzando tale considerazione, afferma che l'essenza del patrimonio stia non solo in un'invisibile relazione giuridica fra beni e persone, ma che questa colleganza possa sussistere anche tra beni e scopi. Al posto della persona, dunque, subentrerebbe uno scopo. Il patrimonio apparterebbe non solo a qualcuno, ma anche a qualcosa: al *pertinere ad aliquem* si contrapporrebbe il *pertinere ad aliquid*.

Secondo l'Autore potrebbe dunque esistere un patrimonio acefalo, che si porrebbe in relazione con una mera finalità, con un certo scopo ultimo.

Questa teoria, pur avendo trovato dei seguaci anche in Italia (Bonelli), è rimasta senz'altro isolata, ma ha avuto l'indubbio merito, come acutamente osservato dal Ferrara, di aver valorizzato in modo adeguato l'elemento teleologico che informa talune specie di patrimoni. Questo dato scientifico non verrà mai più abbandonato, divenendo al contrario un punto fermo delle successive elaborazioni e filo conduttore del dibattito sviluppatosi per gli istituti affrontati nel prosieguo della trattazione.

Infatti, l'interrogativo che ci si è più volte posti può essere così riassunto: se un patrimonio di destinazione – sia esso appartenente ad un solo soggetto o ad una collettività di soggetti e caratterizzato dalla destinazione e dall'autonomia rispetto al patrimonio generale – debba o meno essere annoverato fra i soggetti giuridici a causa della peculiare disciplina cui è assoggettato, che ne garantisce la destinazione e l'autonomia.

L'indagine si è, pertanto, focalizzata nello stabilire se tali masse patrimoniali possano rappresentare un autonomo centro di imputazione di diritti ed obblighi giuridici.

Come si è potuto constatare, la configurazione dei patrimoni di destinazione quali persone giuridiche è stata proposta tanto in relazione ai patrimoni facenti capo ad una pluralità di soggetti, quanto in relazione a quelli facenti capo ad un solo soggetto.

Intuitivamente la presenza dell'elemento della collettività organizzata ha reso più agevole il riconoscimento della soggettività.

Più arduo si è presentato il problema della personificazione dei patrimoni di destinazione facenti capo ad un solo soggetto.

L'indagine è quindi proseguita con l'analisi di quattro istituti, accomunati dall'esistenza di un dibattito sulla loro natura giuridica a cavallo tra il mondo degli oggetti e dei soggetti di diritto: il condominio, i fondi comuni d'investimento, il trust e le reti-soggetto.

3. Il condominio, il trust, il F.C.I. e la rete-soggetto.

Con riferimento al condominio, si è posto in evidenza che la tesi tutt'oggi dominante, anche a seguito della recente riforma legislativa, sia quella che lo definisce un mero ente di gestione privo di personalità giuridica.

Tuttavia, è apparso interessante analizzare anche le argomentazioni spese da taluni Autori (su tutti Nicita), volte a propugnare la tesi della soggettività giuridica del condominio, nonché menzionare di un nuovo filone giurisprudenziale, che avalla la tesi della entificazione.

L'intuizione fondamentale attorno alla quale ruota il convincimento dei fautori di questa tesi consiste nella considerazione che laddove esista un "gruppo" di condomini, ossia un'entità sorretta da una organizzazione che le consente di vivere ed agire in un ambito distinto (qualitativamente) da quello proprio di ciascun condomino, non possa negarsi la genesi di un nuovo soggetto di diritto nella realtà giuridica.

La comunione edilizia, secondo tale ricostruzione, potrebbe essere considerata un soggetto di diritto non personificato che, pur convivendo forzatamente con le proprietà solitarie dei singoli condomini, opera ed agisce autonomamente ponendo in essere tutti gli atti giuridici rientranti nella sfera di esercizio del diritto di proprietà.

La tesi appena menzionata ha senza dubbio ricevuto nuova linfa dalla già menzionata riforma del condominio (L. 220/2012) che ha introdotto talune norme che paiono andare nella direzione di una valorizzazione dei tratti identitari della comunione di edifici (su tutti l'art. 2659, co. 1, n. 1 ult. cpv).

La trattazione si è poi concentrata sullo studio di una delle ipotesi più dibattute di questa particolare area d'indagine: la natura giuridica dei fondi comuni d'investimento.

