

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Pubblicazioni del Dipartimento  
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione  
Sezione Giuridica

- 4 -

LUCA IACUMIN

# I FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

DIRITTO SOSTANZIALE  
E PROCESSO



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI TRIESTE

EUT





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE  
Pubblicazioni del Dipartimento  
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione  
Sezione Giuridica  
- 4 -

LUCA IACUMIN

# I FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

DIRITTO SOSTANZIALE  
E PROCESSO



Edizioni  
Università  
di Trieste

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE  
*Pubblicazioni del Dipartimento*  
*di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione*  
SEZIONE GIURIDICA

FINALITÀ E AMBITO

La collana si propone come documento editoriale per rendere note alla comunità scientifica le ricerche dei docenti di area giuridica appartenenti al Dipartimento, le ricerche di giovani studiosi in formazione, le ricerche che costituiscono l'esito di attività seminari e convegnistiche.

GARANZIA SCIENTIFICA

La scientificità delle pubblicazioni è garantita da un Comitato Scientifico composto da studiosi che rappresentano le diverse aree del settore giuridico e che, in quanto tali, sono in grado di certificare l'innovazione degli esiti delle ricerche per le quali si propone l'edizione e l'approccio metodologico seguito. I volumi pubblicati nella presente collana sono oggetto di procedure di doppio referaggio.

COMITATO SCIENTIFICO

Aebi-Müller Regina, Amadeo Stefano, Barberis Mauro Giuseppe, Barić Sanja, Bartole Sergio, Bianca Massimo, Cazzetta Giovanni, Cubeddu Maria Giovanna †, De Castro Camero Rosario, Ditrìch Lotario Benedetto, Dolso Gian Paolo, Ferrante Riccardo, Ferretti Paolo, Fiorentini Francesca, Fiorentini Mario, Gialuz Mitja, Giangaspero Paolo, Henrich Dieter, Marino Concetta, Maternini Maria, Menghini Luigi, Meruzzi Giovanni, Nunin Roberta, Ofner Helmut, Pacia Romana, Padovini Fabio, Peroni Francesco, Pittaro Paolo, Johannes Michael Rainer, Raiti Giovanni, Spickhoff Andreas, Stevanato Dario, Venchiarutti Angelo, Ziviz Patrizia, Zoz Maria Gabriella.

COMITATO DI REDAZIONE

Il Comitato di Redazione è composto dai seguenti professori: Amadeo Stefano, Bianca Massimo, Ferretti Paolo, Giangaspero Paolo, Padovini Fabio.

MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE

La collana, in linea con le politiche editoriali di EUT e dell'Università degli Studi di Trieste, prevede la pubblicazione online nella modalità ad accesso aperto, allo scopo di rendere liberamente disponibile la comunicazione scientifica. Accanto a questa modalità sono poi previste le più consuete pubblicazioni a stampa in tiratura limitata e/o su ordinazione degli autori.

COPYRIGHT

Tutte le pubblicazioni in formato digitale della collana vengono rilasciate con una licenza Creative Commons (CC BY-NC-SA 2.5 IT). Creative Commons 4.0 (BY-NC-ND).



La versione elettronica ad accesso aperto di questo volume è disponibile al link:  
<https://www.openstarts.units.it/handle/10077/20272>



Opera sottoposta a peer review  
secondo il protocollo UPI - University Press Italiane

EUT Edizioni Università di Trieste 2020

ISBN 978-88-5511-151-5 (print)  
ISBN 978-88-5511-152-2 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste  
Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste  
[eut@units.it](mailto:eut@units.it)  
<http://eut.units.it>  
<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

*Ai miei genitori, a mia moglie, a mia figlia*



*Però la fortuna sua consisté in questo, che e tempi suoi avessino bisogno di quella qualità che era in lui; ma chi potessi variare la natura sua secondo le condizione de' tempi, il che è difficillimo e forse impossibile, sarebbe tanto manco dominato dalla fortuna.*

Guicciardini, *Ricordi*

*Procedé in ogni sua cosa impetuosamente. E trovò tanto e' tempi e le cose conforme a quello suo modo di procedere, che sempre sortì felice fine [...]. E la brevità della vita non gli ha lasciato sentire il contrario; perché, se fussino venuti tempi che fussi bisognato procedere con rispetti, ne seguiva la sua ruina: né mai avrebbe deviato da quelli modi a' quali la natura lo inclinava.*

Machiavelli, *Il principe*





# INDICE

PREMESSA	15
----------	----

## CAPITOLO I IL DIBATTITO SUI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

1. Una premessa di metodo: l'ordine di quest'opera	17
2. Le fonti che regolano i fondi comuni di investimento	18
3. I diversi inquadramenti sistematici della natura giuridica del fondo. La tesi della comunione ordinaria	30
4. Segue: la tesi della soggettività del fondo. Il Consiglio di Stato e la prassi notarile	32
5. La giurisprudenza di legittimità: il fondo è un patrimonio separato della SGR	33
6. I corollari sostanziali e processuali dell'orientamento di legittimità	36
7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità	38
8. La sentenza del Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876	45
9. La sentenza del Tribunale di Milano, 10 giugno 2016, n. 7232	51
10. Premesse per un'analisi: una proposta ricostruttiva	53

## CAPITOLO II SOGGETTO E PATRIMONIO

1. Nozioni introduttive	55
2. Il dogma della necessaria titolarità delle situazioni giuridiche	61
3. Il dibattito concernente la natura giuridica dell'eredità giacente	63
4. L'inquadramento dell'eredità giacente come patrimonio privo di titolare	67
5. Le ragioni e le debolezze del dogma della necessaria titolarità	73

6. L'autonomia concettuale della soggettività rispetto alla personalità fonda un'ulteriore critica ai patrimoni acefali	79
7. Segue: la distinzione tra soggettività e personalità non assorbe il patrimonio acefalo	85
8. La necessaria distinzione tra soggetto e patrimonio	87
9. Il distinguo tra il patrimonio primario (entificato o acefalo) e quello secondario (bilateralmente separato)	88
10. Proposta di un'insiemistica patrimoniale. Le tre definizioni di <i>soggetto</i> e la rilevanza disciplinare della loro distinzione	93
11. Profilo statico e profilo dinamico dei diritti	106
12. Confutazione delle teorie analitiche secondo cui il ruolo di nesso tra fatti e conseguenze è assunto esclusivamente dai soggetti	112
13. L'utilità delle definizioni di <i>soggetto</i> e i gradi della soggettività	113
14. Conclusioni su <i>soggetto, patrimonio, titolarità, imputazione e capacità giuridica</i>	117

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

1. La contraddizione tra la necessità processuale del soggetto e la sua non necessaria sussistenza nel mondo sostanziale	125
2. La capacità di essere parte	127
3. La <i>legitimatio ad causam</i> e la sostituzione processuale	130
4. Segue: <i>legitimatio ad causam</i> e possibilità giuridica	142
5. La <i>legitimatio ad processum</i>	146
6. La rappresentanza processuale e la <i>contemplatio domini</i>	153
7. Gli istituti esaminati presuppongono, per come intesi dalla tradizione, l'imputazione delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio	162
8. Una proposta di ridefinizione della <i>legitimatio ad causam</i>	163
9. Il rappresentante processuale possiede sia la <i>legitimatio ad processum</i> rappresentativa, sia la <i>legitimatio ad causam</i> . Comparazione con il sostituto processuale	165
10. Distinzione tra la <i>contemplatio domini</i> e la legittimazione processuale rappresentativa	173
11. Nuovo inquadramento del <i>falsus procurator</i>	175
12. Le conseguenze della ridefinizione dei rapporti tra <i>legitimatio ad causam</i> e <i>legitimatio ad processum</i> per i patrimoni separati e gli indizi da ricercare nel diritto positivo ai fini del loro inquadramento processuale	178
13. I rapporti (meramente eventuali) tra la capacità di essere parte e la soggettività sostanziale	178

14. L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare. Conclusioni sul dogma della necessaria titolarità nel processo e sulla irrilevanza processuale del distinguo tra predicati soggettivi e oggettivi	183
---	-----

CAPITOLO IV  
GLI INDIZI NORMATIVI NECESSARI  
PER L'INQUADRAMENTO DEI FONDI COMUNI

1. Premessa metodologica	185
2. Il fondo comune di investimento è «l'OICR costituito in forma di patrimonio autonomo» e «raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote»	187
3. L'OICR è «gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi [...], in base a una politica di investimento predeterminata»	191
4. I limiti posti alle azioni giudiziali concernenti il fondo comune	193
5. Le disposizioni contenute nell'art. 37 TUF	194
6. Critica del criterio organizzativo	199
7. L'esclusione della responsabilità della SGR per le obbligazioni contratte per conto del fondo	203
8. Il fondo comune è distinto, «a tutti gli effetti», da ogni altro patrimonio. Il fondo è un patrimonio primario	204
9. L'art. 38 TUF: un ulteriore scollamento tra titolarità e gestione	209
10. Critiche metodologiche alla dottrina concernente i fondi comuni d'investimento	211

CAPITOLO V  
DIRITTO COMPARATO  
E DELL'UNIONE EUROPEA

1. Premessa metodologica	219
2. Stati Uniti	220
3. Diritto dell'Unione Europea	223
4. Regno Unito	228
5. Francia	232
6. Germania	235
7. Lussemburgo	238
8. Conclusione: i problemi italiani nascono dal disallineamento tra tecnica legislativa e tradizione giuridica	241

CAPITOLO VI  
I PROFILI SOSTANZIALI  
DEI FONDI COMUNI

1. La centralità sistematica del rapporto tra la SGR e i partecipanti al fondo	245
2. Le due possibili funzioni della SGR: promozione e gestione	247
3. Segue: la natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la SGR di gestione	250
4. Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti	259
5. Le relazioni tra SGR, partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico	261
6. I trasferimenti dei diritti nel fondo e dal fondo. La proprietà	267
7. La sostituzione della SGR di gestione. Le deleghe di funzioni <i>ex art. 33 TUF</i>	270
8. La trascrizione. La fusione dei fondi. I comparti	280
9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi	290
10. I diritti inclusi nel fondo	298
11. La banca depositaria	299
12. Note conclusive circa l'indipendenza della SGR e il credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.	301
13. Il partecipante al fondo può rivestire la qualifica di consumatore	314

CAPITOLO VII  
I PROFILI PROCESSUALI  
DEI FONDI COMUNI

SEZIONE I	
LE <i>BENEFICIARY DISPUTE</i>	321
1. Introduzione: <i>summa divisio</i> delle controversie concernenti i fondi comuni d'investimento	321
2. Le <i>beneficiary dispute</i>	322
3. La <i>class action</i> contro la SGR di gestione	326
4. La <i>class action</i> contro la banca depositaria e la SGR di promozione	332
5. Le conseguenze della sostituzione di SGR e della separazione tra le funzioni di promozione e quelle di gestione	336
6. Le esecuzioni	338
SEZIONE II	
LE <i>THIRD PARTY DISPUTE</i>	343
1. Le <i>third party dispute</i> . Le controversie con la depositaria, la SGR di promozione e gli ex amministratori della società di gestione	343

2. Il fondo è parte sostanziale e subisce gli effetti degli atti processuali	345
3. La posizione processuale della SGR di gestione. La competenza	347
4. La posizione processuale dei partecipanti	349
5. Il conflitto d'interessi della società di gestione	356
6. L'identificazione dell'oggetto processuale e i limiti patrimoniali del giudicato	365
7. Le conseguenze del trasferimento dell'oggetto processuale da un fondo all'altro	366
8. La sostituzione della SGR interrompe il processo	369
9. L'intervento della SGR sostituita nel processo introdotto dalla sostituita	370
10. L'impossibilità giuridica dell'imputazione alla SGR o ai partecipanti dell'oggetto processuale di cui sia allegata l'inclusione nel fondo medesimo	372
11. La fusione e la scissione dei fondi. La fusione di fondi con SICAV e SICAF	373
12. Le esecuzioni	377

## CAPITOLO VIII CONCLUSIONI

1. Panoramica delle soluzioni applicative	379
2. Conseguenze sistematiche di quest'opera	381
3. Il <i>trust</i> e il patrimonio acefalo	385
4. Congedo, con un <i>caveat</i> ai Legislatori europei in merito alla futura disciplina dell'intelligenza artificiale	390
 BIBLIOGRAFIA	 393
INDICE ANALITICO	419



## PREMESSA

L'importanza economica e finanziaria dei fondi comuni di investimento, testimoniata da un patrimonio gestito che a livello nazionale si è attestato, a fine 2019, intorno ai 2282 miliardi di Euro<sup>1</sup>, dimostra quanto sia essenziale avere una compiuta conoscenza di tali istituti che consenta agli operatori, giuridici e finanziari, di confidare nella certezza delle soluzioni operative.

La certezza del diritto in tale materia, tuttavia, è ben lungi dal potersi dire acquisita.

A una fase storica di relativa calma ha fatto seguito uno sconvolgimento interpretativo innescato da un arresto con cui la Corte di Cassazione, nel corso del 2010, ha negato la soggettività giuridica dei fondi e li ha considerati quali patrimoni separati della SGR.

Da allora, le prese di posizione, prevalentemente critiche rispetto a tale orientamento giurisprudenziale e non di rado connotate da rimarchevole profondità di pensiero, si sono moltiplicate, concentrandosi però su singoli aspetti e, in particolare, sulle modalità con cui effettuare la pubblicità degli acquisti immobiliari dei fondi.

Proprio per questo, manca uno studio sistematico dei fondi comuni che crei coerenza tra le soluzioni offerte a molteplici questioni, quali le conseguenze della sostituzione del gestore, del conferimento dei poteri gestori a una SGR diversa da quella di promozione, dei rapporti tra società di gestione e partecipanti al fondo, del processo civile in cui sia coinvolto un fondo comune d'investimento.

Le conclusioni, sostanziali e processuali, cui sono giunte la dottrina e la giurisprudenza, inoltre, non sono riuscite a guadagnare un largo consenso a causa di incoerenze argomentative e di dogmi

---

<sup>1</sup> Dato tratto da *www.ilsolo24ore.com*.



duri a morire. Sarà quindi necessario riprendere l'intera discussione esaminandone criticamente i fondamenti normativi, dogmatici, logici e linguistici. Svilupperemo così degli strumenti di analisi che ci consentiranno di leggere tra le righe del Testo Unico della Finanza e di comprendere quale sia il corretto inquadramento del fondo, nonché i significati e dunque i profili di rilevanza del dibattito intorno alla sua soggettività.

Questo sforzo prenderà la forma di un discorso sul metodo giuridico e potrà talvolta apparire astratto, ma ogni considerazione svolta a tale proposito nella prima metà dell'opera, in particolare nei Capitoli II e III, sarà imprescindibile per una corretta e solida costruzione dei profili applicativi cui è dedicata la seconda parte (Capitoli IV, VI e VII), cui farà da ausilio uno studio comparatistico (Capitolo V).

Allo stesso tempo, saremo in grado di offrire spunti ricostruttivi la cui rilevanza si estenderà ben oltre l'ambito di ricerca che ci siamo posti, sino a investire la ricostruzione di alcune categorie di *trust* (Capitolo VIII), ogni processo che veda coinvolto un patrimonio privo di titolare o la cui soggettività sia dubbia, nonché il tema, altrettanto appassionante, dei procedimenti civili a contenuto oggettivo. In altri termini, tutti quei fenomeni, arcaici o contemporanei, in cui l'uomo, con profonde implicazioni disciplinari e filosofiche, sembra scomparire dalla scena giuridica.

Nell'accingermi a licenziare questo lavoro, non posso non rivolgere un profondo ringraziamento al prof. Lotario Dittlich per il sostegno e la fiducia che mi ha tributato.

## IL DIBATTITO SUI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

SOMMARIO: § 1. Una premessa di metodo: l'ordine di quest'opera. – § 2. Le fonti che regolano i fondi comuni di investimento. – § 3. I diversi inquadramenti sistematici della natura giuridica del fondo. La tesi della comunione ordinaria. – § 4. Segue: la tesi della soggettività del fondo. Il Consiglio di Stato e la prassi notarile. – § 5. La giurisprudenza di legittimità: il fondo è un patrimonio separato della SGR. – § 6. I corollari sostanziali e processuali dell'orientamento di legittimità. – § 7. Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità. – 8. La sentenza del Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876. – 9. La sentenza del Tribunale di Milano, 10 giugno 2016, n. 7232. – § 10. Premesse per un'analisi: una proposta ricostruttiva.

### *1. Una premessa di metodo: l'ordine di quest'opera*

In questo capitolo darò conto delle fonti normative che governano i fondi comuni e, in seguito, delle diverse ricostruzioni di questi istituti, sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Per una più compiuta comprensione di tali inquadramenti, ne esporrò alcune conseguenze applicative, la cui critica sarà svolta nel seguito dell'opera, man mano che svilupperò i necessari strumenti di analisi. Al termine di questo primo capitolo presenterò la mia tesi, alla cui verifica saranno dedicati i capitoli successivi.

Nel Capitolo II mi propongo di dimostrare l'astratta configurabilità di diritti privi di titolare; nel Capitolo III tenterò di risolvere la contraddizione tra l'acefalia di questi diritti e l'imprescindibilità di un soggetto che li faccia valere in giudizio; in seguito, nel Capitolo IV, esaminerò gli indizi, offerti dalle fonti normative, necessari per inquadrare i fondi comuni alla luce dei concetti sviluppati nei capitoli precedenti.

Nel Capitolo V farò uso del metodo comparatistico per valutare come gli altri ordinamenti hanno inquadrato la gestione collettiva del risparmio. L'analisi sarà resa ancor più interessante dal contrasto tra l'eterogeneità delle soluzioni adottate in Francia, Germania, Re-

gno Unito e Lussemburgo, da un lato, e la comune derivazione delle legislazioni di tali Stati dal diritto dell'Unione europea, dall'altro.

Offrirò infine una ricostruzione sistematica dei profili sostanziali (Capitolo VI) e processuali (Capitolo VII) dei fondi comuni d'investimento, sulla base della quale trarrò le mie conclusioni (Capitolo VIII).

## 2. *Le fonti che regolano i fondi comuni di investimento*

Il Testo Unico della Finanza<sup>1</sup>, all'art. 1, comma 1, lett. k), definisce l'OICR, ovvero sia l'Organismo di Investimento Collettivo del Risparmio, nei seguenti termini:

l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi da consumatori, a valere sul patrimonio dell'OICR, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata<sup>2</sup>.

Lo scopo delle gestione di questo capitale, raccolto presso il pubblico e gestito in monte secondo tale politica di investimento, è quello di produrre e ripartire tra i partecipanti un rendimento aggregato<sup>3</sup>.

Gli OICR, che sono organismi finanziari per le caratteristiche della gestione e non necessariamente per i beni che hanno a oggetto (es. immobili)<sup>4</sup>, si suddividono in due forme: gli organismi di investimento

<sup>1</sup> Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

<sup>2</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR), Fattispecie e forme*, Milano, 2017, 37, evidenzia come tale definizione si rifaccia a quella contenuta nella Direttiva n. 2011/61/UE (cd. AIFMD).

<sup>3</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 31 ss.

Secondo il Regolamento OICR di Bankitalia del 19 gennaio 2015, Tit. 1, Cap. II, Sez. II, Par. 1, «l'OICR ha la finalità, attraverso la gestione del suo patrimonio e dei relativi rischi, di generare un rendimento per gli investitori derivante dall'acquisto, dalla detenzione o dalla vendita delle attività in cui è investito il patrimonio stesso e dalle operazioni volte a ottimizzare o incrementare il valore delle suddette attività».

<sup>4</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., X.

aventi natura societaria (SICAF e SICAV); i fondi comuni d'investimento<sup>5</sup>. Entrambe queste forme ritrovano il proprio «archetipo»<sup>6</sup> nel *trust*.

La classificazione di questi organismi si articola essenzialmente attorno alla *summa divisio* tra organismi statutari e contrattuali<sup>7</sup>. Nella prima categoria, gli organismi costituiscono un rapporto negoziale tra gestore e partecipanti<sup>8</sup>, rapporto che, in quanto tale, è privo di personalità giuridica; nella seconda, invece, si ha un soggetto giuridico avente forma societaria (in particolare di società per azioni) e dunque statutaria<sup>9</sup>, benché la disciplina comune del tipo societario sia profondamente modificata dalle disposizioni del TUF (es. capitale variabile)<sup>10</sup>. Non sono invece previste altre forme di organizzazione dell'attività finanziaria degli organismi, conosciute da altri ordinamenti, quali il *trust* e le *partnership*<sup>11</sup>. È stato posto in luce dalla dottrina un fenomeno di reciproca contaminazione tra i due tipi di OICR<sup>12</sup>, al punto che taluno si

<sup>5</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., X.

<sup>6</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., X, il quale, in nota 3, richiama D. ZANCHI, *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2015, e, all'interno di quell'opera, F. MAIMERI, *Trust e operatività bancaria e Trust in ambito societario*.