Infatti, secondo una parte minoritaria della dottrina (Costi) ed un'autorevole pronuncia del Consiglio di Stato (n. 608/1999), la costituzione di un fondo comune d'investimento determinerebbe la nascita di un nuovo soggetto giuridico, distinto sia dalla S.g.r. sia dai singoli partecipanti. Un soggetto giuridico autonomo, centro unitario di imputazione di tutte le situazioni attive e passive concernenti il fondo, soggetto cui va attribuita la proprietà dei beni del fondo.

I fautori di questa tesi fondano il loro convincimento su tre argomentazioni principali: i fondi costituirebbero dei patrimoni distinti a tutti gli effetti sia rispetto alla società gerente sia rispetto ai partecipanti; i titoli nominativi rientranti nel patrimonio del fondo sono intestati al fondo medesimo; l'esistenza di una organizzazione di persone e di beni teleologicamente coordinati e facenti capo al fondo. Il Consiglio di Stato fonda, invece, la propria tesi sui peculiari caratteri che la legge ha attribuito ai F.c.i., trattandoli alla stregua di veri e propri centri d'imputazione giuridica.

La Suprema Corte (Cass. Civ. n.16605/2010), al contrario, ha negato tale natura sulla base di tre rilievi ritenuti dirimenti:

- 1) non si ravvisano elementi normativi idonei ad individuare un autonomo centro d'imputazione di rapporti giuridici, titolare di obblighi e diritti;
- 2) I F.c.i. non hanno alcun potere di autodeterminazione delle proprie scelte, delle linee guida del proprio agire, e l'assemblea dei partecipanti al fondo non può assolvere ad una simile funzione;
- 3) Difetterebbe nei F.c.i. una struttura organizzativa minima di rilevanza anche esterna, così come avviene nelle associazioni non riconosciute e nelle società di persone.

Anche in questo caso si è sposata la tesi maggioritaria, volta a negare la soggettività dei F.C.I., confutando in modo efficace le argomentazioni contrarie, riconoscendo però la vivacità della *querelle* interpretativa.

Per quanto concerne il *trust*, va in primo luogo rilevato come nel diritto anglosassone e nelle legislazioni che lo contemplano, il fondo in *trust* non abbia personalità giuridica e non sia considerato alla stregua di un soggetto di diritto.

Tale assunto non ha escluso tuttavia che, ai fini tributari, il *trust* potesse essere dotato di soggettività passiva tributaria al fine di un'ottimizzazione delle modalità di rilevazione dell'imponibile e di semplificazione del relativo prelievo fiscale. E' quanto avviene nell'ordinamento italiano, che all'art. 73 t.u.i.r. annovera il *trust* tra i soggetti passivi ai fini Ires, circostanza che concorre ad alimentare il dibattito e le suggestioni volte al riconoscimento di una soggettività giuridica a tale patrimonio segregato.

Tuttavia, l'ambito nel quale è sorto il maggior dibattito scientifico concerne la pubblicità relativa ai negozi immobiliari disposti in favore del *trustee*, che nel nostro ordinamento assolve alla duplice finalità di individuazione del soggetto titolare della proprietà (formale) di detti beni e dell'opponibilità ai terzi dell'effetto segregativo di quel certo bene dato in *trust* rispetto agli altri beni personali del *trustee*.

Come noto, la tecnica pubblicitaria più ampiamente diffusa e consolidatasi nel tempo prevedeva una doppia trascrizione: una prima trascrizione contro il disponente e a favore del *trustee*; una seconda trascrizione a carico del *trustee* e a favore di nessun soggetto volta esclusivamente ad evidenziare il vincolo fiduciario sui beni dati in *trust*.

Tale tecnica risente dell'impostazione codicistica che ha costruito un sistema pubblicitario su base soggettiva e non reale, fondato sull'assunto che ad un soggetto non possa che corrispondere un unico patrimonio.

Ciò rendeva estremamente difficoltosa l'evidenziazione di una segregazione patrimoniale che involgesse meramente una parte di beni nella titolarità del medesimo soggetto. In parallelo, con l'erosione del dogma dell'univoca riferibilità soggettiva del patrimonio, si è fatta allora sempre più strada una prassi che consentiva di eseguire una

sola formalità pubblicitaria, anziché due, allorquando si debba trascrivere un negozio di dotazione immobiliare in favore del *trust*.

L'accoglimento di tale orientamento avrebbe consentito di superare le criticità che presentava la tecnica tradizionale della doppia trascrizione.