In questo senso anche: G.E. COLOMBO, *L'introduzione dell'investment trust in Italia*, in AA.VV., *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967, 286 ss.; P.G. JAEGER, *Sui fondi comuni di investimento*, in *Riv. soc.*, 1969, 1142; G. CASTELLANO, *Per una qualificazione giuridica dei fondi d'investimento mobiliare*, in *Riv. soc.* 1969, 1150 ss.; L. BULLO, *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2545 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6 del TUF: quale modello di segregazione patrimoniale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 535.

Considera il *trust* come la «matrice culturale del fondo comune di investimento» la sentenza del Tribunale di Milano, 29 giugno 2012, con nota di G. PESCATORE, *Titolarietà di un fondo comune di investimento immobiliare e sua (non) rivendicabilità*, in *Il fallimentarista.it*, 22 giugno 2012.

<sup>7</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., XI-XII.

<sup>8</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., XI-XII.

<sup>9</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., XI-XII.

<sup>10</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., XI-XII.

<sup>11</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., XI-XII.

<sup>12</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., XIV-XV, il quale evidenzia come gli OICR contrattuali siano modulati ispirandosi al modello statutario. La reciproca influenza si manifesta nella profonda divergenza di ciascuno di questi modelli rispetto alla disciplina di diritto comune, divergenza che opera per

è chiesto se abbia senso mantenere questa distinzione di base<sup>13</sup>.

La disciplina contenuta nel TUF rinviene la propria fonte nel diritto dell'Unione Europea e in particolare nella Direttiva 85/611/CEE (cd. Direttiva UCITS<sup>14</sup>) e nella Direttiva 2011/61/UE, concernente gli OICR "alternativi" (cd. Direttiva AIFM o AIFMD)<sup>15</sup>.

L'ambito di operatività di questa seconda direttiva è definito in negativo, essendo limitato ai FIA (Fondi di Investimento Alternativi), ossia ai fondi che non siano amministrati dai soggetti che gestiscono organismi di investimento sottoposti alla Direttiva del 1985<sup>16</sup>.

Soprattutto in forza di questa seconda direttiva, la disciplina degli OICR si incentra più sui soggetti gestori che sui prodotti oggetto della gestione. La seconda Direttiva, inoltre, emanata in seguito alla crisi finanziaria scoppiata nel 2008, non è incentrata sulla struttura degli OICR o sui prodotti negoziati, ma sui profili funzionali e perciò economici della gestione, così da poter attraversare tutte le diverse forme giuridiche assunte dagli organismi di investimento collettivo<sup>17</sup>.

La maggior pervasività e specificità della Direttiva UCITS fa sì che la maggior parte dei fondi sia sottoposta alla Direttiva AIFM. I fondi sono quindi prevalentemente qualificati come «FIA»<sup>18</sup>.

Ai sensi della lett. j) dell'art. 1 TUF, il fondo comune di investimento è «l'OICR costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore» e, per la precisione, da una società di gestione del risparmio (SGR).

---

il conseguimento di finalità comuni a entrambi, costituite *in primis* dalla tutela degli investitori e del mercato. L'impostazione prettamente funzionale della disciplina non può allora non far convergere i profili strutturali dei due tipi.

<sup>13</sup> S. ALVARO, *Risparmio gestito e personalità giuridica nei mercati finanziari: alcune peculiari interazioni tra fondi comuni e società quotate nella prassi applicativa*, in *Rivista Bancaria*, 2017, 81 ss.

<sup>14</sup> *Undertaking for Collective Investment in Transferable Securities*, tradotta nell'acronimo OICVM: Organismo di Investimento Collettivo in Valori Mobiliari.

<sup>15</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 1, il quale dà conto di come la prima direttiva sia stata oggetto di quattro aggiornamenti, l'ultimo dei quali è intervenuto con la Direttiva 2014/91/UE.

<sup>16</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 9, che esprime le proprie perplessità in merito a tale tecnica normativa.

<sup>17</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 6 ss.

<sup>18</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 113-114.

In forza delle lett. n) e o) dell'art. 1 TUF, la SGR è una società per azioni con sede legale e direzione generale in Italia, autorizzata a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio, il quale ricomprende sia la gestione dell'OICR, sia la gestione del rischio<sup>19</sup>.

La SGR può, inoltre, svolgere le seguenti attività: gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi; amministrazione di quote di OICR di propria istituzione; istituzione e gestione di fondi pensione; consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari; attività connesse e strumentali indicate dal Testo Unico.

La disciplina di dettaglio dei fondi comuni d'investimento, che sarà esaminata *funditus* nel prosieguo, è contenuta nell'art. 36 TUF, a norma del quale il fondo è gestito dalla SGR che lo ha istituito o da quella subentrata nella gestione, in conformità alla Legge e al regolamento del fondo medesimo.

Si distingue, pertanto, tra la funzione di promozione e quella di gestione. La SGR di promozione istituisce il fondo, lo organizza e cura i rapporti con i partecipanti; la SGR di gestione effettua le scelte di investimento e disinvestimento. Tali scelte sono affidate

---

<sup>19</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 32, ove riferimenti anche alle Linee Guida dell'ESMA a tale riguardo.

Si veda il Regolamento OICR della Banca d'Italia, Titolo I, Sezione II, Par. 1: «la gestione collettiva del risparmio si caratterizza, in particolare, per la sussistenza di tre elementi tra loro strettamente connessi: i) la gestione di un patrimonio; ii) la gestione dei rischi di tale patrimonio; iii) il carattere collettivo dell'attività, caratterizzata dalla gestione di OICR. Sotto il primo profilo, il servizio di gestione si connota principalmente per la finalità di valorizzare un dato patrimonio, perseguita mediante il compimento di una serie di atti unitariamente volti al conseguimento di un risultato utile dall'attività di investimento e disinvestimento dei beni in cui è investito il patrimonio. Le modalità attraverso cui il gestore svolge questa attività si conformano alle previsioni normative e contrattuali e sono formalizzate, sul piano interno, nel processo di gestione. Per quanto attiene alla gestione dei rischi, al gestore è richiesto di valutare, prima dell'investimento e nel continuo, la coerenza delle singole operazioni e del portafoglio nel suo complesso con gli obiettivi della gestione e con i limiti prudenziali previsti dalla presente disciplina o dal regolamento o statuto dell'OICR. A tal fine, la presente normativa richiede, tra l'altro, ai gestori di dotarsi di un sistema di gestione dei rischi adeguato (cfr. Titolo V, Capitolo III, Sezione I, par. 5)».

alla discrezionalità del gestore<sup>20</sup>. Le due funzioni, di promozione e di gestione, possono coesistere in capo a un'unica SGR<sup>21</sup>.

Il regolamento del fondo, ai sensi dell'art. 37 TUF, determina le caratteristiche del fondo stesso e il suo funzionamento, identifica il gestore e il depositario e definisce sia i compiti di tali soggetti, sia i rapporti con gli investitori partecipanti. Si prevede, inoltre, che il regolamento stabilisca: le caratteristiche e i criteri di funzionamento del fondo; la denominazione, la durata, le modalità di partecipazione; i termini e le modalità di emissione ed estinzione dei certificati, di sottoscrizione, di rimborso e di liquidazione; gli organi competenti per la scelta degli investimenti; il tipo di beni e strumenti finanziari oggetto di investimento; le spese e le modalità di pubblicizzazione del valore.

Il regolamento è predisposto dalla SGR promotrice secondo criteri generali di redazione che la Banca d'Italia determina dopo aver consultato la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. Il regolamento, così redatto, è sottoposto all'approvazione della stessa CONSOB.

La partecipazione dell'investitore al fondo si perfeziona con la sua adesione al regolamento<sup>22</sup> ed è costituita da una quota. L'adesione può essere sollecitata, mentre è estranea alla definizione di OICR l'ipotesi in cui gli unici partecipanti all'organismo siano coloro che lo hanno istituito<sup>23</sup>. La quota è rappresentata da un certificato, il quale può essere nominativo, al portatore o cumulativo<sup>24</sup>. Il certificato resta custodito presso la banca depositaria. La vendita delle quote da

---

<sup>20</sup> Il principio di discrezionalità connota infatti l'attività di gestione collettiva che, in quanto tale, è effettuata in monte, secondo una politica predeterminata, nell'interesse dei partecipanti e in autonomia dai medesimi: F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 59.

<sup>21</sup> Tra i molti, v. S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, 145-146.

<sup>22</sup> S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 149. In senso contrario L. SEMINARA, *Natura dei fondi comuni d'investimento e responsabilità della SGR*, in nota a Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2016, 1115 ss.

<sup>23</sup> È il caso del *club deal* e dei *family offices*, sui quali si rinvia a F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 62, che richiama, in nota 133, le Risposte della Banca d'Italia al documento di consultazione relativo al Regolamento OICR.

<sup>24</sup> Il certificato cumulativo rappresenta le quote di una pluralità di sottoscrittori.

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

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

Centrale, poi, è la disposizione dell'art. 36, comma 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.

La sussunzione nel *genus* degli OICR fa dei fondi comuni un fenomeno di gestione collettiva del risparmio, che si distingue dalla gestione di portafogli, soggetta alla disciplina dei servizi di investimento<sup>25</sup>, per il fatto di svolgersi «in monte», ossia non limitatamente all'investimento di un singolo partecipante.

Proprio per tale motivo, si prevede l'autonomia gestionale della SGR, la quale non può ricevere alcuna istruzione dai partecipanti e deve attenersi esclusivamente alla predeterminata politica di investimento<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 39.

<sup>26</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 40, il quale, a p. 44, nonostante tale autonomia sia prevista nella stessa definizione dell'OICR espressa dal TUF, chiarisce, a mio modo di vedere condivisibilmente, che l'eventuale assenza



Ulteriore differenza rispetto alla gestione di portafogli è quella per cui il fondo comune può avere a oggetto, ai sensi dell'art. 4 del D.M. 24 maggio 1999, n. 228<sup>27</sup>: strumenti finanziari (quotati o non); depositi bancari di denaro; beni mobili; beni immobili; diritti reali immobiliari; partecipazioni in società immobiliari; parti di altri fondi immobiliari, anche esteri; crediti e titoli rappresentativi di crediti; altri beni per i quali esiste un mercato e che abbiano un valore determinabile con certezza con una periodicità almeno semestrale.

Ai sensi dell'art. 39 TUF:

il Ministro dell'economia e delle finanze, con regolamento adottato sentite la Banca d'Italia e la CONSOB, determina i criteri generali cui devono uniformarsi gli OICR italiani con riguardo: a) all'oggetto dell'investimento; b) alle categorie di investitori cui è destinata l'offerta delle quote o azioni; c) alla forma aperta o chiusa e alle modalità di partecipazione, con particolare riferimento alla frequenza di emissione e rimborso

---

in concreto di tale autonomia influisce, non sulla fattispecie – ciò che renderebbe inapplicabile la normativa del TUF – bensì sulla disciplina, innescando sanzioni amministrative e civili. L'Autore, inoltre, a p. 46, sottolinea che il principio di autonomia è modulabile, giacché è più rigido con riguardo agli OICR destinati al pubblico indistinto, mentre è più debole relativamente agli organismi chiusi, specialmente qualora questi siano riservati a investitori professionali.

Secondo il Regolamento OICR di Bankitalia, Titolo I, Sezione II, par. 1, «l'attività di gestione collettiva è svolta dal gestore in autonomia dai partecipanti agli OICR; i partecipanti, pertanto, non dispongono di poteri connessi alla gestione operativa dell'OICR e delle attività in portafoglio in conformità alla politica di investimento, fermo restando l'esercizio dei diritti riconosciuti agli investitori in qualità di azionisti degli OICR in forma societaria. La responsabilità delle attività di gestione è attribuita, quindi, in via esclusiva al gestore dell'OICR». Le Linee Guida dell'ESMA confermano tale assunto, limitando espressamente la discrezionalità del gestore alle questioni operative. Tali non sono le decisioni in ordine alle strategie di investimento e di gestione del rischio, nelle quali quindi il regolamento del fondo potrebbe anche prevedere un'ingerenza ad opera dei partecipanti.

Benché il concetto di «gestione operativa» non sia definito, è sicuramente tale – cosicché va radicalmente esclusa qualsiasi ingerenza dei partecipanti – lo *stock picking*. F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 66.

<sup>27</sup> Il citato decreto ministeriale è stato modificato dal D.M. 31 gennaio 2003, n. 47 e dal D.M. 5 ottobre 2010, n. 197. Va ricordato, poi, il Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 5 marzo 2015, n. 30, attuativo dell'art. 39 TUF.

delle quote, all'eventuale ammontare minimo delle sottoscrizioni e alle procedure da seguire; d) all'eventuale durata minima e massima; e) alle condizioni e alle modalità con le quali devono essere effettuati gli acquisti o i conferimenti dei beni, sia in fase costitutiva che in fase successiva alla costituzione del fondo.

2. Il regolamento previsto dal comma 1 stabilisce inoltre: a) le categorie di investitori non professionali nei cui confronti è possibile commercializzare quote di FIA italiani riservati, secondo le modalità previste dall'articolo 43; b) le scritture contabili, il rendiconto e i prospetti periodici che le società di gestione del risparmio redigono, in aggiunta a quanto prescritto per le imprese commerciali, nonché gli obblighi di pubblicità del rendiconto e dei prospetti periodici; c) le ipotesi nelle quali la società di gestione del risparmio deve chiedere l'ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato delle quote dei fondi; d) i requisiti e i compensi degli esperti indipendenti indicati nell'articolo 6, comma 1, lettera c), numero 5).

Il potere regolamentare attribuito al Ministro incontra limiti diversi a seconda che si tratti di OICR cd. «armonizzati» o «comunitari», regolati dalla Direttiva UCITS, oppure di OICR alternativi, retti dalla AIFM. La prima Direttiva è infatti maggiormente dettagliata<sup>28</sup>.

Il Ministro ha esercitato questo potere emanando il D.M. 5 marzo 2015, n. 30.

Dal punto di vista dell'investitore, il fondo comune consente, rispetto alla gestione di portafogli, una maggiore diversificazione del rischio<sup>29</sup>.

La banca depositaria tutela gli investitori garantendo l'autonomia patrimoniale del fondo. La banca, in forza di una convenzione stipulata con la SGR, custodisce gli strumenti finanziari e le disponibilità liquide del fondo, in modo da sottrarne la materiale detenzione alla SGR<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 103.

<sup>29</sup> S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 143. Vedi però anche F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 34, secondo cui, oltre a tale tradizionale funzione, i fondi negli ultimi anni hanno consentito anche il perseguimento di obiettivi più spiccatamente speculativi.

<sup>30</sup> Le Direttive UCITS e AIFM attribuiscono infatti alla banca il dovere di *stewardship*, ossia di «custodia», espressione ben più impegnativa del termine «deposito» utilizzato dal Legislatore italiano.

Il citato D.M. 24 maggio 1999, n. 228 distingue i fondi comuni secondo l'oggetto, le categorie di investitori, le modalità di partecipazione, l'eventuale durata minima e massima dei fondi in relazione al tipo di investimento, i beni conferiti e le modalità con le quali devono essere effettuati gli acquisti<sup>31</sup>. I tipi di fondo così individuati sono definibili nei seguenti modi: aperti (armonizzati e non)<sup>32</sup>; chiusi<sup>33</sup>; semi-chiu-

<sup>31</sup> S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 151.

<sup>32</sup> Nei fondi aperti i partecipanti possono sottoscrivere le quote e ottenerne il rimborso, secondo le modalità e con le frequenze previste dal regolamento, dallo statuto e dalla documentazione d'offerta dell'OICR.

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

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

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

<sup>33</sup> La lett. k-ter) dell'art. 1 TUF definisce gli OICR chiusi in negativo: «l'OICR diverso da quello aperto». Nei fondi chiusi, pertanto, il diritto al rimborso non sussiste a cadenze predeterminate, ma coincide col termine di durata del fondo. Il D.M. 30/2015 consente tuttavia alla SGR di procedere ad un rimborso anticipato in presenza di determinate circostanze, di propria iniziativa o su richiesta dei partecipanti.

L'istituzione di un fondo chiuso è necessaria quando i beni che vi saranno inclusi sono di difficile smobilizzo, come accade tipicamente per gli immobili. In questi casi, infatti, ove fosse adottata la forma del fondo aperto, le richieste di rimborso potrebbero compromettere l'equilibrio finanziario della gestione. Il rimborso sarebbe immediatamente esigibile, ma la liquidità necessaria per farvi fronte, stante la natura immobiliare dei beni e la conseguente tempistica per la loro monetizzazione, potrebbe non essere prontamente reperibile.

si<sup>34</sup>; mobiliari; immobiliari<sup>35</sup>; garantiti<sup>36</sup>; riservati<sup>37</sup>; fondi di fondi<sup>38</sup>.

L'art. 57 TUF, rubricato alla «liquidazione coatta amministrativa», stabilisce che il fondo comune d'investimento è sottoponibile a tale procedura.

---

<sup>34</sup> In questo tipo di fondi è possibile chiedere il rimborso delle quote, oltre che alle scadenze predeterminate, anche in corrispondenza di nuove emissioni.

<sup>35</sup> È il fondo che investe in beni immobili, diritti reali immobiliari e partecipazioni in società di natura immobiliare. Secondo la normativa italiana e a differenza di quella europea, esso può essere istituito soltanto in forma chiusa. La società di gestione deve acquisire una quota pari al 2% del patrimonio del fondo stesso.

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

<sup>36</sup> Sono detti così i fondi che *garantiscono* ai partecipanti la restituzione del capitale investito o un rendimento minimo.

<sup>37</sup> La possibilità di sottoscrivere le quote di questi fondi è *riservata* agli «investitori qualificati» indicati dall'art. 1, lett. h), del D.M. 24 maggio 1999, n. 228: le imprese di investimento, le banche, gli agenti di cambio, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile, i fondi pensione, le imprese di assicurazione, le società finanziarie capogruppo di gruppi bancari e i soggetti iscritti negli elenchi previsti dagli artt. 106, 107 e 113 del Testo Unico Bancario (intermediari finanziari); i soggetti esteri autorizzati a svolgere, in forza della normativa in vigore nel proprio Paese di origine, le medesime attività svolte dagli intermediari finanziari; le fondazioni bancarie; le persone fisiche e giuridiche e gli altri enti in possesso di specifica competenza ed esperienza in operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dalla persona fisica o dal legale rappresentante della persona giuridica o dell'ente.

<sup>38</sup> Questi fondi investono in quote di altri fondi comuni e SICAV dotati di una politica di investimento compatibile con il proprio regolamento, cosicché è ad esempio vietato l'acquisto di quote di fondi chiusi da parte di fondi aperti. Gli OICR oggetto di investimento devono essere OICVM (fondi armonizzati) oppure OICR aperti di diritto italiano il cui patrimonio non risulti a sua volta investito, in misura superiore al 10%, in quote di altri OICR (cd. «cascata di fondi»).

Secondo il comma 3 *bis*,

se è disposta la liquidazione coatta di una società di gestione del risparmio, i commissari liquidatori provvedono alla liquidazione o alla cessione dei fondi da questa gestiti e dei relativi comparti, esercitando a tali fini i poteri di amministrazione degli stessi. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 83, 86, ad eccezione dei commi 6 e 7, 87, commi 2 e 3, 88, 89, 90, 91 ad eccezione dei commi 1-*bis*, 2, 3 e 11-*bis*, 92, 92-*bis*, 93 e 94 del T.U. bancario, nonché i commi 4 e 5 del presente articolo. I partecipanti ai fondi o ai comparti hanno diritto esclusivamente alla ripartizione del residuo netto di liquidazione in misura proporzionale alle rispettive quote di partecipazione; dalla data dell'emanazione del decreto di liquidazione coatta amministrativa cessano le funzioni degli organi del fondo.

I commissari, trascorso il termine previsto dall'art. 86, comma 5 TUB e non oltre i trenta giorni successivi, sentiti i cessati amministratori, depositano presso la Banca d'Italia e, a disposizione degli aventi diritto, nella cancelleria del tribunale del luogo dove la SIM, la società di gestione del risparmio, la SICAV e la SICAF hanno la sede legale, gli elenchi dei creditori ammessi, indicando i diritti di prelazione e l'ordine degli stessi, dei titolari dei diritti indicati nel comma 2 del predetto articolo, nonché dei soggetti appartenenti alle medesime categorie cui è stato negato il riconoscimento delle pretese. I clienti aventi diritto alla restituzione degli strumenti finanziari e del denaro relativi ai servizi e alle attività previsti dal presente decreto sono iscritti in apposita e separata sezione dello stato passivo. Queste disposizioni, contenute nel comma 4 dell'art. 57, si applicano in luogo dell'art. 86, commi 6 e 7 TUB.

Ai sensi dell'art. 57, comma 5 TUF, possono proporre opposizione allo stato passivo, relativamente alla propria posizione e contro il riconoscimento dei diritti in favore dei soggetti inclusi negli elenchi suindicati, i soggetti le cui pretese non siano state accolte, in tutto o in parte, entro 15 giorni dal ricevimento della comunicazione prevista dall'art. 86, comma 8 TUB e i soggetti ammessi entro lo stesso termine decorrente dalla data di pubblicazione dell'avviso previsto dal medesimo comma 8.