Quest'ultima impone, infatti, la necessità di trascrivere ogni atto di sostituzione del *trustee*, dal momento che si modifica il soggetto che risulta titolare dei beni in *trust*, ancorchè non vi sia un vero e proprio trasferimento di ricchezza ad un soggetto terzo. Peraltro, in caso di mancata partecipazione all'atto da parte del *trustee*, sarebbe stato altresì necessario ricorrere al provvedimento giudiziale.

Per tale ragione il ceto notarile ha cominciato a propugnare la tesi dell'effettuazione di un'unica formalità pubblicitaria, idonea a segnalare sia il trasferimento del bene in favore del *trustee*, sia il vincolo a *trust* del bene immobile trasferito.

Questa tecnica pubblicitaria è stata avallata da un decreto del Tribunale di Torino del 10 febbraio 2011, reso a seguito di reclamo proposto ex art. 2674 bis c.c. dal notaio rogante al fine di ottenere la cancellazione della riserva con cui l'ufficio aveva accettato la trascrizione così congegnata. A questa decisione giudiziale si era immediatamente obiettato la circostanza che il *trust* fosse un ente sprovvisto di soggettività giuridica e che, pertanto, non sarebbe stato corretto, né possibile, trascrivere l'atto di trasferimento a suo favore. In realtà, come è stato correttamente osservato anche dallo stesso Tribunale torinese, il riconoscimento della possibilità di trascrivere a favore del *trust* non avrebbe presupposto necessariamente la sua entificazione. Secondo l'opinione prevalente, la natura complessa del patrimonio devoluto in *trust* e la sua autonomia rispetto ai patrimoni del *settlor* e del *trustee*, lo renderebbero idoneo a costituire un centro di imputazione e di interessi giuridici, senza tuttavia elevarlo a soggetto giuridico.

Non sarebbe sembrato, allora, dogmaticamente corretto accogliere le tendenze alla soggettivizzazione di tali patrimoni, invocando a tal fine tecniche pubblicitarie peculiari o la soggettività passiva tributaria, di per sé autonoma da quella civilistica.

Il nostro ordinamento, peraltro, conosce altri esempi di prassi in cui si procede in modo analogo: si pensi alle formalità in favore del condominio (che come detto non gode di soggettività giuridica) anziché ai singoli condomini o alle ipotesi di somme oggetto di *trust* depositate in conti correnti.

Va, infine, rilevato che la soggettività giuridica del *trust* è stata a più riprese negata anche da pronunce recentissime in ambiti dell'ordinamento affatto diversi tra loro. Si fa riferimento in particolare alla pronuncia della cassazione Civile, Sez. II, 22 dicembre 2011, n. 28363 che, in tema di sanzioni amministrative, ha sancito l'esclusiva responsabilità del *trustee*, il quale non rivestirebbe la qualità di legale rappresentante del *trust*, ma unico soggetto di diritto responsabile del pagamento della sanzione.

In secondo luogo è stata degna di menzione un'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia (del 25.03.2013), la quale ha negato la validità di un pignoramento eseguito nei confronti del *trust*, in quanto soggetto giuridicamente inesistente, anziché nei confronti del *trustee*, unico vero soggetto passivo dell'esecuzione.

Da ultimo ci si è soffermati sull'analisi del contratto di rete, con particolare riferimento alle ipotesi delle c.d. reti-soggetto.

In questo caso, come ampiamente spiegato, l'indagine non ha riguardato il dibattito sulla natura giuridica di tale istituto, ormai reso anacronistico dall'intervento del legislatore, bensì sulle ragioni di opportunità e sui risultati applicativi di questa scelta normativa.

Inoltre, non si è potuto fare a meno di sottolineare la scelta semantica del legislatore, che per la prima volta ha fatto ricorso al termine “soggettività giuridica” in luogo di quello di “personalità giuridica”.

Al contempo si è manifestata adesione a questa opzione terminologica ritenuta coerente con la versatilità dell’istituto che mal si sarebbe prestato ad essere imbrigliato entro i più rigidi schemi formali propri della personalità.

Infatti, come affermato da Galgano, la principale differenza tra gli enti dotati o privi di personalità è da ricondurre proprio al *corpus* di norme che, per i primi, ne detta la struttura organizzativa e che è tendenzialmente inderogabile dai partecipanti.

Ne deriva che la maggiore neutralità assiologica del sostantivo soggettività rende più fruibile l’istituto per le imprese che intendano dar vita ad una rete-soggetto.