Con specifico riguardo ai fondi, il comma 6 *bis* stabilisce che,

qualora le attività del fondo o del comparto non consentano di soddisfare le obbligazioni dello stesso e non sussistano ragionevoli prospettive che tale situazione possa essere superata, uno o più creditori o la SGR possono chiedere la liquidazione del fondo al tribunale del luogo in cui la SGR ha la sede legale. Il tribunale, sentiti la Banca d'Italia e i rappresentanti legali della SGR, quando ritenga fondato il pericolo di pregiudizio, dispone la liquidazione del fondo con sentenza deliberata in camera di consiglio. In tale ipotesi, la Banca d'Italia nomina uno o più liquidatori che provvedono secondo quanto disposto dal comma 3 *bis*; possono essere nominati liquidatori anche SGR o enti. Il provvedimento della Banca d'Italia è pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Si applica ai liquidatori, in quanto compatibile, l'articolo 84, ad eccezione dei commi 2 e 5, del TU bancario. Se la SGR che gestisce il fondo è successivamente sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, i commissari liquidatori della SGR assumono l'amministrazione del fondo sulla base di una situazione dei conti predisposta dai liquidatori del fondo stesso. Quando il fondo o il comparto sia privo di risorse liquide o queste siano stimate dai liquidatori insufficienti a soddisfare i crediti in prededuzione fino alla chiusura della liquidazione, i liquidatori pagano, con priorità rispetto a tutti gli altri crediti prededucibili, le spese necessarie per il funzionamento della liquidazione, le indennità e le spese per lo svolgimento dell'incarico dei liquidatori, le spese per l'accertamento del passivo, per la conservazione e il realizzo dell'attivo, per l'esecuzione di riparti e restituzioni e per la chiusura della liquidazione stessa, utilizzando dapprima le risorse liquide eventualmente disponibili della liquidazione, e poi le somme messe a disposizione dalla società di gestione del risparmio che gestisce il fondo o il comparto, somme che restano a carico della società stessa. Non si applica l'articolo 92 *bis*, commi 1, 2, 3, 4 e 5, del Testo unico bancario; il comma 6 del medesimo articolo si applica nel caso in cui non vi siano prospettive di utile realizzo dei beni del fondo o del comparto<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Su tali disposizioni, v., in particolare, F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 168 ss.

L'art. 57 prevede quindi la possibilità che la procedura di liquidazione coatta amministrativa concerna il fondo comune o il singolo comparto e non la SGR chiamata a gestirlo<sup>40</sup>.

Dal punto di vista della gestione economico-finanziaria, i fondi comuni sono disciplinati, oltre che dal Testo Unico della Finanza, anche dal Regolamento Intermediari (Regolamento Consob del 29 ottobre 2007, n. 16190), dal Regolamento congiunto di Banca d'Italia e Consob «in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio» del 29 ottobre 2007, nonché dal Regolamento Bankitalia «sulla gestione collettiva del risparmio» del 19 gennaio 2015 (cd. Regolamento OICR), dal Regolamento Bankitalia del 23 dicembre 2016 e dal Regolamento Intermediari adottato da Consob con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018.

Ripercorsa la disciplina dei fondi comuni, occorre ora dare conto delle diverse teorie che si sono sviluppate intorno al loro inquadramento.

### *3. I diversi inquadramenti sistematici della natura giuridica del fondo. La tesi della comunione ordinaria*

Secondo la teoria della comunione ordinaria, sviluppatasi prima dell'entrata in vigore del Testo Unico della Finanza<sup>41</sup>, gli investitori, aderendo al fondo, non trasferirebbero alla SGR la titolarità dei diritti «conferiti» nel fondo, ma esclusivamente il potere di disporre.

---

<sup>40</sup> Per un'applicazione di tale disposizione, v. Tribunale di Milano, 5 dicembre 2016, con nota di L. GAFFURI, *Insolvenza del comparto di un fondo comune di investimento*, in *IlSocietario.it*, 29 Maggio 2017, il quale, in merito all'applicabilità delle procedure concorsuali ai fondi, ricorda le opere di S. BONFATTI, *La disciplina particolare della liquidazione coatta amministrativa delle SGR. La liquidazione giudiziale del fondo o del comparto insolvente*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2013, 7 ss. e P. CARRIÈRE, *Fondi comuni di investimento tra liquidazione giudiziale e soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2014, 621 ss.

<sup>41</sup> Si tratta infatti dell'orientamento più risalente: T. ASCARELLI, *L'Investment trust*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1954, I, 178 ss.; B. LIBONATI,  *Holding e investment trust*, Giuffrè, 1959, 627.

Ad avviso dei sostenitori di tale tesi, soltanto se si ricostruisse il fenomeno in questi termini gli investitori correrebbero esclusivamente il rischio connesso all'investimento dei titoli e non anche quello legato alle sorti del gestore<sup>42</sup>; quest'ultimo sarebbe soltanto un rappresentante dei partecipanti<sup>43</sup>.

A tale teoria, abbandonata ormai da tempo, è stato rimproverato il ricorso a uno schema dominicale inidoneo a rappresentare la situazione economica degli investitori<sup>44</sup>. Essi si trovano in un rapporto di partecipazione, ricostruibile in termini di «utilità-rischio» e non di diritto assoluto o relativo<sup>45</sup>.

Queste critiche sono confermate dagli artt. 1, comma 1, lett. k) e 36, comma 3 TUF, i quali stabiliscono che la SGR agisce nell'interesse dei partecipanti, ma in piena autonomia da costoro. I partecipanti, di conseguenza, non possono ingerirsi nella gestione del fondo e non vantano perciò alcun potere sui diritti conferiti. Ciò è sufficiente per precludere la sussunzione della posizione dei partecipanti nella fattispecie disciplinata dagli artt. 1100 ss. c.c.

---

<sup>42</sup> Così T. ASCARELLI, *Op. loc. ult. cit.*

<sup>43</sup> In questo senso T. ASCARELLI, *Op. loc. ult. cit.*

<sup>44</sup> P. BARBANTI SILVA, *Alcune riflessioni in merito alla natura dei fondi comuni d'investimento*, consultabile nel sito internet [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 6, e A. PAOLINI, *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 90-2012/I, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it), 4, consultati il 12 ottobre 2018.

Propendono per la sussistenza di un diritto di credito degli investitori: C. GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. Comm.*, 1146 s., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605; F. PACILEO, *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica, mentre la società di gestione del risparmio ha la titolarità del fondo*, consultabile in [www.dircomm.it](http://www.dircomm.it), in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, consultato in data 12 ottobre 2018.

<sup>45</sup> Così P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Riv. Soc.*, 2012, 751 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

La critica alla teoria della comunione è stata svolta anche da Cass., sez. III, 14 luglio 2003, n. 10990, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 7-8, nonché, nella giurisprudenza di merito, dal Tribunale di Milano, 29 marzo 2012. Quest'ultimo provvedimento è consultabile all'indirizzo [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), consultato in data 12 ottobre 2018.



4. *Segue: la tesi della soggettività del fondo. Il Consiglio di Stato e la prassi notarile*

La tesi della soggettività è stata sostenuta dal Consiglio di Stato<sup>46</sup>. La titolarità dei beni inclusi nei fondi spetta a questi ultimi quali autonomi centri di interessi.

Si è affermato che il fondo integrerebbe un «centro d'imputazione giuridica»<sup>47</sup> o un «centro d'imputazione soggettiva»<sup>48</sup>.

La prassi notarile ha costantemente seguito l'insegnamento del Consiglio di Stato e ne ha tratto il corollario per cui la trascrizione delle alienazioni andrebbe effettuata a favore del fondo comune, così da rendere opponibile ai terzi l'effetto traslativo e garantire la separazione patrimoniale sancita dall'art. 36, comma 4 TUF<sup>49</sup>. Proprio la necessità di assicurare tale separazione, funzionale alla tutela dei partecipanti, aveva spinto il Consiglio di Stato a ritenere che la trascrizione dovesse avvenire a favore dei fondi, il che, a sua volta, ne avrebbe implicato la soggettività<sup>50</sup>.

La denominazione della SGR dovrebbe essere indicata nel quadro D, cosicché la sua sostituzione, deliberata *ex art.* 37, comma 3

<sup>46</sup> Consiglio di Stato, sez. III, parere 11 maggio 1999, n. 608, in *Cons. St.*, 1999, 2216 e in *Foro Amm.* 2000, 2225.

<sup>47</sup> R. COSTI, *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1968, 269 ss.

<sup>48</sup> F. ALCARO, *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, 105 ss.

Il Tribunale di Rovigo, sezione distaccata di Adria, 21 ottobre 2010, in *www.altalex.com*, consultato in data 6 novembre 2018, ha sostenuto che il fondo comune sarebbe un «soggetto autonomo».

<sup>49</sup> Sostengono la correttezza di questa prassi: P. BARBANTI SILVA, *op. cit.*, 4; A. PAOLINI, *op. cit., passim*; C. GHIGI, *op. cit., passim*; F. PACILEO, *op. cit., passim*; R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva di beni immobili nel sistema dei fondi comuni d'investimento*, in *Riv. Notariato* 2014, 1, 1 ss., consultato nella banca dati *www.dejure.it*.

<sup>50</sup> In questo senso: F. PACILEO, *op. cit.*; M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio della soggettività dei fondi di investimento immobiliare: evoluzione giurisprudenziale e riflessi operativi*, in *www.sfogliami.it*, 17, consultato il 12 ottobre 2018.

TUF<sup>51</sup>, sarebbe oggetto di un'annotazione<sup>52</sup>. La scissione e la fusione di fondi, invece, sarebbero pubblicizzate mediante una voltura, secondo le modalità stabilite per il mutamento di denominazione e per le operazioni straordinarie delle società<sup>53</sup>.

Questo sistema consente di rilevare rapidamente l'esistenza del fondo e i diritti che vi sono inclusi, evitando, inoltre, di dover procedere a una voltura ove a essere coinvolta in una fusione o in una scissione sia la SGR<sup>54</sup>.

#### 5. *La giurisprudenza di legittimità: il fondo è un patrimonio separato della SGR*

Il panorama interpretativo e applicativo sinora descritto è stato scosso nel 2010, quando la Corte di Cassazione è stata chiamata a decidere se il giudice delegato al fallimento avesse operato correttamente nel pronunciare un provvedimento con cui, all'esito di una vendita all'incanto, aveva trasferito la proprietà di un immobile a una SGR, invece che al fondo comune dalla stessa gestito<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> «Il regolamento dei fondi chiusi diversi dai FIA riservati prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore. L'assemblea è convocata dal consiglio di amministrazione della società di gestione anche su richiesta dei partecipanti che rappresentano almeno il 5 per cento del valore delle quote in circolazione e le deliberazioni sono approvate con il voto favorevole della maggioranza assoluta delle quote degli intervenuti all'assemblea. Il *quorum* deliberativo non può in ogni caso essere inferiore al 10 per cento del valore di tutte le quote in circolazione».

<sup>52</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 14; R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva, op. loc. ult. cit.*

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

<sup>53</sup> Così A. PAOLINI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>54</sup> R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva, cit.*

<sup>55</sup> La sentenza cui mi riferisco nel testo è Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, con note di: G. MILIZIA, *L'immobile acquistato da una finanziaria e confluito in un fondo di investimento istituito dalla stessa deve essere intestato alla società che lo gestisce poiché rientra nel suo patrimonio separato*, in *Dir. giust.*, 2010, 429 ss.; F.R. FANTETTI, *Separazione e titolarità del patrimonio nei fondi comuni di investimento*, in *Resp. civ.*, 2011, 2, 124 ss.; A. LAMORGESE, *I fondi comuni d'investimento non hanno soggettività giuridica autonoma*, in

Secondo la Suprema Corte, il fondo comune d'investimento non sarebbe un soggetto, bensì un patrimonio separato della SGR, la quale ne sarebbe quindi titolare.

L'argomentazione della Corte, arricchita dai provvedimenti che hanno successivamente aderito a questa corrente<sup>56</sup>, è così riassu-

---

*Contratti*, 2011, 1, 27 ss.; N. BRUTTI, *Fondo comune di investimento: oggetto o soggetto di diritto*, in *Società*, 2011, 1, 46 ss.; F. PACILEO, *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica*, cit.; A. SCANO, *Fondi immobiliari e imputazioni degli effetti dell'attività di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1133 ss., consultato in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); C. GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, cit., 1146 ss.; R. COLAIORI, *Pubblicità del vincolo e articolazione patrimoniale: questioni a margine di una recente sentenza in tema di fondi comuni di investimento*, in *Foro pad.*, 2012, 2, 178 ss.; P. CALICETI, *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 219 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo*, cit., 751 ss.; G. BARALIS, *Fondi immobiliari e SGR: problemi di pubblicità immobiliare*, in *Riv. not.*, 2012, I, 1249 ss., consultato in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>56</sup> La Suprema Corte ha confermato tale orientamento: Cass., 17 ottobre 2012, n. 17793, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 10, 1220; Cass. 17 ottobre 2012, n. 17812, in [www.juriswiki.it](http://www.juriswiki.it), consultato il 6 novembre 2018; Cass. 20 maggio 2013, n. 12187, in *Diritto & Giustizia* 23 maggio 2013, con nota di A. TERLIZZI, *I fondi comuni d'investimento non hanno autonoma soggettività giuridica*; Cass. 19 giugno 2013, n. 15319, cit.; Cass. 8 maggio, 2019, n. 12062, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Per le pronunce di merito che hanno accolto tale impostazione: Tribunale di Varese, 21 novembre 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), consultato il 12 ottobre 2018; Tribunale di Milano, 29 marzo 2012, cit.; Tribunale di Milano, 2 luglio 2013 (inedita); Tribunale di Milano, 3 ottobre 2013, n. 12211, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it), consultato il 12 ottobre 2018; Tribunale di Milano, 24 ottobre 2014, in *Il societario.it*, 22 ottobre 2015, con nota di Fainelli; Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, 89 ss., con nota di L. IACUMIN, *L'azione sociale di responsabilità esperita dalla SGR a tutela del fondo gestito*, in *Società*, 2015, 1132 ss., con nota di P. GIUDICI, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori di SGR – il commento*, in *Giur. Comm.*, fasc.3, 2016, 619 ss., con nota di S. CORSO, *Azione di responsabilità per danni al fondo comune di investimento e legittimazione ad agire*, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2016, 1115 ss., con nota di L. SEMINARA, *Natura dei fondi comuni d'investimento e responsabilità della SGR*; Tribunale di Roma, 10 giugno 2015, n. 12674, in *Redazione Giuffrè* 2015; Tribunale di Mantova, 19 maggio 2016, in *Redazione Giuffrè* 2016; Tribunale di Bari, 21 marzo 2017, n. 1532, in *Redazione Giuffrè* 2017.

Il Tribunale di Rovigo, sezione distaccata di Adria, 21 ottobre 2010, cit. ha invece affermato che il fondo sarebbe un soggetto giuridico, così ponendosi nel solco della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della prassi notarile.

mibile. Vige, nell'ordinamento, il principio per cui ogni situazione giuridica deve appartenere a un titolare<sup>57</sup>, il quale deve essere un soggetto giuridico<sup>58</sup>. La soggettività giuridica può essere ascritta solamente alle entità dotate di una minima struttura organizzativa che permetta loro di formare e manifestare una volontà all'esterno. L'assemblea dei partecipanti, prevista dall'art. 37, comma 3 TUF, potendo deliberare la sola sostituzione della SGR, non integra questo requisito<sup>59</sup>. Il fondo non è quindi un soggetto giuridico e, conseguentemente, non è il titolare delle situazioni giuridiche che ne costituiscono il patrimonio<sup>60</sup>. Gli unici altri soggetti ipotizzabili quali titolari delle situazioni giuridiche che compongono il fondo sono la SGR e gli investitori partecipanti; il patrimonio deve essere quindi imputato all'una o agli altri. Poiché, ai sensi degli artt. 1, comma 1, lett. j) e k), 36 e 37 TUF, alla società competono i soli poteri di disposizione, allora la proprietà è frammentata e, non corrispondendo allo schema dell'art. 832 c.c., non esiste. I diritti di godimento e di appropriazione dei frutti, che residuano dai poteri di disposizione e gestione conferiti alla SGR, devono essere attri-

<sup>57</sup> Secondo Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit., «l'ordinamento mal sopporta un patrimonio privo di titolare». Il Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit., ha parlato di «assoluta distonia rispetto al sistema di [...] un patrimonio privo di titolare».

<sup>58</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 2, ritiene che gli aspetti fondamentali del ragionamento condotto dalla Suprema Corte siano due: il sistema sarebbe basato sulla centralità del diritto soggettivo e sulla corrispondenza biunivoca tra il riconoscimento del diritto e il soggetto al quale esso viene imputato; b) l'ordinamento poggerrebbe inoltre su di una nozione astratta di soggettività.

<sup>59</sup> In senso difforme si esprimono M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 5, per i quali «il fondo comune di investimento, sia per previsione normativa che per prassi dei regolamenti di gestione, è generalmente dotato di due organi, seppure privi di rilevanza verso l'esterno, nei quali si forma la volontà dei relativi investitori (nei limiti a essi concessi dal principio di autonomia della società di gestione), ossia l'assemblea e il comitato consultivo».

<sup>60</sup> Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit., ha contrapposto il fondo comune ai «fondi speciali per la previdenza e l'assistenza costituiti a norma dell'art. 2117 c.c., ai quali la giurisprudenza riconosce la qualifica di centri d'imputazione di rapporti giuridici anche quando non abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità».

buiti agli investitori, unici soggetti alternativi alla società stessa; a quest'ultima spetta dunque una titolarità formale, mentre agli investitori una sostanziale<sup>61</sup>, «[...] dove la prima può definirsi in termini di diritto di disporre e non di godere di quei beni (con l'ulteriore vincolo di disporre a vantaggio dei partecipanti al fondo [...]); e la seconda può definirsi in termini di diritto di godere dei beni del fondo e dei loro frutti»<sup>62</sup>.

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

#### 6. I corollari sostanziali e processuali dell'orientamento di legittimità

Poiché la SGR è la titolare formale delle situazioni giuridiche incluse nel fondo e i partecipanti vantano una titolarità meramente sostanziale, il fenomeno dei fondi comuni sarebbe analogo alla proprietà fiduciaria<sup>63</sup>. La pubblicità immobiliare dovrebbe perciò essere effettuata a favore della società di gestione<sup>64</sup>.

Il sistema pubblicitario, adottato dalla prassi notarile e sostenuto dal Consiglio di Stato, dovrebbe quindi essere sovvertito. La

---

<sup>61</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 21, nota 30, sottolinea la a-tecnicità di tali termini. A tale improprietà linguistica fa da contraltare quella del Testo Unico della Finanza, che discorre indistintamente di «patrimonio autonomo», «separato» e «destinato», come messo in luce da Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit., e nella dottrina da: P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 837 ss.; R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., 11 ss.

<sup>62</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.

Come rimarcato da S. CORSO, *Azione di responsabilità per danni al fondo*, cit., nota 19, la distinzione tra proprietà formale e sostanziale è già stata proposta in passato con riguardo al diritto acquistato dal mandatario senza rappresentanza: R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, VII, Milano, Giuffrè, 1988, 101 ss.; P. MONTALENTI, *Il contratto di commissione*, in *I contratti commerciali*, in *Trattato Galgano*, XVI, Padova, 1991, 643. Critico verso quest'impostazione è A. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2000, 105 ss.

<sup>63</sup> M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 19.

<sup>64</sup> Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit.

trascrizione si eseguirebbe a favore della SGR, mentre l'annotazione nel quadro D andrebbe svolta a favore del fondo comune di investimento, al fine di rendere il vincolo di destinazione opponibile ai terzi e di costituire così la separazione patrimoniale prevista dal TUF<sup>65</sup>. La trascrizione di un apporto a favore del fondo sarebbe conseguentemente nulla, *ex* art. 2665 c.c., stante l'inesistenza di tale soggetto<sup>66</sup>.

Sulla SGR, inoltre, incomberebbe una responsabilità sussidiaria per i debiti inclusi nel fondo. La Suprema Corte, infatti, ha sostenuto che la soggettività del fondo darebbe luogo a una complicazione non necessaria e addirittura «foriera di distorsioni, nella misura in cui potrebbe indurre a dubitare della possibilità che i creditori per obbligazioni contratte nell'interesse del fondo siano ammessi a rivalersi nei confronti della società di gestione, qualora i beni del fondo non risultassero sufficienti a soddisfare le loro ragioni»<sup>67</sup>.

Un ulteriore corollario dell'orientamento di legittimità è stato elaborato dal Tribunale di Varese<sup>68</sup>, secondo il quale la sostituzione del gestore (art. 37, comma 3 TUF) realizza un trasferimento della titolarità dei diritti inclusi nel fondo, richiedendo, nel caso di beni immobili, l'adozione della forma scritta (art. 1350 c.c.) e imponendo, al fine di rendere opponibile il trasferimento medesimo ai creditori, la trascrizione nei registri immobiliari (art. 2914 c.c.).