4. Nota conclusiva.

In conclusione, l'opera invita il lettore ad una riflessione circa la dinamicità del concetto di soggettività, che lungi dall'apparire monopolio del legislatore deve essere al contrario vivificato dalla incessante interpretazione da parte dell'operatore del diritto del tessuto normativo che informa ogni singolo istituto.

Il giurista dovrà farsi guidare da due direttrici fondamentali: da un lato il rigoroso riscontro degli elementi minimi al ricorrere dei quali si può ipotizzare l'esistenza di un *ens*; dall'altro una severa analisi dei vantaggi che tale opzione può determinare in termini di ricadute applicative ed efficienza delle soluzioni.

BIBLIOGRAFIA

- AMADIO, *I fondi comuni d'investimento, oggetto o soggetto di diritto?*, 2014, Giappichelli on-line.
- AMATO, in AA. VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, Commentario*, a cura di Gambaro-Giardina-Ponzanelli, in *Nuove Leggi civ. Comm.*, 1993.
- ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965.
- ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, I, Milano, 1951.
- ASCARELLI T., "Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica", in *Rivista società*, Vol. 3, 1959.
- ASCARELLI T., *Appunti di diritto commerciale, Società e Associazioni commerciali*, Roma, 1936.
- ASCARELLI, *La natura giuridica del fondo comune d'investimento mobiliare*, in *Quadrimestre*, 1984.
- ASCARELLI, *I fondi comuni d'investimento*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) RESCIGNO, 2, XVI, 1985.
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999.
- BARALIS, *Pubblicità immobiliare e condominio dopo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 2013, 8/9.
- BARTOLI, *Trust e fondi comuni d'investimento nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in www.dircomm.it.
- BASILE M. – FALZEA A., *Persona giuridica*, in *Diritto Privato*, XXXIII, 1983.
- BASILE-FALZEA, *Persona giuridica (dir. Priv.)* in *Encicl. del dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, n. 3.

- BASILE M., *Condominio negli edifici*, I, *Diritto civile*, in *Enc. dir. Treccani*, VIII, Roma, 1988.
- BASILE, *Gli enti di fatto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, I, 2, Torino 1992.
- BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2014.
- BATTAGLIA-PANTANO, *Società di gestione del risparmio: provvedimento emanato dalla Banca d'Italia*, in *Le Società*, 1998.
- BERLINGUER, *The italian road to trusts*, in *Rev. Europ. Droit priv.*, 2007.
- BESSONE, *Le SGR, società di gestione del risparmio. La financial industry e le attività di gestione di patrimonio in forma collettiva*, in *Vita not.*, 2002.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, VI. La proprietà*, Milano, 1999.
- BIANCA C.M., *Nozione di condominio*, in *Il Condominio*, C.M. BIANCA (a cura di), Torino, 2007, nn. 1-9.
- BIANCA C.M., *Nozione di condominio*, in *Il condominio* a cura di Bianca, Torino, 2007.
- BIANCA M., *Il modello normativo del contratto di rete. Nuovi spunti di riflessione sul rapporto tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale*, in *Il Contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, Giuffrè, 2012.
- BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948.
- BISOGNI, *Modelli organizzativi delle SGR nella prestazione del servizio di gestione collettiva*, in *Le Società*, 1998.
- BÖCKING, *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*, Berlin, 1829.
- BOLZE, *Der Begriff der Juristischen Person*, Stoccarda, 1879.

- BONELLI G., *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. Ital. Scienze giur.*, VI (1888).
- *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. Dir. civ.*, 1910.
- *Del Fallimento*, Milano, 1938.
- BONELLI G., *I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali*, in *Riv. Dir. comm.*, 1903, I.
- BRANCA G., *Comunione, condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982.
- BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2/2010.
- BRINZ, *Lehrbruch der Pandekten*, Deichert, Erlangen, 1884-1886.
- BROGGINI G., *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa dir. priv.*, 1998.
- BRUNETTI A., *Trattato di diritto delle società*, Milano, 1946, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1947.
- BRUNS, *Encyclopedic*, in *Holtzendorff-Kholer*, I.
- BULLO, *La trascrizione della devoluzione di immobili in Trust: le soluzioni antitetiche della Corte di Appello di Trieste e del Tribunale di Torino*, *Diritto Civile contemporaneo*, 2014.
- BÜLOW, *Civilprocess, Fictionem und Wahrheiten* (*Archiv. F. civ. Praxis vol. 62*).
- CAFAGGI-FERRARI, *La responsabilità della rete verso i terzi*, in *Il contratto di rete. Commentario*, a cura di F. CAFAGGI, Bologna, Il Mulino, 2009.
- CAFAGGI-IAMICELI-MOSCO, “*Prime evidenze sui contratti di rete (2010-2011)*”, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2012.

- CALICETI, *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni d'investimento*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2012.
- CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I Contratti* (10/2009).
- CANDIAN, *Per la qualificazione del contratto di società*, in *Riv. Soc.*, 1963.
- CAPRARA, *Il contratto di rete e gli adempimenti pubblicitari: le pubblicità del contratto*, in *Giurisp. Commerciale* (1/2015).
- CARBONE, *Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 83)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993.
- CARNELUTTI F., in *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I.
- CASSANO (a cura di), *Manuale pratico del nuovo condominio*, Santarcangelo, 2013.
- CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998.
- CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano. Relazione al convegno di Studi Negozio fiduciario e trust*, organizzato dal Comitato Notarile della Sicilia, Taormina 6-7 marzo 1998, in *Europa e Dir. Priv.*, 1998.
- CAVANNA, *Fondi comuni d'investimento e Sicav*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, XVI, I, Torino 2008.
- CELESTE, *Il singolo risponde solo pro quota per le obbligazioni del condominio verso i terzi: il respiro di sollievo dei condomini e lo sconforto operativo dei creditori*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 3.
- CERULO A., *Il condominio in generale*, in *Il nuovo condominio*, R. TRIOLA (a cura di), Torino, 2013.
- CHIZZINI, *Revoca del trustee e legittimazione all'azione possessoria*, in *Trusts e att. fid.*, 2000.

- CIRIANNI, *Il contratto di rete*, in *Notariato* (4/2010).
- CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Giuffrè, Catania, 1964.
- CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, in AA.VV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. IAMICELI, Torino, 2009.
- CORONA R., *La natura giuridica del condominio*, in *Trattato dei diritti reali* Vol. III, GAMABARO – MORELLO (diretto da).
- CORONA R., *Appunti sulla situazione soggettiva di condominio*, in *Il condominio negli edifici tra realtà e personalità*, E. MARMOCCHI (a cura di), Milano, 2007, in *Riv. not.*, 2006, 3.
- COSTI, *La struttura dei fondi comuni d'investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. Soc.*, 1968.
- CREA C., *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969.
- D'AURIA M., *L'evoluzione del contratto di rete: dal contratto al soggetto*, in AA.VV., *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, a cura di F. Briolini, L. Carota e M. Gambini, Napoli, 2013.
- DAMIANO A., *L'organizzazione nella rete*, in AA.VV., *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, a cura di F. Cafaggi, P. Iamiceli e G. Mosco, Milano, 2012.
- DE DONATO A., V. DE DONATO, D'ERRICO, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999.

- DELLA VECCHIA, *D.M. n. 197/2010: le modifiche alla disciplina dei fondi comuni di investimento*, in *Le Società*, n. 3/2011.
- DE PAOLI-SCHIRRU-TONINI, *La vexata quaestio della soggettività dei fondi comuni d'investimento immobiliare: evoluzione giurisprudenziale e riflessi operativi*, in *Argomenti*, 2014.
- DI GIOVANNI F., *“Persona giuridica”*: storia recente di un concetto, Torino, 2005.
- DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l'eterno ritorno*, in *Corr. giur.*, 2008.
- DOGLIOTTI M. e FIGONE A., *Il condominio*, Torino, 1993.
- DURANTE V., *Voce Enc. Treccani, Patrimonio (dir. civ.)*, vol. XXII, Roma, 1990.
- EISELE, *Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach röm. Recht*, Basler Universitätsprogramm, 1873.
- ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1898-1928)*.
- FERRARA Sr. F., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli –Torino, 1915.
- FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo: la “natura giuridica” dei fondi comuni di investimento*, in *Rivista delle società*, 2012.
- FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II.
- FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Cedam, Padova, 2002.
- GALANTE, *La gestione collettiva alla luce dei regolamenti Consob e Banca d'Italia*, in *Le Società*, 1998.
- GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario c.c. Scialoja Branca*, 1969, sub art. 11-42.
- GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *“Rivista di diritto civile”*, 1965.