Quanto all'ambito processualistico, secondo la Corte di Cassazione, «i fondi comuni d'investimento [...] sono privi di un'autonoma soggettività giuridica, ma costituiscono patrimoni separati della società di gestione del risparmio, la quale è legittimata ad agire in giudizio per far accertare i diritti di pertinenza del patrimonio separato in cui il fondo si sostanzia»<sup>69</sup>. Da ciò discenderebbe, se-

<sup>65</sup> M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 19.

<sup>66</sup> In questo senso si è espresso il Tribunale di Lodi (R.G.E. n. 244/2013), con un provvedimento inedito, citato da M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 26.

<sup>67</sup> Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit.

<sup>68</sup> Tribunale di Varese, 21 novembre 2011, cit.

<sup>69</sup> Cass., 20 maggio 2013, n. 12187, cit. Il principio era stato già espresso da Cass., 15 luglio 2010, n. 16605, cit.

condo il Tribunale di Milano, la «legittimazione, anche processuale, della SGR ad esercitare i diritti e adempiere agli obblighi ricollegati ai beni presenti nel fondo»<sup>70</sup>.

### 7. *Le critiche rivolte all'orientamento di legittimità*

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

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

La dottrina non ha tardato a evidenziare che l'annotazione, non potendo rendere opponibile ai terzi il trasferimento dei diritti da un fondo all'altro, non può produrre la separazione patrimoniale bilaterale imposta dall'art. 36, comma 4 TUF. Questa forma pubblicitaria, infatti, è diretta esclusivamente a chiarire la pubblicità dichiarativa, senza alterarne in alcun modo la portata<sup>71</sup>. Il sistema pubblicitario delineato dalla Cassazione violerebbe dunque il Testo Unico della Finanza<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit., su cui vedi oltre in questo Capitolo.

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

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

<sup>71</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 14; M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 17.

<sup>72</sup> A. PAOLINI, *op. loc. ult. cit.*

A parere di M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 1, «de conseguenze operative che derivano dall'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza del 2010 aprono margini di incertezza per gli operatori; in particolare [...] nel settore dei fondi immobiliari».

L'annotazione nel quadro D ha esclusivamente la funzione di pubblicità-notizia, mai di pubblicità dichiarativa. L'annotazione non può essere utilizzata per rendere opponibile ai terzi la separazione patrimoniale sussistente tra il patrimonio generico della SGR e i fondi gestiti; anzi, l'annotazione rende aggredibile il fondo anche da parte dei creditori dei quotisti, benché il Testo Unico della Finanza sia chiaro nell'escludere tale evenienza<sup>73</sup>.

Si è allora proposto in dottrina, anche al fine di far salve le trascrizioni effettuate prima della sentenza Cass. n. 16605/2010, di fare applicazione analogica della soluzione giurisprudenziale con cui si è ammessa la trascrizione a favore del *trust*, benché quest'ultimo sia privo di soggettività giuridica<sup>74</sup>.

La configurazione della SGR quale titolare del fondo comporta un'ulteriore conseguenza, a dir poco perniciosa, nel caso in cui un immobile sia trasferito tra diversi fondi appartenenti alla stessa società di gestione. Questa vicenda, infatti, non mutando la titolarità dei diritti, non avrebbe natura traslativa e non potrebbe pertanto essere trascritta nei registri immobiliari, impedendo agli interessati di avere contezza del trasferimento e soprattutto precludendo qualsiasi possibilità di rendere a essi opponibile l'avvenuto passaggio da un patrimonio separato all'altro<sup>75</sup>.

---

La stessa A. PAOLINI, *op. cit.*, 18, tuttavia, ha avuto cura di precisare che il dibattito in corso non produce incertezza intorno alle parti da indicare nella nota di trascrizione *ex art.* 2659 c.c., cosicché le trascrizioni effettuate in ossequio alla prassi e dunque in contrarietà all'orientamento della Corte di Cassazione sono salve, poiché, *ex art.* 2665 c.c., «l'omissione e l'inesattezza di alcuna delle indicazioni richieste nelle note menzionate negli artt. 2659 e 2660 non nuoce alla validità della trascrizione, eccetto che induca incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico, a cui si riferisce l'atto o, rispettivamente, la sentenza o la domanda».

<sup>73</sup> A. PAOLINI, *op. loc. ult. cit.*; G. BARALIS, *Fondi immobiliari e SGR*, cit.; M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 19 e 26.

<sup>74</sup> M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 27 ss., i quali citano il decreto del Tribunale di Torino, sez. III, 10 febbraio 2011, n. 7559, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 627 ss., nonché il decreto del Tribunale di Torino, sez. III, 10 marzo 2014, in *www.altalex.com*, consultato il 6 novembre 2018.

<sup>75</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 10, nota 2; P. BASILE, *La soggettività dei fondi comuni di investimento: appunti a margine della pronuncia del Tribunale di Milano*, in nota a Tri-



Sono state poi evidenziate ulteriori aporie.

I beni inclusi nei fondi comuni non risultano dai bilanci della SGR. Ciò inciderebbe sulla completezza dell'informazione finanziaria<sup>76</sup>.

Trascrivere l'acquisto immobiliare in favore della SGR, inoltre, renderebbe più difficoltoso il trasferimento in caso di mutamento della SGR laddove la società uscente non cooperasse, giacché sarebbe necessario ottenere un titolo giudiziale<sup>77</sup>.

L'impostazione della Suprema Corte comporterebbe conseguenze applicative sub-ottimali in materia di divieto di *interlocking*, giacché il computo delle soglie di rilevanza del fatturato, quale requisito per l'applicazione del divieto, dovrebbe tener conto anche del patrimonio gestito dalla SGR e non solo del suo attivo<sup>78</sup>. Vi sarebbero inoltre effetti distorsivi riguardo alle offerte pubbliche di acquisto, in particolare con riferimento alla detenzione delle azioni e al superamento delle soglie per il lancio dell'OPA obbligatoria<sup>79</sup>.

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

L'apporto nel fondo sarebbe costituito da un negozio a efficacia reale alquanto peculiare. Esso non provocherebbe un trasferimento della proprietà in favore del fondo, ma la cessazione dell'applicazione della disciplina della proprietà, «sostituita da una disciplina nella quale il bene è nel suo valore strumentale allo svolgimento di un'attività di gestione diretta ad un risultato nell'interesse dei partecipanti»<sup>80</sup>.

---

bunale di Milano, 10 giugno 2016, n. 7232, in *www.dirittobancario.it*, consultato il 6 novembre 2018.

<sup>76</sup> V. LEMMA, *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, II, 423.

<sup>77</sup> R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

<sup>78</sup> P. BASILE, *La soggettività dei fondi comuni di investimento*, cit.

<sup>79</sup> P. BASILE, *La soggettività dei fondi comuni di investimento*, cit.

<sup>80</sup> P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo*, cit., 755.

L'autonomia del patrimonio, stabilita dall'art. 36, comma 4 TUF, sarebbe la conseguenza della «funzionalità dell'agire»<sup>81</sup>. Sarebbe l'attività, e non l'apporto, a predisporre i beni nell'interesse dei partecipanti<sup>82</sup>. La pubblicità, pertanto, dovrebbe essere «agganciata», non a un inesistente titolare del fondo, ma alla funzione della gestione, che rende autonomo il fondo stesso<sup>83</sup>.

Invece di ricercare un soggetto di diritto, la cui definizione manca nell'ordinamento, occorrerebbe affidarsi alle sole disposizioni del Testo Unico e costruire ogni soluzione applicativa a partire da queste. Sulla base dei dati positivi, bisognerebbe allora riconoscere che, all'interno dei fondi comuni, non sussiste un diritto di proprietà e che la situazione giuridica che ne prende il posto non potrebbe essere imputata alla SGR. I tre elementi che caratterizzano il diritto di proprietà, ossia godimento, disposizione e responsabilità, sarebbero infatti ripartiti tra entità diverse – rispettivamente tra partecipanti, SGR e fondo – di modo che il fenomeno non potrebbe essere sussunto nella definizione data dall'art. 832 c.c.<sup>84</sup>.

Nel contempo, il criterio adottato dalla Cassazione per predicare la soggettività del fondo, ossia quello della minima struttura organizzativa, sarebbe privo di fondamento normativo, mancando nel nostro ordinamento una previsione dei criteri in base ai quali individuare i soggetti. Conseguentemente, anche a questo riguardo, occorrerebbe far riferimento alla sola disciplina del TUF per identificare il centro di imputazione delle situazioni giuridiche e ciò «non al fine di interrogarsi sui fondamenti ontologici dei fondi e sulla natura della loro struttura ma, ben più limitatamente, per chiarire se e in quale misura possa parlarsi di un soggetto al fine dell'applicazione della disciplina in questione, e cioè quella della pubblicità immobiliare»<sup>85</sup>.

La «disposizione di un bene immobile ad investimento in un fondo comune è da pensarsi come destinazione e dunque avvi-

<sup>81</sup> P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio*, cit., 847.

<sup>82</sup> R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

<sup>83</sup> R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

<sup>84</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 8.

<sup>85</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 12.

cedamento nella titolarità funzionale: il proprietario che destina l'immobile ad un fondo rinuncia alla titolarità propria dell'utilità a favore di una titolarità funzionale<sup>86</sup> allo scopo»<sup>87</sup>.

Non sarebbe quindi ravvisabile alcun diritto reale, né in capo alla SGR, né in capo al fondo, poiché solo una volta fuoriuscito dal fondo «il bene immobile potrà tornare ad avere un proprietario nel senso compiuto del termine»<sup>88</sup>. Fino a quel momento, il bene è sottoposto a un regime speciale, dettagliatamente regolato dal Testo Unico, che non richiede quindi alcuna integrazione mediante categorie concettuali predeterminate<sup>89</sup>.

Premesso che l'unico modo per garantire la separazione patrimoniale bilaterale che caratterizza il fondo è effettuare la trascrizione a favore del (e contro il) fondo stesso, allora chiedersi quale sia il titolare dei diritti sarebbe inutile, dato che già si conoscono le modalità pubblicitarie necessarie per il rispetto degli artt. 36 e 37 TUF, cosicché ogni ulteriore concettualizzazione si rivela non solo superflua, ma persino foriera della violazione di quelle stesse disposizioni<sup>90</sup>.

Essendo precluso un inquadramento del fenomeno in termini dominicali, la forzatura del sistema della trascrizione, che su quei termini è fondato, dovrebbe avvenire con le modalità adottate dalla prassi, ossia mediante la trascrizione a favore del fondo e l'annotazione a favore della SGR. Non interessa accertare se il fondo sia un soggetto in sé e in termini assoluti, ma soltanto ai fini della pubblicità immobiliare<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> P. SPADA, *Diritto commerciale*, II, 2.

<sup>87</sup> R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., da cui è tratta la nota all'interno della citazione.

<sup>88</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 13.

<sup>89</sup> A. PAOLINI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>90</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 11.

<sup>91</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 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».

Il citato art. 36 TUF, attribuendo alla società gli obblighi del mandatario, dimostrerebbe che i poteri di disposizione e gestione ad essa attribuiti non sono la conseguenza del trasferimento ipotizzato dalla Suprema Corte, ma l'effetto del contratto di mandato che la lega agli investitori<sup>92</sup> e che le impone l'ufficio di gestore<sup>93</sup>.

Quanto alla sostituzione *ex art. 37*, comma 3 TUF, la SGR promotrice perderebbe ogni rapporto con il fondo: non sussistendo alcun diritto di proprietà sui beni inclusi nel fondo medesimo e non essendone *a fortiori* titolare la SGR, ed essendo i poteri di gestione/disposizione acquisiti dalla subentrante, la promotrice vedrebbe cessare gli unici poteri di cui era titolare<sup>94</sup>.

La sostituzione della SGR, deliberata dall'assemblea dei partecipanti, non darebbe luogo ad alcuna vicenda traslativa<sup>95</sup>. Non sarebbe necessario procedere a una trascrizione, ma esclusivamente all'annotazione nel quadro D del subentro di una nuova società nella gestione del fondo, in modo da rendere noto ai terzi che la legittimazione a disporre è stata perduta dalla sostituita e acquisita dalla sostituta<sup>96</sup>. La sostituzione avrebbe pertanto effetti soltanto obbligatori<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> Tra gli altri: A. PAOLINI, *op. loc. ult. cit.*; M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 16 ss.; R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

<sup>93</sup> Di ufficio di diritto privato ragionano: P. BARBANTI SILVA, cit., 6; A. PAOLINI, *op. cit.*, 7-8; M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 22.

<sup>94</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 8.

<sup>95</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 9, nota 2: «[...] 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».

<sup>96</sup> M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 17-18. In nota 15 gli Autori danno conto di come il Notariato abbia sviluppato la consuetudine di fare sottoscrivere alle SGR coinvolte nella sostituzione degli atti ricognitivi sulla cui base effettuare l'annotazione della sostituzione medesima.

<sup>97</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 9: «la disciplina sul punto è dettata dal Regolamento della Banca d'Italia e della Consob ai sensi dell'articolo 6, comma 2 *bis*, del Testo unico della Finanza del 29 ottobre 2007 (modificato, da ultimo, con Provvedimento 9 maggio 2012): l'art. 33 (Delega alla gestione di OICR) prevede che le

Le anomalie che si irradiano dalla giurisprudenza di legittimità includono anche la presunta responsabilità sussidiaria della SGR per i debiti del fondo.

L'assunto, sebbene espresso come mero *obiter dictum*, ha suscitato forti critiche in dottrina<sup>98</sup>. Quale SGR, infatti, istituirebbe dei fondi, sapendo di essere tenuta al pagamento dei relativi debiti<sup>99</sup>? Il settore della gestione collettiva del risparmio ne risulterebbe compromesso a livello nazionale<sup>100</sup>.

Non è un caso, allora, che l'impostazione della Cassazione sia stata contraddetta anche dal Legislatore.

---

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 permarrebbe 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».

<sup>98</sup> M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 19; P. BARBANTI SILVA, cit., 4; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 132.

<sup>99</sup> A. SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit., si chiede: «in assenza di simile protezione chi si arrischierebbe a raccogliere ingenti masse di danaro per investire e gestirle in monte? Questa semplice considerazione è la risposta migliore all'interrogativo sollevato in passato circa la spiegazione del perché dovrebbe riconoscersi alla società di gestione un tale privilegio».

<sup>100</sup> M. DE PAOLI, A.M. SCHIRRU, G. TONINI, *La vexata quaestio*, cit., 31, discorrono di un «pronunciamento della Corte di Cassazione, il cui orientamento è stato confermato da giurisprudenza successiva, che però rischia di mettere in ginocchio l'intera *industry* delle SGR immobiliari».

L'art. 32 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 ha integrato l'art. 36, comma 6 TUF, prevedendo che «delle obbligazioni contratte per suo conto, il fondo comune di investimento risponde esclusivamente con il proprio patrimonio». La formulazione del citato Decreto Legge costituiva un'evidente ipallage<sup>101</sup>, alla quale si è posto rimedio con il D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 44, che ha modificato il predetto art. 36, prescrivendo, con formulazione tuttora vigente, che «delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la SGR risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo»<sup>102</sup>.

#### 8. *La sentenza del Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876*

Tra le molte adesioni all'orientamento di legittimità, va ricordato il provvedimento del Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876<sup>103</sup>.

Una società di gestione del risparmio agisce in giudizio, *ex artt.* 2392, 2393, 2394 *bis*, 2407 c.c., 56 TUF e 72 TUB, per sentir condannare i propri precedenti amministratori e sindaci al risarcimento dei danni arrecati ai fondi comuni di investimento dalla stessa gestiti.

In seguito alla sostituzione della SGR promotrice da parte di una diversa SGR, deliberata dall'assemblea dei partecipanti al fondo, nonché ad un contratto di cessione dell'azione esercitata stipulato tra le citate società, interviene in giudizio la cessionaria-subentrante, la quale aderisce alle domande dell'attrice.

<sup>101</sup> F. ANNUNZIATA e A. CONSO, *Il fondo comune d'investimento. Patrimonio separato e soggettività*, in *www.acfirmgroup.com*, consultato in data 6 novembre 2018. In senso altrettanto critico, F. PACILEO, *op. cit.*

<sup>102</sup> F. GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, II, 432 ss.; F. PACILEO, *op. cit.*

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

<sup>103</sup> Questo paragrafo è tratto da L. IACUMIN, *L'azione sociale di responsabilità esperita dalla SGR a tutela del fondo gestito*, in *Giur. it.*, 1, 89 ss., in nota a Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876. La critica alle argomentazioni addotte dal Tribunale è rimandata ai pertinenti capitoli di quest'opera.

I convenuti oppongono le seguenti eccezioni: a) gli investitori, essendo proprietari del fondo, sarebbero gli unici legittimati ad agire; b) la sostituita non potrebbe rappresentare gli investitori e non sarebbe legittimata a farne valere, in nome proprio, i diritti; c) la sostituita potrebbe agire contro gli ex amministratori soltanto in via di rivalsa, dopo essere risultata soccombente nei confronti degli investitori danneggiati; d) l'interveniente SGR subentrante non avrebbe ricevuto, dai partecipanti al fondo, alcun mandato ad agire; e) la subentrante non potrebbe agire *ex art. 2393 c.c.* in quanto i convenuti sono stati amministratori di una diversa società; f) la sostituzione della SGR promotrice avrebbe interrotto il processo.

Il provvedimento ha affrontato in primo luogo il tema dell'esperibilità dell'azione sociale di responsabilità da parte della società di gestione del risparmio, per poi vagliare le seguenti, ulteriori questioni: l'efficacia della deliberazione di sostituzione della SGR; l'ammissibilità dell'intervento della società subentrante; la configurabilità del conflitto di interessi tra la società e i partecipanti al fondo.

Il Tribunale ha ritenuto che il fondo, non essendo un soggetto giuridico, non sia il titolare dei diritti di cui si compone, mentre tra gli investitori non potrebbe sussistere alcuna comproprietà, giacché essa sarebbe incompatibile con lo scopo di investimento.

Nonostante le critiche rivolte all'orientamento di legittimità e la prospettazione di inconvenienti pratici che incrinerebbero la separazione patrimoniale sancita dal Testo Unico, il Tribunale ha aderito all'impostazione sancita dalla Cassazione. Escluso che l'ordinamento possa ammettere un patrimonio privo di titolare e che il fondo sia un soggetto, non resterebbe, ad avviso dei Giudici di Milano, che distinguere una «titolarità formale in capo alla SGR [...] e, in capo ai partecipanti al fondo, [la] proprietà sostanziale. Dove la prima può definirsi in termini di diritto di disporre e non di godere di quei beni (con l'ulteriore vincolo di disporne a vantaggio dei partecipanti al fondo [...]); e la seconda può definirsi in termini di diritto di godere dei beni del fondo e dei loro frutti».

Il corollario di tale distinguo consisterebbe nella «legittimazione, anche processuale, della SGR ad esercitare i diritti e adempiere agli obblighi ricollegati ai beni presenti nel fondo».

L'attribuzione alla SGR della *legitimitas ad processum* discende dall'art. 36, comma 1 TUF, che impone alla società l'ufficio di gestire il fondo. Il Tribunale ha chiarito che la legittimazione della SGR interveniente non deriva da un rapporto organico (peraltro inesistente nel caso della subentrante) con i convenuti, ma dalla circostanza per cui la società sarebbe titolare del fondo.

I partecipanti, al contrario, «non hanno azione nei confronti degli amministratori per i danni che il fondo abbia subito [...] perché tali danni non ineriscono al loro patrimonio, ma a quello – che è separato – del fondo, di cui non sono titolari ed il danno che si ripercuote sul valore della quota è solo un danno riflesso [...]».

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

La riportata ricostruzione dà poi luogo a una particolare strutturazione dell'azione esercitata, la quale sarebbe «peculiare rispetto all'azione sociale di responsabilità propriamente detta, perché [...] essa si risolve in favore del patrimonio separato stesso e non del patrimonio della SGR». Si verificherebbe, per il tramite della sentenza di condanna e della sua esecuzione, un fenomeno accostabile alla surrogazione reale, giacché le somme corrisposte per il risarcimento del danno arrecato ai diritti compresi nel fondo sarebbero connotate dalla separazione patrimoniale propria di quegli stessi diritti e andrebbero dunque a far parte di tale patrimonio separato.

Gli artt. 72, comma 5 e 84, comma 5 TUB, 56, comma 3 e 57, comma 3 TUF, che dettano una disciplina speciale dell'azione sociale di responsabilità, andrebbero pertanto riferiti anche ai danni cagionati al fondo comune di investimento e attribuirebbero alla SGR, nella persona dei suoi amministratori, commissari liquidatori e rappresentanti di qualsiasi natura, il diritto di agire per tutelare le ragioni del fondo stesso.

Dalla suddetta impostazione, il Tribunale ha tratto ulteriori corollari.



In primo luogo, è stato ritenuto ammissibile l'intervento spiegato dalla SGR subentrante.

L'intervento sarebbe disciplinato, in via analogica, dall'art. 111 c.p.c., in quanto, secondo la costante giurisprudenza del Foro milanese, «la sostituzione della SGR gestore [...] non comporta il trasferimento del fondo [...] perché la collocazione della proprietà sostanziale non cambia, perché la sostituzione è stata deliberata dall'assemblea dei partecipanti, e perché la SGR sostituita, non titolare dei fondi, non avrebbe potuto trasferirli [...] alla subentrante, ma solo [...] la sostituzione del soggetto gestore».