- GALGANO, *Il principio di maggioranza nei problemi delle società personali*, Padova, 1960.
- GALGANO, *Trattato di diritto civile, vol. III*, 2009.
- GALLUCCI, *La natura giuridica del condominio*, in *Arch. loc. e cond.*, 2009, 1.
- GAMBARO A., *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trust in Italia oggi*, a cura di BENEDENTI I., Milano 1996.
- Id., *Trust*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., XIX*, Torino 1999.
- Id., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti del trustee*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 257;
- Id., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II.
- GAMBARO e MORELLO (diretto da), *Condominio negli edifici e comunione*, in *Tratt. dir. reali*, Vol. III, , Milano, 2012.
- GAMBARO G. e MORELLO U., *La situazione soggettiva del condominio*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da, vol. III, Condominio negli edifici e comunione, Milano, 2012.
- GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001;
- Id., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, in *Riv. not.*, 2001;
- Id., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, *ivi*, 2002;
- Id., *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in www.judicium.it;
- GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni d'investimento*, in *Giurisp. Commerc.*, fasc. 5.
- GIERKE , *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, 1889.

- GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887.
- GIOVENE, *Le associazioni di fatto nel diritto privato*, Milano, 1914.
- GIRINO, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, 1982.
- GRASSO, *L'espropriazione della quota*, Milano, 1957
- GRAZIADEI, voce *Trust nel diritto angloamericano*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, XVI, Torino, 1999.
- GROSSI, *Pagina introduttiva*, Quaderni fiorentini.
- GUERINONI, *La natura giuridica del condominio*, in *Il condominio*, in *Diritto privato nella giurisprudenza*, P. CENDON (a cura di), Torino, 2004.
- HART, *Definition and theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1953.
- IAMICELI, "*Le reti d'impresa: modelli contrattuali di coordinamento*", in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, a cura di F. CAFAGGI, Bologna, Il Mulino, 2004.
- IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, Giappichelli, 2009.
- JAEGER, *Sui fondi comuni d'investimento*, in *Riv. Soc.*, 1969.
- JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Lipsia, 1865.
- KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Einaudi, Torino 1967.
- LENER, *sub art. 3 della legge n. 77 del 1983*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984.
- LIPARI, *Sviluppo della persona e disciplina condominiale*, in *Riv. giur. ed.*, 1974, II.

- LORENZINI F., *Codice commentato del nuovo condominio*, Santarcangelo di Romagna, 2013.
- LUPI, *Profili processuali del trust*, in *Riv. Not.*, 2001.
- LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de l'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992.
- Id., *Trusts*, Milano 2001;
- Id., *Lettera ad un notaio conoscitore del trust*, in *Riv. not.*, 2001.
- LUPOI, *I diritti reali – I trust nel diritto civile, Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, II, UTET, Torino, 2004.
- LUZZATTO, *La comproprietà*, I (Tor. 1908), II (Tor. 1909).
- MAITLAND, *L'equità (traduzione italiana di Lectures of Equity, Cambridge, 1976)* Milano, 1979.
- MALTONI-SPADA, *Il "contratto di rete": dialogo tra un notaio e un professore su una leggina recente*, in *Rivista di diritto privato*, 2011 fasc. 4.
- MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contratto e impresa*, 2002.
- MARASA', *Contratti di rete e consorzi*, in *Il corriere del Merito* (1/2010).
- MATTIA, *La soggettività tributaria del trust*, in *Commercio internaz.*, 2008, 12.
- MAUCERI, *Enti collettivi e danno non patrimoniale*, Giappichelli, 2013, Catania.
- MERUZZI G., *Notazioni in tema di soggettività giuridica della rete*, in *Il contratto di rete. Dalla teoria giuridica alla realtà operativa*, a cura di G. MERUZZI, Pantigliate, 2012.
- MESSINEO F., *Per l'individuazione del soggetto collettivo non personificato*, in *Arch. Giur.*, CXLIII, 1952.
- MILELLA M., *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, in *I contratti* (4/2013).

- MONEGAT M., *Riforma del condominio*, Milano, 2013.
- MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giurisp. commerciale* (6/2010).
- MUSSO, *Reti contrattuali fra imprese e trasferimento della conoscenza innovativa*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Utet giuridica, 2014.
- NASINI, *La decisione delle Sezioni Unite 9148/2008: profili critici e dubbi applicativi*, *Arch. Loc.*, 2008.
- NASINI, *L'amministratore*, in *Il nuovo condominio*, R. TRIOLA (a cura di), Torino, 2013.
- NICITA, *Appunti sulla soggettività del condominio*, in *Giust. civ.*, 1985, II.
- NIGRO, *I fondi comuni d'investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969.
- ONZA, *Riflessioni sul contratto di rete: alcuni profili di qualificazione e disciplina*, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, UTET giuridica, 2014.
- ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Giappichelli, 1968.
- ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, e «Persona» e «persone giuridiche» nell'età moderna, rispettivamente del 1960 e del 1968 raccolte in *Azione. Diritti Soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978.
- PAGNI, in AA. VV., *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di Zanchi, Torino, 2009.
- PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I.
- Id., *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, *ivi*, 2000.

- PANDIMIGLIO, *Brevi note in tema di soggettività giuridica delle reti d'impresa* in, *Il contratto di rete, un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, a cura di BRIOLINI-LISIA CAROTA-GAMBINI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- PAOLINI, *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, Studio n. 90-2012/I, Consiglio Nazionale del Notariato.
- PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2008.
- PELLIZZI, voce *Enc. Trecc.*, *Soggettività giuridica*, XXIX, Ed. Enc. it., 1993.
- PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993.
- PESCATORE, *Società di capitali amministratrice di altra società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2009, I.
- PETROLATI, *La soggettività del condominio e la legittimazione ad agire dei singoli condomini*, in *Giustizia civile*, dicembre 2015.
- PINTORE, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in *Quaderni Fiorentini*, Tomo II, Milano, 1982.
- POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Giuffrè, 1951.
- PUCHTA, *Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen*, Munich, 1829.
- PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera*, Giuffrè, 1954.
- PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.
- RAGAZZINI, *Trust interno e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Not.*, 1999.
- REALI, *Soggettività del trust ed imposizione sui redditi: profili ricostruttivi*, in *Riv. Dir. trib.*, 2011.

- RESCIGNO, *Associazione non riconosciuta e capacità di testimoniare*, in *Studi in onore di Messineo*, vol. I, Milano, 1959.
- ROMAGNOLI, *Natura giuridica dei fondi pensione (art. 2117 codice civile)*, in *Riv. Trim. proc. civ.*, 1960.
- ROMANO S., *Frammenti*, Milano, 1947.
- ROSSETTI, *Il condominio? È' un ente di gestione. Ma con limitata personalità giuridica*, in *Dir. e giust.*, 2005, 12.
- ROTTENBERG W., *Developing Limits on comepnsation of mutual fund advisers*, 7 *Harv. J. Legis*, 309
- RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Giuffrè, 1952.
- RUSCELLO, *La riforma del condominio tra novità e problemi irrisolti*, in *Vita notarile*, 2013.
- SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1956.
- SALIS, *Condominio e ente di gestione risultante da scritture private* in *Riv. Giur. Edilizia*, 1963, I, n. 5.
- SALIS, *Gli edifici in condominio*, Napoli, 1964.
- SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996.
- SANTAGATA, *Il contratto di rete fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Rivista di diritto civile* (3/2011).
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962.
- SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino: 1840 – 1849.
- SCALFI, voce *Persone Giuridiche*, in *Enc. Treccani*, XXIII, Roma, 1990.
- SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968.

- SCARPA, *L'interesse istituzionale del condominio approda nelle sentenze*, in *Amministrazione immobili*, 2012, citato in LAZZARO F., *Il condominio dopo la riforma*, Milano, 2013.
- SCARPA e V. TRIPALDI, *Titolarità ed attuazione delle obbligazioni di gestione del condominio. Brevi note sui profili processuali della divisibilità degli obblighi del condominio nei confronti dei terzi*; in *Foro it.* 2008, I.
- SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in “*Memorie dell'Accademia delle scienze di Torino*”, t. 5, parte II, n. 2, Torino 1959.
- SCHIAVELLO, *La natura giuridica dei fondi comuni d'investimento in una recente sentenza della Cassazione*, in www.strumentifinanziariefiscali.it.
- SCHLESINGER, *Una «novella» per il trust*, in *Not.*, 2001.
- SCHIFFMAN H., *The Relationship Between the Investment Advisor and the Mutual Fund: Too Cloese for Comfort*, 45 *Fordham L. Rev.* 183 (1976), <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol45/iss1/10>.
- SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, CAFAGGI-IAMICELI-MOSCO (a cura di), in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012.
- SCOGNAMIGLIO-TRIPPUTI, *Il contratto di rete per l'esercizio di attività comune: profili patrimoniali e organizzativi*, in *Reti di impresa: scenari giuridici, finanziamento e rating*, Il Sole 24 Ore, 2011.
- SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I.
- STEFANI, *Trascrizione a favore del trust: una nuova frontiera?*, in *Notariato* 4/2011.
- TANCREDI, *In tema di soggettività giuridica del trust*, in *I contratti*, 2011.