Difetterebbe, in altri termini, il presupposto sostanziale dell'art. 111 c.p.c., ossia la successione nella titolarità della *res in iudicium deducta*; considerando, tuttavia, che si avrebbe comunque un fenomeno successorio *inter vivos*, sebbene limitato al potere di gestione e disposizione dei beni compresi nel fondo, si manifesterebbe l'esigenza, costituente la *ratio* del citato art. 111, di rendere la sentenza opponibile all'avente causa.

L'intervento della subentrante ha poi comportato, in virtù dell'accordo di cessione dell'azione di responsabilità, perfezionatosi parallelamente a quello di sostituzione, l'estromissione della SGR promotrice ai sensi degli artt. 90, comma 2 e 92, comma 9 TUB. Le citate disposizioni, per il caso in cui il negozio di cessione sia concluso nell'ambito di una procedura di liquidazione coatta amministrativa come quella cui era sottoposta la società uscente, prevedono che l'estromissione sia automatica, ossia non subordinata all'assenso delle parti costituite, così derogando all'art. 111, comma 3 c.p.c.

I Giudici hanno rigettato l'eccezione secondo cui la sostituzione della società di gestione, deliberata dall'assemblea dei partecipanti e accettata dalla subentrante, avrebbe interrotto il processo *ex* artt. 299-300 c.p.c.

La suddetta delibera, infatti, revoca l'ufficio gestorio alla società uscente per conferirlo al nuovo gestore, non producendo quindi l'estinzione dell'attrice o la cessazione della sua capacità processuale. Né potrebbe ipotizzarsi l'estinzione del potere rappresentativo,

giacché «la perdita di legittimazione formale a gestire i beni inclusi nei fondi non può essere accostata a fenomeni quali [...] la cessazione di tale rappresentanza, perché [...] la SGR non può essere ritenuta legale rappresentante del fondo» o degli investitori.

La conclusione è coerente con le premesse accolte dal Tribunale, secondo le quali il fondo non è un soggetto, di modo che manca quella dualità soggettiva senza la quale la rappresentanza non può nemmeno immaginarsi.

Quanto, poi, al rapporto con gli investitori, l'esclusione della rappresentanza non è stata specificamente motivata dai Giudici, ma è conseguenziale alla considerazione per cui essi non vanterebbero, anteriormente alla scadenza del termine per la liquidazione delle quote, alcun credito risarcitorio; essi, pertanto, non possono essere rappresentati dalla società in un'azione che ancora non compete loro.

La disposizione dell'art. 36, comma 3 TUF attribuirebbe allora alla SGR «gli obblighi e le responsabilità del mandatario» senza rappresentanza.

Venendo a un ulteriore corollario, secondo la costante giurisprudenza<sup>104</sup>, per dar luogo ai rimedi apprestati dall'ordinamento<sup>105</sup>, è sufficiente che il conflitto di interessi sussista anche solo potenzialmente.

Ciò, tuttavia, è stato escluso nel caso di specie: l'azione avviata contro i precedenti amministratori non può che accrescere le aspettative degli investitori riguardo alla redditività dei propri investimenti; tali aspettative potrebbero essere lese solo nel caso opposto, ove la società non agisse giudizialmente per il ristoro dei danni cagionati al fondo. Quand'anche la condotta processuale delle SGR desse luogo ad una collusione con i convenuti, il giudicato sarebbe inopponibile agli investitori, i quali potrebbero autonomamente agire contro costoro.

---

<sup>104</sup> Si vedano, tra le altre: Cass., 14 settembre 2002, n. 13507, in *Nuovo Dir.*, 2004, 148, con nota di Zavaglia; Cass., 6 agosto 2001, n. 10822, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 1551. Non è stato affrontato dalla sentenza il tema della legittimazione a sollevare l'eccezione di nullità per conflitto di interessi, che i precedenti negano al terzo e riconoscono al solo rappresentato: Cass., 17 ottobre 1973, n. 2608; Cass., 18 maggio 1976, n. 1771; Cass., 29 marzo 1979, n. 1808.

<sup>105</sup> Che la sentenza del Tribunale di Milano indica in quelli dell'art. 78 c.p.c. e degli artt. 2373, 2391 e 2391 *bis* c.c.

Il conflitto di interessi presupporrebbe inoltre un rapporto di rappresentanza, mentre la SGR non rappresenterebbe gli investitori e neppure il fondo; in ogni caso, la circostanza per cui l'attrice non riveste più l'ufficio di gestore escluderebbe qualsiasi conflitto con i partecipanti al fondo.

I convenuti avevano inoltre eccepito che gli illeciti loro attribuiti avrebbero leso i soli diritti degli investitori: l'azione intentata sarebbe allora infondata in quanto concernerebbe una pretesa risarcitoria che la società potrebbe vantare solo in via di rivalsa, e dunque solo successivamente alla soccombenza di fronte ad un'eventuale azione risarcitoria degli investitori stessi.

Il Tribunale ha rigettato tale eccezione.

Il presupposto della rivalsa avrebbe fatto effettivamente difetto, dato che la soccombenza della SGR nei confronti degli investitori e l'esborso a loro favore non si erano ancora verificati; scartata tale ipotesi ricostruttiva, tuttavia, l'azione della SGR rinviene il proprio fondamento nell'ufficio gestorio legislativamente imposto alla società, che avrebbe il dovere, al fine di salvaguardare le aspettative di redditività dell'investimento dei partecipanti al fondo, di attivarsi giudizialmente per il ristoro dei danni arrecati a quest'ultimo.

Ne segue che, mentre gli amministratori sarebbero responsabili verso gli investitori-creditori della SGR *ex art. 2394 c.c.*<sup>106</sup> ed *ex art. 2393* nei riguardi della società, quest'ultima risponderrebbe, quale mandataria senza rappresentanza, *ex art. 1218 c.c.*, nei confronti dei partecipanti al fondo.

La struttura trilatera di questo intreccio di responsabilità non implica che l'azione *ex art. 2393* sia esperibile solo a seguito della

---

<sup>106</sup> Per la possibilità di applicare l'art. 2394 c.c. in favore dei partecipanti soltanto nell'ipotesi in cui gli amministratori della SGR abbiano colpevolmente depauperato il patrimonio della SGR al punto da renderlo insufficiente per l'integrale risarcimento del danno cagionato al fondo: C. GANDINI, *Gestione e responsabilità nei fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1989, 195; A. LENER, *Commento sub art. 3*, in *Legge 23 marzo 1983, n. 77. Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento. Commentario*, a cura di A. Maffei Alberti, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, 198; G. GENTILE, *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Padova, 1991, 248 ss.

soccombenza della SGR nei confronti dei propri creditori-mandanti, dato che il presupposto dell'azione sociale di responsabilità risiede nella lesione del patrimonio sociale, qui separato da quello generico, la quale si è già verificata.

Viene così spiegata l'abrogazione dell'art. 3, comma 6, L. 23 marzo 1983, n. 77, che attribuiva agli investitori e, nell'interesse di questi ultimi, ai commissari l'azione di risarcimento dei danni nei confronti degli amministratori. L'abrogazione di quell'azione, «non più riproponibile in base ai principi generali», conferma che la SGR è (l'unica) legittimata, in via autonoma, all'esercizio dell'azione risarcitoria.

9. *La sentenza del Tribunale di Milano, 10 giugno 2016, n. 7232*

Il Tribunale di Milano, nel giugno del 2016, ha rigettato una domanda con cui il socio di una società, titolare di una prelazione statutaria, lamentava che tale suo diritto fosse stato violato dalla sostituzione della SGR che gestiva un fondo comune, fondo in cui era ricompresa una partecipazione a quella medesima società<sup>107</sup>.

Il Tribunale ha motivato la propria decisione facendo leva su alcuni dati offerti dal diritto positivo. In primo luogo, l'art. 36, comma 6 TUF dispone che il fondo risponda, con il proprio patrimonio, delle obbligazioni che la SGR ha contratto per suo conto. I commi 1 e 8 *bis* dell'art. 6 della L. 183/2011, inoltre, sanciscono la capacità del fondo di acquistare beni immobili. L'art. 57, comma 6 *bis* TUF, infine, prevede che il fondo comune possa essere sottoposto a una procedura di liquidazione coatta amministrativa indipendentemente dalla società chiamata a gestirlo.

Ciò premesso, i Giudici milanesi hanno escluso che la sostituzione del gestore realizzi un trasferimento dei diritti e, in particolare, delle partecipazioni societarie incluse nel fondo. Le partecipazioni, infatti, costituiscono un diritto imputato al fondo, non alla SGR.

<sup>107</sup> T Milano, 10 giugno 2016, n. 7232, in *Foro it.* 2017, 2, I, 730. Il provvedimento è consultabile altresì in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), ove si può trovare un commento di P. BASILE, *La soggettività dei fondi comuni di investimento*, cit.

La sostituzione di quest'ultima non muta quindi la titolarità delle partecipazioni societarie incluse nel fondo stesso.

Con tale provvedimento, pertanto, i Giudici milanesi si sono posti in antitesi rispetto all'inquadramento del fondo comune offerto dalla Suprema Corte e in discontinuità rispetto alla sentenza resa, dalla stesso Tribunale ambrosiano, in data 11 maggio 2015.

Ciò da un punto di vista applicativo.

Il fondamento teorico del provvedimento ora in discorso, invece, poggia proprio sul dogma della necessaria titolarità delle situazioni giuridiche, sulla distinzione tra titolarità formale e sostanziale dei beni inclusi nel fondo e sulla negazione della soggettività del fondo comune. In altre parole, le premesse ermeneutiche del Tribunale di Milano coincidono con quelle della Corte di Cassazione<sup>108</sup>.

Il divario applicativo si deve al fatto che i Giudici milanesi hanno spostato il fulcro delle argomentazioni dalla soggettività del fondo ai profili funzionali della gestione collettiva<sup>109</sup>. Il fenomeno va ricostruito «in chiave essenzialmente obbligatoria a scopi eminentemente funzionali, quali consentire agevolmente il traffico giuridico, massimizzare le possibilità di profitto per partecipanti non in grado di gestire investimenti quali quelli descritti nel regolamento, aprire il mercato interessato dal regolamento ad investimenti che solo la raccolta attraverso i fondi può consentire».

---

<sup>108</sup> Ciò è stato ben evidenziato da P. BASILE, *La soggettività dei fondi comuni di investimento*, cit.

<sup>109</sup> P. BASILE, *La soggettività dei fondi comuni di investimento*, cit.: «il tentativo del Tribunale di Milano è, dunque, quello di salvare il percorso interpretativo della Corte di Cassazione, valorizzando al massimo quegli elementi che ritiene di condividere (separazione patrimoniale, vincolo pertinenziale, scissione tra proprietà sostanziale e titolarità formale), e spostando i termini della discussione dalla formale soggettività (il cui presupposto sarebbe quell'autonomia intesa come capacità di autodeterminarsi) verso profili attinenti alla autonomia "patrimoniale". Nel fare ciò introduce alcuni criteri interpretativi, rappresentati essenzialmente dallo scopo e dalla funzione del fenomeno economico "fondo comune", che fungono da guida per la connotazione e, dunque, la ricostruzione sistematica del concetto di titolarità, la quale presuppone, come noto, la capacità di una data entità di essere titolare di diritti e doveri (la soggettività)».

È in questo nuovo punto di vista che, nonostante le identiche premesse teoriche, si può identificare un'evoluzione<sup>110</sup> della giurisprudenza di merito rispetto all'impostazione di legittimità. Le premesse di quest'ultima, infatti, sono riaffermate, ma immunizzate dalle considerazioni funzionali tratte da una più attenta lettura del TUF.

Tale evoluzione è stata confermata da una successiva sentenza del Tribunale di Milano con cui si è stabilita l'applicabilità della disciplina degli accordi di ristrutturazione del debito ai fondi comuni di investimento in virtù della loro soggettività<sup>111</sup>.

#### 10. *Premesse per un'analisi: una proposta ricostruttiva*

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

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

<sup>110</sup> P. BASILE, *La soggettività dei fondi comuni di investimento*, cit.

<sup>111</sup> Tribunale di Milano, 10 novembre 2016, con nota di A. SANTONI, *Crisi del fondo comune di investimento, crisi della SGR e accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2018, 120.

Occorre però fare attenzione. L'evoluzione indicata nel testo è infatti evidente nella giurisprudenza del Tribunale di Milano, ma altri Giudici continuano tutt'ora ad aderire alla tesi della Suprema Corte: Tribunale di Mantova, 19 maggio 2016, in *Redazione Giuffrè* 2016; Tribunale di Bari, 21 marzo 2017, n. 1532, in *Redazione Giuffrè* 2017.

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

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

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

La mia tesi, alla cui dimostrazione sono dedicate le pagine che seguono, è che il fondo comune d'investimento sia un patrimonio, costituito da un insieme di situazioni giuridiche di cui la SGR non è titolare. L'eventuale soggettività del fondo può indicare l'applicabilità o meno di determinate disposizioni, ma tale rilevanza disciplinare, come mi propongo di dimostrare, è molto limitata. Il fondo è affidato alla legittimazione sostanziale e processuale della sola SGR di gestione, verso la quale i partecipanti vantano dei diritti di credito, aventi a oggetto sia la massimizzazione del valore del fondo, sia il rimborso integrale delle proprie quote individuali.

## SOGGETTO E PATRIMONIO

SOMMARIO: § 1. Nozioni introduttive. – § 2. Il dogma della necessaria titolarità delle situazioni giuridiche. – § 3. Il dibattito concernente la natura giuridica dell'eredità giacente. – § 4. L'inquadramento dell'eredità giacente come patrimonio privo di titolare. – § 5. Le ragioni e le debolezze del dogma della necessaria titolarità. – § 6. L'autonomia concettuale della soggettività rispetto alla personalità fonda un'ulteriore critica ai patrimoni acefali. – § 7. Segue: la distinzione tra soggettività e personalità non assorbe il patrimonio acefalo. – § 8. La necessaria distinzione tra soggetto e patrimonio. – § 9. Il distinguo tra il patrimonio primario (entificato o acefalo) e quello secondario (bilateralmente separato). – § 10. Proposta di un'insiemistica patrimoniale. Le tre definizioni di *soggetto* e la rilevanza disciplinare della loro distinzione. – § 11. Profilo statico e profilo dinamico dei diritti. – § 12. Confutazione delle teorie analitiche secondo cui il ruolo di nesso tra fatti e conseguenze è assunto esclusivamente dai soggetti. – § 13. L'utilità delle definizioni di *soggetto* e i gradi della soggettività. – § 14. Conclusioni su *soggetto*, *patrimonio*, *titolarità*, *imputazione* e *capacità giuridica*.

1. *Nozioni introduttive*

Prima di addentrarci nel tema che ci siamo proposti, è opportuno offrire al lettore alcune coordinate di massima che gli consentano di aggirarsi con passo più sicuro nella selva concettuale che cercherò di penetrare nel corso di quest'opera.

Rimandando al prosieguo gli approfondimenti che il termine impone, va ricordato che il *patrimonio* è tradizionalmente definito come un insieme di situazioni giuridiche, attive e passive, di cui sia titolare un determinato soggetto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In questo senso: V.M. TRIMARCHI, voce *Patrimonio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, 271 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, 83 ss.



Poiché, ai sensi dell'art. 2740 c.c., «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri», la titolarità di un debito è accompagnata dalla responsabilità patrimoniale che, *ex latere creditoris*, suole denominarsi *garanzia patrimoniale generica*<sup>2</sup>.

Con la locuzione *responsabilità patrimoniale* si intende indicare, «piuttosto che la violazione di un dovere generico di mantenere integro il patrimonio, una soggezione del debitore alle iniziative del creditore»<sup>3</sup>, ossia all'azione esecutiva di costui<sup>4</sup>.

Il debitore ha così interesse a limitare la soggezione dei propri beni all'aggressione dei creditori; ciò può farsi, *ex art. 2740*, comma 2 c.c., nei soli casi determinati dalla Legge. Tale limitazione è conseguibile mediante la separazione che, a sua volta, può derivare dalla destinazione di uno o più beni alla realizzazione di uno scopo<sup>5</sup>.

---

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

<sup>2</sup> F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 651: «non è [...] concepibile un debito che non comporti una responsabilità».

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

<sup>3</sup> L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, 23, attribuisce alla posizione del creditore la natura di diritto potestativo.

<sup>4</sup> F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 651: «il rapporto che [...] si instaura tra creditore e patrimonio del debitore non fa [...] nascere a vantaggio del primo [...] una situazione soggettiva di carattere sostanziale, ma piuttosto un potere di natura processuale che si esprime nell'azione esecutiva [...]».

<sup>5</sup> V. DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, cit., 2, chiarisce la portata della disposizione: «è [...] opinione autorevole e diffusa che anche in via convenzionale

La limitazione della responsabilità patrimoniale, conseguita mediante la separazione, è tradizionalmente di tre tipi, concernendo la qualità dei beni, dei crediti o di entrambi<sup>6</sup>.

Il patrimonio separato rappresenta quindi un concetto strutturalmente distinto dal patrimonio destinato e i due fenomeni solo eventualmente coincidono in concreto. È infatti possibile che alla destinazione non si accompagni la segregazione di taluni beni all'interno di un patrimonio separato da quello generale<sup>7</sup>.

La separazione patrimoniale unilaterale consiste nella costituzione di un patrimonio speciale, sul quale potranno rivalersi esclusivamente i creditori i cui diritti siano sorti da atti inerenti allo scopo al quale il patrimonio è destinato<sup>8</sup>. Nella separazione bilaterale, inve-

---

(sia pure con portata obbligatoria) possano vincolarsi al soddisfacimento dei crediti determinati nuclei patrimoniali, spogli peraltro del carattere dell'universalità». Sul tema si vedano anche: L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 59 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 653; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 86.

<sup>6</sup> In questo senso, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici: V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato a cura di P. Rescigno*, 19, Torino, 1985, 393 ss.; ID., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1041 ss.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 186, nota 13.

L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 64 ss., al contrario, propone la seguente quadripartizione: a) sottrazione di alcuni beni alla garanzia di qualsivoglia credito; b) sottrazione di alcuni beni alla garanzia di alcuni crediti; c) garanzia per alcuni beni limitata a una loro quota; d) garanzia offerta da alcuni beni a vantaggio di alcuni creditori.

<sup>7</sup> Nel caso del patrimonio di cui all'art. 2645 *ter* c.c., difatti, la destinazione dei beni al perseguimento di uno scopo è effetto immediato del negozio, ma la separazione si verifica solo in seguito, mediante la trascrizione nei registri immobiliari. Per la necessità di distinguere concettualmente la destinazione dalla separazione: G. OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, 105 ss.; P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985, 39 ss.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 189.

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

<sup>8</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 86; R. QUADRI, *La circolazione dei beni del patrimonio destinato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, II, 10; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 654.

ce, i creditori generici non possono rivalersi sul patrimonio speciale e quelli speciali non possono aggredire il patrimonio generico<sup>9</sup>.

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

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

Stante l'eterogeneità delle ipotesi di separazione patrimoniale<sup>10</sup>, si è assistito, da un lato, a una discussione piuttosto piana con riguardo alle figure più tradizionali, quali il fondo patrimoniale, ma anche ad accese diatribe, come quella che ha coinvolto il *trust*, in cui a essere controversa, oltre alla ricostruzione giuridica dell'istituto, è la sua stessa ammissibilità<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 654, il quale esemplifica la separazione unilaterale ricordando il fondo patrimoniale e l'atto di destinazione previsto dall'art. 2645 *ter* c.c., mentre riconduce alla separazione bilaterale il patrimonio destinato a uno specifico affare delle società per azioni.

<sup>10</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, VII: «la rilevanza del vincolo di destinazione e la sua incidenza sul regime giuridico dei beni aggrega [...] in una dimensione unitaria figure per sé eterogenee, dal fondo patrimoniale che rappresenta l'espressione normativa della destinazione familiare, alla complessa fenomenologia dei fondi comuni di investimento, che esprimono la dimensione dinamica dell'investimento, ai modelli della società unipersonale e dell'impresa individuale a responsabilità limitata, che danno rilievo sul piano normativo all'autonomia dei beni destinati all'attività imprenditoriale rispetto alle vicende del restante patrimonio del soggetto imprenditore».

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

<sup>11</sup> Per il dibattito che si è sviluppato sul tema, si vedano: M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992, 976 ss.; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998, 1326 ss.; ID., *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 451; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, 11 ss.; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, 1247 ss.; ID., *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *www.judicium.it*; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Rivista del Notariato*, 2002, 1107 ss.; ID., *Osservazioni sull'art.*

Altra nozione è quella di *patrimonio autonomo*, consistente nel complesso di diritti appartenenti a enti che, sebbene privi di personalità giuridica, sono dotati di soggettività giuridica, di modo che il loro patrimonio è distinto da quelli delle singole persone che hanno concorso alla sua formazione<sup>12</sup>.