- TIMPANO, *Le obbligazioni condominiali fra parziarietà e solidarietà*, in *Vita not.*, 2008, I.
- TONELLI, *Le società di gestione del risparmio*, in AA. VV., *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di Patroni Griffi, Sandulli, Santoro, 1999.
- VAN DE HEUVEL V., *De la situation légale des assoc. Sans but lucratif* (Bruxelles 1884).
- VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Paris, 1884.
- VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, Paris, 1919.
- VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955.
- VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010, I.
- VISENTINI, *Riflessioni in tema di fondi comuni d'investimento con riferimento al disegno di legge governativo*, in *Riv. Soc.*, 1968.
- ZANELLI, *Reti di impresa, dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *Contratto e impresa*, 2010.
- ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975.

RIASSUNTO

Il presente lavoro si propone di porre in luce – in chiave moderna – i problemi interpretativi determinati dal fiorire nel nostro ordinamento giuridico di tecniche di specializzazione patrimoniale, che sovente hanno posto gli operatori del diritto innanzi all'interrogativo sulla natura giuridica di questi particolari patrimoni. In particolare, il dilemma che si presenta innanzi all'interprete attiene alla possibile individuazione – all'interno del tessuto normativo che informa quei determinati istituti – dei germi della soggettività giuridica tali da far trasmigrare il patrimonio dal mondo degli oggetti di diritto a quello dei soggetti.

A tal fine, l'opera dedica un'ampia prima parte alla ricognizione critica degli orientamenti sulla personalità e soggettività giuridica, che affondano le loro radici nel XIX secolo e prosegue con la disamina approfondita di quattro tipologie di istituti che, pur essendo in astratto potenzialmente “capaci” di essere considerati soggetti di diritto, non sembrano possedere quegli indicatori normativi minimi idonei a far loro compiere tale salto di qualità: condominio, fondi comuni d'investimento, *trusts* e reti-soggetto. Con riferimento a quest'ultime è necessario rilevare che l'intervento risolutivo del legislatore ha spostato i termini del dibattito dalla ormai conclamata natura giuridica alle ragioni e all'opportunità di tale scelta.

L'oggetto preponderante della trattazione concerne, pertanto, lo studio delle norme che disciplinano ciascun istituto e la presentazione in modo critico delle tesi dottrinali e giurisprudenziali più significative al riguardo. L'opera nel complesso abbraccia le tesi dominanti in ciascun ambito, che conducono alla negazione della qualifica di soggetto di diritto per il condominio, il *trust* e il fondo comune d'investimento (non ovviamente per la rete-soggetto qualificata come tale dal legislatore) e ciò in quanto le argomentazioni in questa direzione appaiono senz'altro più persuasive.

ABSTRACT

This work aims to explain - in a modern way - the specific problems of interpretation by the diffuse in our legal system of asset specialization techniques, because they have raised the question about the legal nature of these particular assets. In particular, the interpreter has the problem to identify - within the normative of those specific institutions - the subjectivity requirements such as to transmigrate the assets from the world of law objects to that of subjects.

The work devotes a large first part in the explanation of the Guidelines of the personality and legal subjectivity, which have their roots in the nineteenth century and continues with the detailed examination of four types of institutions which, although in the abstract they could be considered legal entities, do not seem to have the requirements to be considered legal subjects: condominium, joint investment fund, trusts and network-entity.

With reference to the latter it is necessary to point out that the decisive intervention of the legislature has shifted the terms of debate to the appropriateness of this choice.

The principal subject of this work is concerned, therefore, the study of the rules governing each institution and explanation critically doctrinal and jurisprudential thesis most significant in this regard. The work as a whole embraces the dominant thesis in each area, which lead to the denial of legal entity qualifies for the condominium, the trust and the joint investment fund (obviously not for the network-entity qualified as such by the legislator) and this is because the arguments in this direction certainly appear more persuasive.