Ciò detto riguardo ai concetti giuridici che utilizzerò, devo anticipare che farò uso anche di alcune nozioni elementari di teoria degli insiemi, tentando di elaborare un'*insiemistica patrimoniale*. Il patrimonio, infatti, è un insieme di situazioni giuridiche.

Secondo la teoria sull'identificazione delle azioni, ogni situazione giuridica è in concreto identificata da tre elementi che, nel mondo sostanziale, sono designati con i seguenti termini: *soggetto-titolare*,

---

2645 ter, in *www.judicium.it*; M. LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Rivista del Notariato*, 2001, 1159 ss.; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, II, 257 ss.; ID., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, II, 919 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 2002, 200-204; U. LA PORTA, I "formanti dell'ordinamento giuridico": il diritto anglosassone e l'iperuranio. (Piccola e giocosa reazione a un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione), in *Scritti in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, 115 ss.; M. LUPOI, *La legittima funzione protettiva dei trust interni*, in *Contratto e impresa*, 2004, 236 ss.; ID., *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, 169 ss.

<sup>12</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 85-86, offre gli esempi dei patrimoni delle associazioni non riconosciute e dei comitati, mentre V. DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, cit., a pagina 2, vi aggiunge i patrimoni delle società personali e a pagina 5 delinea la seguente nozione: «il fondo costituito con i contributi d'una pluralità di soggetti e connotato dall'indivisibilità e dalla funzione di garanzia per i debiti coordinati allo scopo con esso perseguito. Si indica, cioè, il distacco d'una massa patrimoniale da più patrimoni di provenienza, una *species* del patrimonio separato (anzi, secondo taluno, una somma di più patrimoni separati)».

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

*titolo e oggetto*<sup>13</sup>. Ciascuno di questi tre elementi integra, ragionando in ottica insiemistica, un *predicato identificativo*.

Con il termine «predicato» si indica una proprietà che, se posseduta da un elemento, equivale alla dichiarazione di appartenenza di quell'elemento a un insieme.

Quando due oggetti del pensiero  $a$  e  $A$  sono collegati da una relazione di appartenenza (indicata usualmente con il simbolo  $\in$ , detto “simbolo di Peano”),  $a \in A$ ,  $a$  è detto elemento dell'insieme  $A$ . L'insieme  $A$  può essere individuato in modo estensivo, cioè elencando tra graffe tutti gli elementi che appartengono ad  $A$ . Esempio:  $A = \{a, e, i, o, u\}$   $B = \{a, o, u\}$  [...]. Ma spesso ci si trova nell'impossibilità pratica o teorica di elencare tutti gli elementi di un insieme e risulta quindi molto più efficace e generale individuare gli insiemi in modo intensivo, enun-

---

<sup>13</sup> La struttura della situazione giuridica consiste in ciò che nel processo sarà detto «*petitum* mediato», ossia nell'effetto giuridico perseguito. Il *petitum* è, infatti, l'effetto, secondo il principio di causalità giuridica, di un determinato fatto. Il *petitum*, allora, non esiste autonomamente, non è causa di se stesso, ma richiede un titolo, che nel processo prende il nome di *causa petendi*. Poiché la previsione della situazione giuridica da parte dell'ordinamento è generale e astratta, l'identificazione della *causa petendi*, ossia del singolo e concreto fatto sussumibile nella fattispecie astratta, è necessaria all'identificazione del singolo diritto concreto che abbia delle caratteristiche strutturali che possono ripresentarsi in una serie indefinita di situazioni giuridiche concrete, così da distinguere quel diritto da tutti gli altri che abbiano la medesima struttura.

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

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

La sufficienza di queste insiemistiche è data da un principio della teoria degli insiemi, che possiamo tradurre, in termini giuridici, nel modo seguente: è impossibile che un diritto, individuato da *petitum* e *causa*, sussista più volte, all'interno del medesimo patrimonio, senza smettere di essere identico a se stesso. Pertanto, il concorso di questi tre predicati distingue la situazione giuridica concreta da ogni altra situazione esistente.

ciando cioè una proprietà che, se posseduta da un elemento, equivale alla dichiarazione di appartenenza. Questa proprietà è espressa da una funzione logica  $p(x)$ , cioè da una proposizione dichiarativa costituita da un soggetto variabile  $x$  (argomento della funzione) e da un predicato  $p$  applicabile al soggetto  $x$ , tale da risultare vera o falsa a seconda del valore di  $x$ . Il predicato  $p$  definisce implicitamente i soggetti  $x$  ai quali esso può essere sensatamente applicato. L'insieme  $U$  di questi oggetti è l'insieme universo della funzione logica<sup>14</sup>.

L'argomento della funzione è la situazione giuridica, il predicato è generalmente il soggetto-titolare, mentre  $U$  è il patrimonio di quel soggetto.

In ambito giuridico, pertanto, con l'espressione *predicato identificativo* intendo l'elemento necessario per identificare la situazione giuridica e dunque per distinguerla da ogni altra situazione. Ad esempio, le situazioni giuridiche imputate a Tizio, che nel loro insieme ne compongono il patrimonio, sono distinguibili, proprio in virtù di tale imputazione, da quelle ascritte a Caio, benché il loro oggetto e il loro titolo possano essere identici.

La rilevanza di queste premesse emergerà nel prosieguo.

## 2. Il dogma della necessaria titolarità delle situazioni giuridiche

L'orientamento di legittimità<sup>15</sup> concernente la natura dei fondi comuni di investimento poggia sull'assunto per cui «l'ordinamento mal sopporta un patrimonio privo di titolare»<sup>16</sup>.

L'idea non è nuova.

<sup>14</sup> Si veda [www.robortobigoni.it](http://www.robortobigoni.it).

<sup>15</sup> Orientamento inaugurato da Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit., secondo quanto si è detto nel Capitolo I.

<sup>16</sup> Sull'apriorismo di tale assunto si veda A. PAOLINI, *op. cit.*, 2.

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

I tre principi che governerebbero il patrimonio, proclamati da Zachariae<sup>17</sup> e formalizzati da Rau e Aubry<sup>18</sup>, sono i seguenti: 1) ogni soggetto è titolare di un patrimonio; 2) ogni soggetto è titolare di non più di un patrimonio; 3) ogni patrimonio è imputato a un soggetto, detto titolare.

La tradizione addebitata frequentemente a Rau e Aubry la colpa di aver assolutizzato quei principi che, per Zachariae, erano solamente generali. I due Autori francesi avrebbero considerato quei principi come delle necessità logiche, esistenti di per sé e quindi indipendenti dalle caratteristiche del singolo e concreto ordinamento, sul quale si imporrebbero sempre e comunque<sup>19</sup>. Questa tradizione, tuttavia, è stata recentemente messa in dubbio da un'interessante analisi filologica del trattato di Rau e Aubry, dalla quale risulterebbe che la dottrina maggioritaria ne intenderebbe malamente il significato a causa di un'errata interpretazione iniziale, poi divenuta tralatizia<sup>20</sup>.

Il primo principio esprime la definizione stessa del soggetto ("entità idonea a essere titolare di situazioni giuridiche"<sup>21</sup>), benché in modo impreciso. Il principio suddetto fa perno sull'*attuale* titolarità (e dunque esistenza) dei diritti, attualità presupposta, in realtà, dalla definizione del *patrimonio*. La nozione di *soggetto*, in realtà, si incentra sulla *potenziale* titolarità dei diritti medesimi<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> *Le droit civil français*, trad. G. Massé, Ch. Vergé, II, Durand, 1855, 38.

<sup>18</sup> *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, V, Cosse, 1857, 347.

<sup>19</sup> F. CHÉNÉDÉ, *La mutation du patrimoine*, in *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n° 139, 19.

<sup>20</sup> A. DENIZOT, *L'étonnant destin de la théorie du patrimoine*, in *RTD Civ.* 2014, 547.

<sup>21</sup> Per questa definizione, v., tra gli altri: G.L. PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXXIV, Roma, 1991, 1 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 121 e 155; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, 23-24.

<sup>22</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 23-24: «lo stato giuridico della persona fisica non è la somma dei suoi poteri o doveri [...], è invece il presupposto di una sfera di capacità e quindi di una serie aperta di poteri e doveri, o di rapporti, che possono variare e variano senza che perciò cambi lo stato».

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

Ciò che, in questa sede, occorre sottoporre a vaglio critico è il terzo principio, che designo con l'espressione “dogma della necessaria titolarità delle situazioni giuridiche”. Come appena ricordato, infatti, esso sta alla base della discussione sulla natura dei fondi comuni d'investimento.

Il miglior modo per dimostrare l'infondatezza di questo dogma è prendere le mosse dal percorso tradizionale<sup>23</sup>, incentrato sugli esempi offerti dal diritto positivo dell'eredità vacante e di quella giacente, alla luce dei quali, come ricorda Colaïori<sup>24</sup>, già Windscheid<sup>25</sup> ragionava di diritti senza soggetto. Sarà poi necessario, nel resto di questo capitolo, procedere all'analisi del linguaggio giuridico e allo studio di quale sia la definizione (non maggiormente *vera*, bensì) più utile del *soggetto*.

### 3. *Il dibattito concernente la natura giuridica dell'eredità giacente*

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

Lo scopo dell'eredità giacente è quello di evitare che il patrimonio ereditario, in assenza di accettazione, si ritrovi materialmente e giuridicamente abbandonato: una tale situazione, infatti, lederebbe le ragioni dei creditori ereditari e dei successibili<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978, 115 ss.

<sup>24</sup> R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

<sup>25</sup> B. WINDSCHEID, *Die ruhende Erbschaft*, in *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, par. 531.

<sup>26</sup> F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 446-447.

G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2012, 131, distingue l'eredità giacente da quella vacante, che si presenta ove sia definitivamente accertato che non vi sono chiamati né testamentari, né legittimi: «verificatasi la vacanza, poi-



L'istituto proviene dal diritto romano classico, dal quale trae origine pure la disputa intorno alla sua natura. Già allora, infatti, alcuni ritenevano che i beni ereditari fossero attribuiti, mediante una *fic-tio*, all'erede; altri sostenevano che i beni appartenessero al defunto. Stante la mancanza di una retrodatazione dell'acquisto ereditario, l'eredità non ancora devoluta costituiva, nella Roma arcaica, una *res nullius* ed era dunque liberamente occupabile. La giacenza, successivamente introdotta per evitare tale negativa evenienza, funse da anello di congiunzione tra la titolarità del *de cuius* e quella dell'accettante<sup>27</sup>.

Nel diritto vigente, tre sono i presupposti della giacenza: 1) la mancata accettazione dell'eredità; 2) il fatto che il chiamato non sia nel possesso dei beni ereditari; 3) la nomina del curatore<sup>28</sup>.

Quest'ultimo soggetto rappresenta l'architrave dell'intera struttura dell'istituto in discorso<sup>29</sup>. Egli è nominato dal Tribunale del luogo in cui si è aperta la successione «su istanza delle persone interessate o anche d'ufficio». Gli interessati possono essere: a) i chiamati che non siano in possesso dei beni ereditari; b) i chiamati in subordine; c) i legatari; d) i creditori ereditari; e) i creditori del chiamato<sup>30</sup>.

---

ché non è ammissibile nell'interesse dei terzi (creditori e legatari) che il patrimonio del *de cuius* resti senza titolare, succede lo Stato (art. 586)».

G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, VII, tomo I, *Successioni e donazioni*, Milano, 2011, 184, riferisce le parole della Relazione al Re, n. 225, secondo cui l'istituto dell'eredità giacente è volto alla «conservazione del patrimonio in tutti i casi in cui il chiamato non vi provveda».

<sup>27</sup> L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012, 361-362, ricorda che al diritto giustiniano è dovuta la configurazione, a suo parere tutt'ora valida, dell'*hereditas iacens* come persona giuridica. Per un riferimento a FLORENTINUS, *Libro VIII institutionum*, in D.29.2.54 e nel contempo per l'esclusione della soggettività giuridica dell'eredità non ancora accettata, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 645, il quale la considera un patrimonio autonomo, ossia un «patrimonio con destinazione legale (acquisto dell'erede)».

<sup>28</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 134.

<sup>29</sup> G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 137.

<sup>30</sup> L'elencazione è tratta da G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 137, il quale vi aggiunge, ove si voglia ammettere la cd. giacenza *pro quota* (pp. 144 ss.), i chiamati possessori *pro quota* e i coeredi.

Si sono date due interpretazioni della posizione del curatore.

Secondo una prima teoria, egli sarebbe un rappresentante dell'erede<sup>31</sup>, del chiamato<sup>32</sup> o della stessa eredità<sup>33</sup>.

È tuttavia prevalsa un'interpretazione diversa: il curatore non è un rappresentante, ma ricopre un ufficio privato, dato che agisce nell'interesse non soltanto del chiamato, ma anche degli altri legittimati all'istanza volta alla sua nomina<sup>34</sup>.

L'art. 529 c.c. gli attribuisce il compito, tra l'altro, di procedere all'inventario dell'eredità, di esercitarne e promuoverne le ragioni, di amministrarla e di rispondere alle istanze proposte contro la stessa. Conseguentemente, il curatore, al pari del chiamato possessore, esercita, sostanzialmente e processualmente, le ragioni dell'eredità<sup>35</sup>.

Il motivo per cui al chiamato possessore e al curatore dell'eredità giacente è riconosciuta sia la legittimazione sostanziale, sia quella processuale, risulta da quanto detto *supra*. Lo scopo dell'eredità giacente e della nomina del relativo curatore è quello di sopperire alla mancata attivazione da parte del chiamato<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> W. D'AVANZO, *Delle successioni*, Firenze, 1941, 366; AZZARITI, *L'eredità giacente*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 5, Torino, 1982, 329.

<sup>32</sup> L. COVIELLO, *Delle successioni, Parte generale*, Napoli, 1935, 237.

<sup>33</sup> G. BRUNELLI e C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, 1951, 164; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, cit., 362.

<sup>34</sup> R. NICOLÒ, *Eredità giacente*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1941, 203 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, *Singoli rapporti obbligatori. Diritto delle successioni per causa di morte*, 321 ss.; V.M. TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Milano, 1954, 71; U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1947, 307; D. MICCOLI, voce *Eredità giacente*, in *Enc. Dir.*, XV, Torino, 1966, 210; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1977, 218; A. PALAZZO, *Le successioni*, I, *Introduzione al diritto successorio. Istituti comuni alle categorie successorie. Successione legale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 407 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, cit., Milano, 2005, 231 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 447; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 137 ss.

<sup>35</sup> F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 446-447, il quale menziona l'art. 486 c.c., a norma del quale il tribunale, qualora il chiamato sia convenuto in giudizio, ma non intenda comparire, nomina un curatore *ad lites*, così permettendo al chiamato stesso di non dover seguire tutte le controversie.

<sup>36</sup> L'alternatività tra la posizione del chiamato possessore e quella del curatore dell'eredità giacente è messa in luce dagli artt. 460, comma 3 e 532 c.c. e

Ora, è bene ricordare che la *ratio* dell'attribuzione della legittimazione processuale al chiamato, in relazione ai procedimenti che abbiano ad oggetto diritti e debiti ereditari, sta nel permettere ai terzi di agire in giudizio a tutela delle proprie ragioni: in caso contrario, infatti, essi non saprebbero nei confronti di quale soggetto instaurare e proseguire il rapporto giuridico processuale<sup>37</sup>.

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

---

costantemente sottolineata in dottrina: F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 445; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 131.

Cass., sez. I, 7 marzo 1977, n. 920, in *Foro it.*, 1977, I, 1454, ha precisato che «la legittimazione passiva in rappresentanza dell'eredità è prevista esclusivamente con riguardo al chiamato che sia in possesso dei beni ereditari (art. 486 c.c.), mentre, nella diversa ipotesi del chiamato non possessore, l'indicata rappresentanza spetta al curatore dell'eredità, nominato su istanza degli interessati, a norma dell'art. 528 c.c.». In senso conforme Cass., sez. III, 3 agosto 2000, n. 10197, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1699.

<sup>37</sup> Per questa *ratio* dell'art. 460 c.c., la quale, per le ragioni viste nel testo, vale a spiegare in parte anche l'art. 529 dello stesso codice, si veda F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 446, secondo cui «il chiamato possessore [...] ha la rappresentanza processuale che permette ai terzi di instaurare liti».

4. *L'inquadramento dell'eredità giacente come patrimonio privo di titolare*

Sino alla devoluzione, il patrimonio ereditario è privo di titolare<sup>38</sup>.

Come stabilito dall'art. 459 c.c., l'eredità si acquista con l'accettazione, anteriormente alla quale non esiste un titolare dei diritti. Il precedente titolare è oramai deceduto e nessuno è divenuto erede.

Il sistema italiano, per il quale la delazione non è allora sufficiente a provocare l'effetto traslativo, crea delle soluzioni di continuità nella titolarità del patrimonio, per ovviare alle quali è data la *fiction* di retroattività dell'accettazione, prevista dalla seconda parte dell'art. 459 c.c., alla quale si ricollegano gli artt. 475, comma 2, 521, comma 1 e 637 c.c.<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni, Artt. 456-461*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2006, 169, mette in chiaro la differenza che corre tra il sistema che il Legislatore ha adottato prevedendo che l'eredità si acquisti con l'accettazione e quelli francese e tedesco, ispirati al principio della *saisine*, «in forza del quale il patrimonio ereditario si trasferisce automaticamente all'erede alla morte dell'ereditando».

<sup>39</sup> Per la ricostruzione di questa norma in termini di *fiction iuris*: F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 449.

F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, I, Artt. 2643-2645*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, 391, proprio sulla base di tale inquadramento, esclude che gli atti di alienazione di beni compiuti dal curatore dell'eredità giacente possano essere trascritti contro l'erede, dato che costui non esiste. È significativa la spiegazione che C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 571, dà dell'apertura della successione: «si estingue la titolarità dei diritti già spettanti al defunto e inizia la vicenda traslativa dell'eredità ai successori». A p. 572, poi, conferma il fatto che l'apertura della successione imponga una vacanza della titolarità dei diritti ereditari quando afferma che il diritto di far propria l'eredità, che Egli qualifica come diritto potestativo, «non è ancora acquisto dell'eredità». Ancor più evidente è quanto sostenuto a p. 645: «prima che si verifichi l'effetto retroattivo dell'accettazione, la titolarità dei diritti ed obblighi ereditari è provvisoriamente vacante, ma destinata all'erede».

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

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

Nello stesso senso già G. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, 122: «morto il re, viva il re! Un'in-

Tra queste due parti dell'art. 459 – sostanzialmente in conflitto nonostante la formale armonia cui è da sempre funzionale la *fiction* – non può che prevalere la prima, la quale non tollera mitigazioni quando recisamente esclude la sufficienza della delazione agli effetti della devoluzione. Occorre pertanto ammettere che il sistema attuale crea intenzionalmente delle soluzioni di continuità, alle quali si ripara soltanto *ex post* e parzialmente mediante la suddetta finzione.

L'acquisto con cui un terzo fa proprio un bene ereditario alienatogli dal curatore non è infatti sospensivamente condizionato all'acquisto dell'eredità da parte del chiamato. L'immediatezza del trasferimento in favore del terzo dimostra quindi che costui acquista da un patrimonio privo di titolare.

Il successivo acquisto dell'eredità da parte del successibile, inoltre, non è scontato. Tra l'apertura della successione e la devoluzione, il valore dell'asse ereditario potrebbe essersi azzerato<sup>40</sup>, cosicché non vi sarà alcuna situazione giuridica in cui il chiamato possa subentrare. La vendita di beni ereditari, compiuta dal curatore dell'eredità giacente, sarà efficace sin dal perfezionamento del relativo contratto, nonostante il fatto che nessuno divenga poi erede. L'avente causa, quindi, avrà acquistato un diritto, ma non vi sarà alcun soggetto dante causa.

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

---

terruzione nella titolarità o sovranità del patrimonio sarebbe incompatibile con il concetto di successione che implica continuità, oserei dire, perpetuità».

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

<sup>40</sup> Ad esempio quando dall'integrale soddisfazione dei creditori ereditari non residua alcunché.

quindi a chi faranno capo i diritti e a chi soprattutto gli obblighi, a tutela dei creditori»<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Così F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 440-441, il quale, a p. 442, trae proprio dalla differente responsabilità patrimoniale dell'erede e del legatario la differente disciplina in merito al loro acquisto (artt. 459 e 649 c.c.). In senso conforme, v. Cass., sez. II, 14 maggio 1963, n. 1197, in *Foro it.*, 1963, I, 1682, per la quale l'art. 586 c.c., secondo cui lo Stato succede senza bisogno di accettazione quale chiamato «di ultima istanza», è volta a far sì che esso «adempia ad un dovere di interesse generale, impedendo che i beni restino in istato di abbandono o che siano oggetto di occupazione da parte di chi non vanti su di essi alcun diritto».

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

Sarebbe, infatti, immaginabile una responsabilità patrimoniale che si estinguesse al momento dell'estinzione del soggetto debitore, ma le ripercussioni per l'economia nazionale sarebbero a dir poco ovvie. A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., 12: «se la morte troncasse, con la vita del soggetto, anche quella dei rapporti giuridici che a lui facevano capo, le cose in proprietà del defunto diventerebbero *res nullius*, gli *iura in re* si estinguerebbero, e così pure i crediti ed altri diritti incorporali, e le obbligazioni estinguendosi determinerebbero l'estinzione dei relativi crediti». L'Autore dà conto di come il profilo tradizionalmente considerato centrale sia quello della continuazione dei debiti ereditari, che Egli al contrario ritiene secondario, dato che è contraddetto dall'accettazione beneficiata, la quale non solo limiterebbe la responsabilità *intra vires hereditatis*, ma escluderebbe pure che i debiti si trasmettano all'erede. I profili essenziali della figura dell'erede risiederebbero nella continuazione dei diritti e del possesso, la mancanza dei quali sarebbe fonte dei gravi disordini sociali (corsa all'appropriazione dei beni oramai *nullius*) che già obbligarono i romani a prevedere un apposito *crimen expilatae hereditatis*, come attestato da L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, cit., 361-362.

Che queste esigenze sociali costituiscano la *ratio* della finta retroattività dell'acquisto ereditario e nel contempo ne limitino l'operare, è messo in luce

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

Dalla mancanza di titolarità attuale delle posizioni comprese nell'eredità giacente discende un'ulteriore, complessa questione.

Gli atti di disposizione ed eventuale alienazione dei diritti compresi nell'eredità costituiscono, seconda autorevole dottrina, dei negozi per conto di chi spetta<sup>42</sup>. Il contratto, difatti, è concluso da un soggetto nell'interesse di una diversa persona, di cui, al tempo del perfezionamento, non si conosce l'identità<sup>43</sup>.

---

da Cass., sez. III, 10 marzo 1992, n. 2849, in *Giust. civ.* 1993, I, 745, citata da G. FERRI, *Le successioni*, cit., 121, nota 2, secondo cui l'art. 459 c.c. non sana la nullità della notificazione di un precetto fatta al chiamato non possessore che abbia successivamente accettato l'eredità.

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

<sup>42</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 126; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, *Artt. 2643-2645*, cit., 389.

<sup>43</sup> È questa la definizione del «contratto per conto di chi spetta» accolta da F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1062, che la riprende da Militerni. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., 126, lo tratteggia come il «contratto stipulato in rappresentanza di chi risulterà titolare di una data posizione giuridica». Secondo E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 561, citato dallo stesso

La ricostruzione giuridica della categoria è impervia, essendosi sviluppate svariate tesi riguardo a questo istituto, di cui si danno molteplici manifestazioni<sup>44</sup> e che trova riconoscimento espresso nel Codice svizzero delle obbligazioni<sup>45</sup>.

Si è affermato che essa darebbe luogo ad un contratto per persona da nominare<sup>46</sup>, a un contratto a favore di terzi<sup>47</sup>, a un negozio *per relationem* fonte di obbligazioni *propter rem*<sup>48</sup>, a una rappresen-

---

Bianca in nota 205, il *proprium* di questa categoria negoziale consisterebbe in ciò che il soggetto del rapporto contrattuale sarà identificato in funzione di eventi oggettivi sopravvenuti al suo perfezionamento. Il riferimento al carattere oggettivo degli eventi permette di distinguere il contratto per conto di chi spetta da quello per persona da nominare, come confermato da F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 389-390.

<sup>44</sup> Sono ricondotti a questa categoria gli atti traslativi compiuti *ex artt.* 460 e 529 c.c., la vendita per conto di chi spetta regolata dall'art. 1513 dello stesso codice, la fattispecie di cui all'art. 1690, comma 2 c.c., la vendita del bene sottoposto a sequestro convenzionale. In questo senso: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., 126; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1062-1063.

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

<sup>45</sup> Più precisamente nell'art. 32, comma 2 di quel Codice, secondo quanto attestato da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 560.

<sup>46</sup> Per la critica a questa tesi e per gli opportuni riferimenti bibliografici si vedano: F. MESSINEO, voce *Contratto per conto di chi spetta*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 78; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni*, Milano, 1987, 191; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 389, il quale nota che la sostituzione soggettiva è eventuale, ma non determinata da un' *electio*.

<sup>47</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli*, Milano, 1972, 85, citato da F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 390, il quale ritiene che tale ricostruzione sia adatta alla sola ipotesi dell'art. 1891 c.c., peraltro estranea alla categoria del negozio per conto di chi spetta.

<sup>48</sup> Per questa tesi, giudicata meramente descrittiva da F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 390, vedi le opere di F. Carresi e F. Messineo citate alla nota 46. Gazzoni ipotizza che lo stipulante e il rappresentante coincidano; da



tanza *in incertam personam*<sup>49</sup>; il fatto che nessuna tesi sia immune da obiezioni ha addirittura fatto concludere che l'istituto si sottragga a ogni inquadramento<sup>50</sup>.

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

Per descrivere le svariate ipotesi di negozio per conto di chi spetta, a fini non solo descrittivi, ma anche normativi, è sufficiente affermare che tali fattispecie sono accomunate dalla spettanza, in capo a un soggetto, non necessariamente corrispondente al futuro titolare del diritto, della legittimazione a disporre del diritto medesimo nell'interesse di altri soggetti, riconducibili a una posizione astratta e non identificata in concreto; l'identificazione della natura rappresentativa o meno di questo potere e la qualificazione del contratto non trovano alcuna base e, anzi, si scontrano con le obiezioni conclusive già sviluppate da altri<sup>51</sup>.

---

ciò ricava l'impossibilità del ricorso alla rappresentanza, nonché l'eterogeneità delle varie figure che si suole ricondurre al contratto per conto di chi spetta. Gli unici elementi comuni, infatti, consisterebbero nella presenza di un contratto *per relationem*, titolo di obbligazioni *propter rem*. Per la critica a questa teoria nella parte in cui tende a ravvisare un agire rappresentativo, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., 127.

<sup>49</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *Il contratto*, cit., 127, che la trae dalla dottrina tedesca, della quale rifiuta l'accostamento della rappresentanza di persona incerta alla rappresentanza di persona non dichiarata.

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

<sup>50</sup> F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 191; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 390.

<sup>51</sup> Vedi, in particolare, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 389-390. A proposito di quanto sostenuto nel testo, ossia del fatto che ogni ulteriore qualificazione del contratto costituisca un'opzione interpretativa arbitraria, è interessante notare che lo stesso Autore, nelle pagine successive, pur non aderendo ad alcuna delle teorie sopra ricordate, è comunque in grado di offrire delle soluzioni alle questioni relative alla trascrizione immobiliare del contratto per conto di chi spetta.

Questo inquadramento spartano sarà fondamentale per ricostruire la posizione sostanziale e processuale della SGR di gestione<sup>52</sup>.

### 5. *Le ragioni e le debolezze del dogma della necessaria titolarità*

La circostanza per cui il fenomeno giuridico regola interessi umani non significa che ogni diritto debba essere attribuito a un uomo, benché proprio su tale base si sia sviluppata la prima fase storica della critica ai patrimoni acefali, intesi come i patrimoni privi di titolare<sup>53</sup>, dovuta al pensiero pandettistico<sup>54</sup>.

Tale pensiero influenza pesantemente la scienza giuridica contemporanea<sup>55</sup>, essendosi sviluppato da concezioni giusnaturalistiche, giusrazionalistiche e individualistiche<sup>56</sup>. Al centro del «sistema» sta il soggetto, il quale vanta *iura innata* che lo Stato non crea, ma riconosce e tutela<sup>57</sup>. Attraverso la trasposizione di quelle correnti filosofiche nel mondo giuridico, il diritto privato è concepito come un sistema di diritti soggettivi; essi costituiscono i predicati di quelle sostanze che sono gli individui umani<sup>58</sup>. Ogni diritto, pertanto, deve essere imputato a un soggetto.

Oltre che da questo profilo ideologico, l'impostazione pandettistica discende dalla circostanza per cui la dottrina giuridica è rimasta uno degli ultimi baluardi della logica aristotelica, difficile da abbandonare poiché la stessa costruzione grammaticale delle

<sup>52</sup> V., in particolare, il Capitolo III, § 14 e il Capitolo VI, § 3.

<sup>53</sup> Nella stesura di quest'opera, mi sono reso conto che l'uso del termine *acefalo*, che ho autonomamente e sin dal principio scelto per la sua evidente efficacia descrittiva, si trova già in G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 613 ss.

<sup>54</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, 12: «si deve ai giuristi tedeschi del secolo scorso lo sforzo costruttivo volto ad elaborare il concetto teorico di diritto soggettivo».

<sup>55</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 25 ss.

<sup>56</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 17 ss.

<sup>57</sup> Per la centralità sistemica del soggetto giuridico, si veda C. MAIORCA, voce *Diritto soggettivo (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, 1.

<sup>58</sup> Per quest'analisi storica del dibattito sul rapporto tra soggetto e sistema, R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, loc. ult. cit.

lingue indo-europee poggia sulla triade sostanza – copula – predicato<sup>59</sup>. Ogni predicato deve essere agganciato, mediante una copula, a una sostanza, intesa come cosa in sé, eternamente identica a se stessa<sup>60</sup>. Le altre scienze, in particolare quelle matematiche e naturali, si sono avvedute di come questo approccio sostanzialista, caratterizzato dalla tensione kantiana verso la cosa in sé, sia pericoloso, e hanno sviluppato logiche diverse da quella classica, come quella relazionale<sup>61</sup>. La discussione intorno alla definizione di diritto soggettivo ha invece subito le perniciose influenze della mentalità tomistica; le diverse posizioni che si sono manifestate hanno preteso di giungere al diritto soggettivo inteso come cosa esistente fuori dall'osservatore, quando invece si sarebbe dovuto guardare al singolo e concreto ordinamento nel quale ci si trovava immersi in modo da sviluppare una definizione che vi si confacesse<sup>62</sup>. Si è preteso di voler vedere nell'ordinamento un "sistema", i cui elementi condividono tutti un nesso con un *quid*, identificato, a seconda delle teorie, nel soggetto giuridico o nella *Grundnorm*<sup>63</sup>. Si sono create definizioni valide per tutti i rami dell'ordinamento, producendo altre ipostasi<sup>64</sup> e dimenticando che ogni concetto dogmatico è un *posterius* del dato normativo e ha valenza descrittiva; non è invece un *prius* con il quale ingabbiare tutte le norme sulla base dell'indimostrato presupposto per cui ciascuna di esse accoglierebbe la medesima definizione di un certo *nomen*<sup>65</sup>.

Conseguentemente, a un assolutismo che prescinde dalle diversità tra gli ordinamenti, se ne è aggiunto un altro, che oblitera le differenze tra i settori disciplinari appartenenti a uno stesso ordinamento. Non ci si è quindi resi conto che la costruzione dei

---

<sup>59</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 76 ss., nonché 130 ss.

<sup>60</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 128 ss.

<sup>61</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 79 ss.

<sup>62</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 73 ss.

<sup>63</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 159 ss.

<sup>64</sup> Sul valore delle ipostasi per la scienza giuridica, R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 73 ss.

<sup>65</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, cit., 81 ss.

dogmi «ha [...] un vantaggio e un costo», giacché «tende a sottolineare alcuni aspetti della realtà normativa, con i quali meglio si accorda, e fatalmente si discosta da altri, con i quali appare meno consentanea»<sup>66</sup> e rispetto ai quali – ci sia concesso di aggiungere – deve cedere, rinunciando a ogni pretesa di assolutezza. Difatti, «la capacità delle formule di tradurre in una forma sintetica e semplificata una complessa realtà normativa fa sì che esse si prestino ad essere assunte, in modo acritico, come parametro di riferimento per l'interpretazione di quella stessa disciplina sulla quale, viceversa, si dovrebbe misurare la loro fedeltà rappresentativa»<sup>67</sup>.

La pretermissione di queste considerazioni è potuta avvenire perché molti istituti, come l'eredità vacante, potevano comunque funzionare nonostante l'adozione degli apriorismi sostanzialistici. Nessuno, infatti, ha mai dubitato che le alienazioni operate dal curatore dell'eredità giacente possano essere trascritte.

Ora, però, con i fondi comuni di investimento, il dogma della necessaria titolarità produce conseguenze tali<sup>68</sup> da costringere a prendere coscienza del problema. È una crisi – non più soltanto teorica, ma pratica – di quei fondamenti filosofici. La soluzione del problema non è più rinviabile<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> G.L. PELLIZZI, *Il realismo e l'inquietudine del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 566.

<sup>67</sup> V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano 1985, 9.

<sup>68</sup> Le conseguenze della giurisprudenza di legittimità sono particolarmente pericolose nel momento in cui, stabilendo la trascrizione degli acquisti del fondo a favore della SGR, impediscono la separazione patrimoniale bilaterale sancita dall'art. 36, comma 4 TUF e pongono a carico della società di gestione una responsabilità sussidiaria per i debiti del fondo.

<sup>69</sup> Le premesse ideologiche, tuttavia, sono un male necessario.

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

Come si è detto, le situazioni giuridiche, secondo la teoria dell'iden-

---

ideologici e filosofici, che fungano da strumenti interpretativi per la creazione delle norme e per la loro sistemazione.

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

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

Le premesse interpretative, però, non possono diventare degli assoluti, ma devono adattarsi a un ordinamento che tende alla sistematicità – ossia alla completezza e alla coerenza – senza raggiungerla. La disorganicità delle fonti dimostra come vi possano essere settori disciplinari che richiedono l'adozione di premesse concettuali incompatibili col resto dell'ordinamento. La pretesa di coerenza può quindi dar luogo a soluzioni dottrinali contraddette dalle norme e deve perciò cedere di fronte a queste ultime. Di fronte a questa incompatibilità logica, l'ordinamento francese e quello italiano hanno scelto come valore assoluto la completezza, di fronte alla quale la coerenza deve essere talvolta sacrificata.

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

È il caso della nozione di «diritto soggettivo». La formulazione della sua definizione in termini di potestà del volere, d'interesse protetto, di protezione di un interesse, ecc., ha sempre teso all'assolutizzazione del concetto. In tutte queste teorie, il diritto soggettivo deve essere sempre uguale a se stesso, deve essere un assoluto, un qualcosa che esiste indipendentemente dal singolo e concreto ordinamento e che deve valere *sub specie aeternitatis*. Qui risiede l'errore. In un ordinamento fondato sul diritto scritto, come il nostro, il giurista deve costruire

tificazione delle azioni<sup>70</sup>, sono tradizionalmente individuate, oltre che dal titolo (*causa petendi*) e dall'oggetto (*petitum*), anche dal soggetto che ne è il titolare (*persona*).

Non bisogna tuttavia cadere nel fatale errore del tacchino induttivista<sup>71</sup> e pensare che ciò sia sempre vero. Soltanto la tendenza a trasformare il generale in universale, motivata da una malintesa esigenza di coerenza che prevarica il dato normativo, ha fatto ritenere che l'*imputazione*, ossia l'ascrizione di un diritto a un soggetto, sia imprescindibile. In realtà, «nessuna quantità di esperimenti potrà dimostrare che ho ragione, ma un unico esperimento potrà dimostrare che ho sbagliato»<sup>72</sup>.

Sia chiaro che non intendo lanciarmi in una disinvolta critica alla tradizione.

L'errore assolutista in cui essa è incorsa, oltre a essere stato cagionato da fattori linguistici e filosofici, è stato compiuto a fin di bene. Nulla, infatti, mette ordine come un assoluto e la costruzione

---

i concetti in modo che essi, sebbene fondati su premesse ideologiche estranee al diritto, non si pongano mai *contra legem*. Nell'attuale ordinamento italiano, la pretesa di definire il *diritto* sempre e comunque come il predicato di un soggetto costituisce un dogma in contrasto con il diritto positivo, giacché impone conseguenze applicative (ad es. la necessità di convenire in giudizio l'eredità giacente invece che il suo curatore) che non sono legittimate da alcuna norma.

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

<sup>70</sup> Su questa teoria, v., in questo Capitolo, il § 10.

<sup>71</sup> B. RUSSELL, *I problemi della filosofia*, Milano, 1988, 75: «fin dal primo giorno questo tacchino osservò che, nell'allevamento in cui era stato portato, gli veniva dato il cibo alle nove del mattino. E da buon induttivista non fu precipitoso nel trarre conclusioni dalle sue osservazioni e ne eseguì altre in una vasta gamma di circostanze: di mercoledì e di giovedì, nei giorni caldi e nei giorni freddi, sia che piovesse, sia che splendesse il sole. Così arricchiva ogni giorno il suo elenco di una proposizione osservativa in condizioni più disparate. Finché la sua coscienza induttivista non fu soddisfatta ed elaborò un'inferenza induttiva come questa: "Mi danno il cibo alle nove del mattino". Questa concezione si rivelò incontestabilmente falsa alla vigilia di Natale, quando, invece di venir nutrito, fu sgozzato».

<sup>72</sup> EINSTEIN, *Lettera a Max Born*, 4 dicembre 1926.

di un sistema, ossia di un insieme completo e coerente, è uno dei doveri della dottrina.

La necessaria esistenza di un soggetto cui imputare l'eredità vacante (o giacente), fosse anche la stessa eredità, è tuttavia indimostrata. La tutela giuridica degli interessi umani, che si realizza mediante la costituzione, la modificazione e l'estinzione di situazioni giuridiche, non richiede infatti l'imputazione delle situazioni, ma la loro esistenza. Ciò è dimostrato proprio dall'eredità vacante e da quella giacente, in relazione alle quali l'individuazione di un soggetto-titolare non migliorerebbe in alcun modo la protezione degli interessi dei creditori e dei successibili.

Immaginare l'esistenza di un soggetto, titolare dell'eredità tra l'apertura della successione e la devoluzione, non risponde ad alcuna necessità logica o giuridica. I diritti ereditari esistono a prescindere dalla loro imputazione, come dimostrato dalla possibilità che essi siano attivati in giudizio dal chiamato (art. 460 c.c.) e dal curatore dell'eredità giacente (art. 529 c.c.)<sup>73</sup>. Anche l'art. 529 c.c., il quale discorre di «danaro che si trova nell'eredità», invece che di «danaro dell'eredità», depone in questo senso.

La disciplina, quindi, non si preoccupa di indicare i titolari dei diritti, ma di conservare questi ultimi e di individuare i soggetti che li possono far valere.

Diversamente da quanto ritenuto dalla Suprema Corte, ciò che preme all'ordinamento non è che i patrimoni abbiano un *titolare*, ma che essi abbiano un *gestore*, in modo tale, in ultima istanza, da mantenerli funzionali agli interessi per i quali sono conservati.

Un patrimonio, rispetto al quale nessuno può compiere atti, né riceverli, difatti, è posto in un limbo, astratto dal divenire giuridico e sottratto quindi alla possibilità di servire gli interessi umani per la cui tutela le situazioni giuridiche concrete sono predisposte. Un patrimonio siffatto confliggerebbe con il carattere sociale del fenomeno giuridico e con la circostanza per cui *omne ius hominum causa constitutum est*. La situazione giuridica statica (proprietà, credi-

---

<sup>73</sup> Vedremo nel Capitolo IV che la stessa architettura disciplinare si riscontra nei fondi comuni di investimento.

to, usufrutto, ecc.) non si tradurrebbe nelle conseguenze dinamiche elementari di potere e obbligo e non potrebbe quindi essere utilizzata per il conseguimento degli interessi umani, restando relegata al mondo delle idee e non imponendosi quindi nel reale e nel sociale.

Si comprende così, peraltro, quanto il profilo dinamico dei diritti, consistente nella determinazione di *chi può o deve fare che cosa*, sia il presupposto della realizzazione dell'interesse per cui quei diritti sono previsti. Due profili tradizionalmente in opposizione, interesse e volontà, sono così, per il tramite della traduzione delle situazioni statiche (es. proprietà) in situazioni dinamiche (es. chi può efficacemente vendere il bene), ricondotti a unità<sup>74</sup>.

È per questa ragione che il curatore dell'eredità giacente può essere nominato, *ex art. 528 c.c.*, su istanza di qualsiasi interessato, ivi compresi i creditori ereditari. Tale legittimazione generale è funzionale al citato interesse pubblico alla gestione dei patrimoni. Se il creditore ereditario non potesse chiedere la nomina del curatore, allora non potrebbe agire contro nessuno. Se, invece, gli fosse consentito di aggredire un patrimonio senza un contraddittore, si violerebbe la natura dialettica del processo civile.

#### 6. *L'autonomia concettuale della soggettività rispetto alla personalità fonda un'ulteriore critica ai patrimoni acefali*

Si è detto che, con la distinzione tra la personalità e la soggettività giuridica, acquisita nel '900<sup>75</sup>, il patrimonio acefalo «perde valore

<sup>74</sup> A questo proposito, S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, Milano, 2008, 805, prende in esame «l'oggetto della tutela (l'interesse) e il mezzo tipico di attuazione della tutela medesima (la volontà). Questi due elementi [...] sono necessariamente connessi, sicché non può mancare nel diritto subbiiettivo né l'interesse, né la volontà, non solo, ma la volontà è l'unico mezzo di attuazione dell'interesse preso in considerazione dall'ordinamento giuridico».

<sup>75</sup> Grazie all'opera di F. MESSINEO, *Per l'individuazione del "soggetto collettivo" non-personificato*, in *Arch. Giur.*, 1952, 3 ss.

Riguardo ai rapporti tra soggettività e personalità giuridica, si vedano: F. CARRESI, *Potere di disposizione e legittimazione processuale nelle associazioni non riconosciute*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 205 ss.; E. GRASSO, *L'espropriazione della quota*,



operativo» se utilizzato come alternativa alla personalità giuridica stessa. Poiché si danno soggetti privi di personalità – come le associazioni non riconosciute – ogni patrimonio, non imputato a una persona fisica o giuridica, può essere considerato un soggetto<sup>76</sup>: «il riconoscimento della soggettività giuridica, quale nozione che spezza la tradizionale dicotomia persona fisica-persona giuridica, segna i limiti della sopravvivenza della categoria dei patrimoni autonomi»<sup>77</sup>, intesi, secondo quella dottrina, come patrimoni privi di titolare.

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

---

Milano, 1957, 26 ss.; P. RESCIGNO, voce *Capacità giuridica*, in *Novissimo Digesto italiano*, II, Torino, 1968, 874; F. GALGANO, *Principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, 20 ss.; G. SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968; P. RESCIGNO, *Personalità giuridica e gruppi organizzati (atti di un convegno)*, Milano, 1971; M. BASILE, A. FALZEA, voce *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIII, 1983, 234 ss.; N. LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, 55 ss.; G.L. PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, cit., 1 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 23 ss.

Sulla *personalità* come sinonimo della *autonomia patrimoniale*, v., per tutti, F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 611.

Secondo P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 299-300, l'unica soggettività vera è quella dell'uomo, mentre quella delle persone giuridiche, intese come soggetti diversi dall'uomo, è soltanto analoga a quella umana. La soggettività delle persone giuridiche può quindi essere affermata nei soli limiti in cui i caratteri della soggettività umana vi siano riscontrabili. Se la soggettività è attribuita agli enti riconosciuti e se il mancato riconoscimento non intacca normativamente quell' analogia, allora la soggettività deve essere ascritta anche agli enti non riconosciuti.

Contestano l'idea dei soggetti non personificati: P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 298 e F. VASSALLI, *Responsabilità di impresa e potere di amministrazione*, Milano, 1973, 251 ss.

<sup>76</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 169.

<sup>77</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 169, nota 155.

sia onnicomprensivo, includendo anche il patrimonio acefalo. Ciò è indimostrato.

Con la prima asserzione, infatti, s'intende sostenere l'equivalenza funzionale tra il soggetto giuridico e il patrimonio acefalo e, dunque, l'irrilevanza, a fini disciplinari, di quella distinzione concettuale; con la seconda affermazione, invece, si nega la distinzione concettuale in sé e per sé considerata. Le due affermazioni possono anche derivare l'una dall'altra, ma non è stata dimostrata neppure l'irrilevanza *disciplinare* del distinguo tra patrimonio entificato<sup>78</sup> e patrimonio acefalo.

È poi interessante notare che la pretesa irrilevanza della distinzione è stata affermata, non soltanto da coloro che, come Mirzia Bianca, ritengono che il patrimonio acefalo abbia perso ogni autonomia concettuale e disciplinare, ma anche da chi, come Roberta Colaïori, ha affermato che tale perdita di valore riguarderebbe il soggetto:

non ogni *Zweckvermögen* implica l'individuazione di una persona<sup>79</sup>. Ed infatti i valori destinati (o: *property entities*<sup>80</sup>) escono dal patrimonio del destinante “senza entrare nel patrimonio di alcun altro soggetto”<sup>81</sup> in ragione dell'inessenzialità di una figura soggettiva (cioè più esattamente: “prescindendo dalla ricerca di una diversa persona”<sup>82</sup>) e dell'altrettanto sicura necessità, in questo caso, di uno scopo (il “risultato programmato”<sup>83</sup> dell'at-

<sup>78</sup> Per «patrimonio entificato» intendo il patrimonio imputato a un soggetto.

<sup>79</sup> E.J. BEKKER, *Beiträge zum Aktienrecht*, II, *Die inneren Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften nach dem Handelsgesetzbuch und dem Gesetz vom 11. Juni 1870*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht (ZGH)* 17 (NF 2), 1873, 389.

<sup>80</sup> C. ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, in C. ANGELICI, M. CARAVALE, E. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, 154.

<sup>81</sup> F. GALGANO, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Bologna, 1986, 293.

<sup>82</sup> C. ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, *ibidem*; R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., nota 37, ricorda come secondo C.A. COOKE, *Corporation, Trust and Company*, Manchester, 1950, 86, «an unincorporated group could not hold property, but property could be held in trust for it».

<sup>83</sup> P. SPADA, *Diritto commerciale*, I, *Parte generale, Storia, Lessico e Istituti*, Padova, 2009, 48 ss. e 145.

tività); escludendo così quello che si direbbe un affannoso tentativo di “personificazione della norma”<sup>84</sup>. Se è vero, come certamente è vero, che l’idea del riferimento del patrimonio ad un soggetto evidenzia la sua insufficienza soprattutto con riferimento alla “realtà molteplice dei fini e degli obiettivi intrinseci a qualunque vicenda giuridica”<sup>85</sup> allora è evidente che dichiarare, come si è fatto<sup>86</sup>, l’insufficienza o irrilevanza del soggetto destinatario, appare necessario<sup>87</sup>.

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

In altri termini, se si proclama che l’imputazione dei diritti non è sempre necessaria, si coglie una profonda verità, giacché vi sono casi in cui il patrimonio è identificato a prescindere dalla sua imputazione a un soggetto. Se, però, da tale scoperta si pretende di trarre la conclusione per cui il soggetto non è rilevante nemmeno nei casi in cui sussiste (ad es. società per azioni), allora si cade da un errore all’altro<sup>88</sup> e, per la precisione, in quello che poc’anzi ho con-

---

<sup>84</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950, 24.

<sup>85</sup> F. ALCARO, *Unità del patrimonio*, cit., 106.

<sup>86</sup> F. ALCARO, *Unità del patrimonio*, cit., 106; P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo*, cit.

<sup>87</sup> R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit., da cui sono tratte le note inserite nella citazione.

<sup>88</sup> In termini simili si è espresso A. SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit., il quale, dopo aver ricostruito il fondo comune come un sacco di danaro che lo avvicinerrebbe alla società per azioni, ha sostenuto che «l’alternatività tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale, tutta basata sul latente assunto che solo ed esclusivamente il soggetto (biologico o artificiale) può essere il termine di situazioni giuridiche attive o passive, non trova riscontro nella realtà giuridica e fattuale e deve essere radicalmente ridimensionata in favore di una concezione secondo cui le categorie evocate non solo non sono distanti, ma addirittura si pongono in relazione di interscambiabilità tra di esse [...]. Né, al fine di una ottimale sistemazione del problema in esame, è interessante conoscere a chi compete la titolarità del sacco e quindi rievocare l’antico dibattito sulla natura giuridica dei fondi comuni di investimento, al fine di dar risposta all’interrogati-

testato a Mirzia Bianca: sostenere, senza dimostrarla, l'irrilevanza disciplinare della distinzione tra patrimonio imputato e patrimonio acefalo, ossia tra predicati soggettivi e oggettivi.

Come può dirsi, infatti, che il *soggetto giuridico* sia inutile, se non ne è stata previamente chiarita la definizione? Potremmo forse af-

---

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

Per un'impostazione analoga, secondo cui l'interrogativo sulla soggettività sarebbe mal posto in quanto ogni questione sarebbe risolvibile semplicemente applicando in maniera corretta la disciplina del TUF, v. F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 131.

Condivido la critica all'orientamento di legittimità nella parte in cui pretende di basare le proprie conclusioni su di un dogma infondato, quale è quello di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche, ma non l'altra affermazione, secondo cui ogni problema potrebbe essere risolto sulla base del dato positivo. Quest'ultimo, in realtà, è alquanto scarno e richiede quindi di essere integrato ricavando le soluzioni applicative per deduzione dall'inquadramento del fondo, inquadramento che a sua volta deve essere ottenuto per induzione dai pochi dati positivi a disposizione.

F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 131, ad esempio, ritiene che gli interrogativi che hanno sinora agitato dottrina e giurisprudenza attengano sempre a: regime di circolazione dei beni; regime di responsabilità; effetti della circolazione dell'ufficio gestorio; posizione giuridica dei partecipanti. Come vedremo nel prosieguo, i casi che possono presentarsi all'interprete sono più sfaccettati. A pagina 133, per esempio, l'Autore ritiene che il *decisum* del Tribunale di Milano, 10 giugno 2016, cit. – secondo cui la prelazione statutaria non è violata dalla

fermare che un'entità ignota è inutile? È possibile che lo sia, ma fintantoché quell'entità non è stata indagata, una tale affermazione è scientificamente scorretta.

Eppure è stato detto che «ciò che conta [...] è il regime patrimoniale connesso a dette situazioni e la sua opponibilità ai terzi, non già l'inquadramento all'interno di categorie dogmatiche svincolate dal dato normativo»<sup>89</sup>.

È proprio l'idea secondo cui la categoria del *soggetto* sarebbe svincolata dal dato normativo a dover essere dimostrata.

È vero che nessuna disposizione dell'ordinamento offre una definizione della *soggettività giuridica*. Sostenere l'assoluta irrilevanza della qualificazione di un'entità in termini di *soggetto* presuppone, però, non soltanto che una tale definizione sia assente, ma anche che quella qualificazione non costituisca un'«asserzione di norme»<sup>90</sup>. Per dimostrare la correttezza di quest'ultima tesi, occorre indagare il linguaggio dei giuristi e verificare se vi siano delle ipotesi, per quanto eventualmente eccezionali e dalla portata contenuta, in cui l'uso del termine *soggetto* indica l'applicabilità, a una determinata entità, di almeno una disposizione dell'ordinamento.

Soltanto a quel punto si sarà in grado di affermare, in modo scientificamente corretto, se e quanto il soggetto sia rilevante, in

---

sostituzione del gestore del fondo che contenga una partecipazione societaria – sia l'unica soluzione conforme al TUF. L'Autore afferma, infatti, che l'opzione interpretativa opposta «confonderebbe la semplice modifica del contratto gestorio, rappresentata dalla sostituzione del soggetto gestore, con un fenomeno circolatorio della partecipazione societaria di compendio del fondo». L'affermazione si risolve all'evidenza in un circolo logico: che la sostituzione dia luogo alla modifica dell'ufficio gestorio, piuttosto che della titolarità del diritto, è proprio ciò che si deve dimostrare e che il TUF non chiarisce espressamente.

Occorre quindi sfrondare il discorso giuridico del dogma della necessaria titolarità, senza però cedere alla tentazione di escludere aprioristicamente qualsiasi rilevanza del soggetto.

<sup>89</sup> P. BASILE, *La soggettività*, cit., che si rifà quindi agli Autori citati in nota 88.

<sup>90</sup> Sulla concezione secondo cui i concetti qualificatori costituirebbero delle asserzioni di norme, ossia delle espressioni con cui sinteticamente si indica l'applicabilità di una certa disciplina a una determinata entità, v. F. D'ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 15 ss.

particolare circa la disciplina dei fondi comuni d'investimento. Fino ad allora, l'utilizzo del rasoio di Ockham contro il soggetto sarà improprio.

Conviene dunque non ingabbiare il diritto e le mutevoli esperienze sociali nella necessaria soggettivizzazione della norma o nell'inevitabilità della sua oggettivizzazione, ma rispondere con un semplice «dipende». Talvolta le situazioni giuridiche sono imputate, talvolta no.

Come detto da Wittgenstein, «tutto ciò che la filosofia può fare è distruggere idoli. E questo significa non crearne di nuovi».

*7. Segue: la distinzione tra soggettività e personalità non assorbe il patrimonio acefalo*

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

Il soggetto-titolare (es. Tizio) e il predicato acefalo (es. eredità in morte di Tizio) sono degli omologhi funzionali, giacché entrambi identificano un patrimonio. L'omologia funzionale di due istituti non dimostra, però, la loro identità disciplinare<sup>91</sup>.

In senso contrario, si è sostenuto lo «svuotamento della categoria concettuale dei patrimoni autonomi» e «l'immedesimazione di questi in soggetti di diritto»<sup>92</sup>. Ciò dimostra che, nel pensiero di quella dottrina – che sostiene l'equivalenza funzionale tra il soggetto giuridico e il patrimonio acefalo<sup>93</sup> e, nel contempo, esclude che quest'ultimo abbia un significato concettualmente autonomo rispetto a quello di *soggetto giuridico* – prevale questa seconda considerazione. I concetti di

<sup>91</sup> È noto, infatti, che la creazione di una società controllata è l'omologo funzionale dell'istituzione di un patrimonio *ex art. 2447 bis c.c.*, ma tale profilo funzionale non ne comporta un'identità strutturale, stante l'asimmetria normativa evidenziata dalla dottrina: L. VENTURA, *Il patrimonio separato tra equivalenza funzionale e asimmetrie normative: profili di diritto commerciale comparato*, in *Diritto del Commercio Internazionale* 2016, I, 161 ss.

<sup>92</sup> BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 170 ss.

<sup>93</sup> Quella di M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 169.

patrimonio acefalo e di soggetto sarebbero identici, dovendosi quindi utilizzare, sempre e comunque, il termine *soggetto*<sup>94</sup>.

È mio parere che quella dottrina cada in contraddizione nel momento in cui fonda tale asserzione sulle seguenti disposizioni<sup>95</sup>: art. 2266 c.c., per le società di persone<sup>96</sup>; art. 36 c.c., per le associazioni non riconosciute<sup>97</sup>; art. 41 c.c., per i comitati<sup>98</sup>; art. 2659 c.c.<sup>99</sup>; art. 147 L. Fall.<sup>100</sup>. Queste norme dimostrerebbero che la soggettività assorbe l'autonomia patrimoniale e quindi il patrimonio acefalo<sup>101</sup>.

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

Pretendere di trarre da queste disposizioni speciali un principio generale, per cui ogni entità diversa dalla persona fisica è un soggetto giuridico, è un salto logico. Resta da dimostrare, infatti, che la

---

<sup>94</sup> Quest'impostazione, oltre a non dimostrare l'identità disciplinare dei due concetti, non spiega perché, in luogo dell'utilizzo del termine *soggetto*, l'unico concetto non possa essere denominato *patrimonio*. In questa scelta, che resta implicita, è insito il dogma della necessaria titolarità delle situazioni giuridiche.

<sup>95</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 170 ss.

<sup>96</sup> Il primo comma prevede che «la società acquista diritti e assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza e sta in giudizio nella persona dei medesimi».

<sup>97</sup> Secondo cui le associazioni non riconosciute «possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali [...] è conferita la presidenza o la direzione».

<sup>98</sup> Ai sensi del secondo comma, «il comitato può stare in giudizio nella persona del presidente».

<sup>99</sup> A norma dell'art. 2659, comma 1 c.c., «chi domanda la trascrizione di un atto fra vivi deve presentare al conservatore dei registri immobiliari, insieme con la copia del titolo, una nota in doppio originale, nella quale devono essere indicati: 1) il cognome ed il nome, il luogo e la data di nascita e il numero di codice fiscale delle parti [...]».

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

<sup>100</sup> Secondo questa norma, il fallimento della società comporta la dichiarazione di fallimento dei soci illimitatamente responsabili.

<sup>101</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 173-174.

soggettività, avendo guadagnato l'autonomia concettuale rispetto alla personalità, non si sia soltanto estesa oltre i limiti di quest'ultima, ma abbia ricompreso ogni elemento non rientrante nella personalità stessa.

Tale argomentazione – che legittimerebbe una *summa divisio* per cui *tertium non datur* – non solo non è dimostrata, ma è, dal punto di vista concettuale, contraddetta da quanto si dirà tra poco, ossia dalla rilevanza normativa del soggetto.

#### 8. *La necessaria distinzione tra soggetto e patrimonio*

Il soggetto non può coincidere col patrimonio.

Se così fosse, il soggetto coinciderebbe con un insieme di situazioni giuridiche<sup>102</sup>, il cui mutamento implicherebbe il mutare del soggetto medesimo, il che è assurdo. Tra i due concetti vi è stretta correlazione, ma non identità. L'imputazione delle situazioni giuridiche al patrimonio, inoltre, è incompatibile con la nozione stessa di *soggetto*, inteso come il potenziale titolare di qualcosa che è necessariamente diverso dal soggetto medesimo. Non ha senso, quindi, attribuire al patrimonio la capacità giuridica o la soggettività giuridica.

Neppure si può immaginare che il patrimonio sia una sorta di contenitore di situazioni giuridiche, il quale si frapporrebbe concettualmente tra queste ultime e il soggetto.

Quest'idea, tuttavia, era già insita in Rau e Aubry: «le patrimoine étant une émanation de la personnalité, est l'expression de la puis-

---

<sup>102</sup> Questa «tentazione» si manifesta chiaramente in H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1966, 101, il quale concepiva la persona, fisica e giuridica, non come un'entità titolare di diritti o obblighi, ma come l'insieme di quei diritti e di quegli obblighi, come un *homo iuridicus*, sorta di *avatar* ideale-giuridico dell'uomo in carne e ossa.

P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 52, nota 129, dà atto di come le tesi «patrimonialiste» della persona fisica – quale quella di G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 445 ss., secondo cui la persona è «fisco», ovvero sia cassa, patrimonio – tendono a prevalere ove la rilevanza della capacità giuridica è talmente totalizzante da eliminare quella della capacità d'agire agli effetti della definizione di «soggetto».



sance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte: [...] que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien [...]»<sup>103</sup>. Ciò equivale a dire che il soggetto ha necessariamente una scatola (patrimonio), che può essere riempita di situazioni giuridiche. In realtà, il patrimonio è un insieme di situazioni giuridiche, non il loro fantomatico contenitore. *Entia non sunt multiplicanda sine necessitate*.

9. *Il distinguo tra il patrimonio primario (entificato o acefalo) e quello secondario (bilateralmente separato)*

Nella stesura di questo lavoro, avevo per lungo tempo avuto l'impressione che il patrimonio acefalo si distinguesse strutturalmente da quello entificato. Pertanto, il criterio interpretativo generale, che auspicavo di poter identificare, era il seguente: a) se le norme da applicare si incentrano, come per la trascrizione, sulla funzione del patrimonio (*i.e.* separazione patrimoniale bilaterale), allora non occorre chiedersi quale sia la natura dell'entità esaminata, giacché le conseguenze disciplinari saranno comunque le stesse; b) se, invece, le norme fanno perno sulla struttura del patrimonio, allora è necessario verificare la struttura dell'entità coinvolta, la quale muterebbe a seconda del fatto che il patrimonio medesimo sia imputato a un soggetto oppure acefalo.

Questa fallacia si è potuta configurare perché a tutt'oggi manca una dimostrazione della rilevanza della distinzione tra patrimonio entificato, acefalo e separato che possa finalmente porre fine alle dispute e, creando consenso nella comunità scientifica, garantire la certezza del diritto.

---

<sup>103</sup> F.C. RAU, C. AUBRY, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C. S. Zachariae*, cit., 347.

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

Incominciando dal profilo strutturale, vi è, a differenza di quanto ritenevo inizialmente, identità assoluta tra le tre *figurae*. In ogni caso, infatti, il patrimonio consisterà in un insieme di situazioni giuridiche. Il passaggio da una *figura* all'altra non comporta alcuna metamorfosi strutturale del patrimonio. Se dico che l'eredità vacante è un soggetto, ottengo forse, in capo alle situazioni giuridiche di cui si compone, la produzione di effetti diversi da quelli che otterrei, in termini di *chi può o deve fare che cosa*, dalla negazione della sua soggettività? No, perché le situazioni sono identificate comunque dalla precedente appartenenza a un determinato *de cuius* e sono sottoposte alle medesime norme.

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

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

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

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

Vi è dunque omologia funzionale tra l'esclusione della responsabilità per debito altrui (norma implicita dell'art. 2740, comma 1) e la separazione patrimoniale bilaterale (art. 2740, comma 2 c.c.). Per sottrarre un insieme di situazioni giuridiche all'azione esecutiva di taluni creditori, infatti, è possibile istituire dei patrimoni primari (patrimonio entificato o acefalo)<sup>104</sup>, oppure creare un patrimonio bilateralmente separato e imputato al gestore<sup>105</sup>. In entrambi i modi, si garantirà che quel patrimonio risponda soltanto dei debiti inerenti alla sua gestione, escludendo che esso sia gravato da quelli dei conferenti e del gestore. Oltre alla nota omologia funzionale tra la costituzione di una società e l'istituzione di un patrimonio bilateralmente separato<sup>106</sup>, allora, si aggiunge quella tra questi due istituti e il patrimonio acefalo.

<sup>104</sup> Il patrimonio della Società Alfa non risponde dei debiti della società Beta, né di quelli del fondo comune Gamma o di Tizio.

<sup>105</sup> La mente corre al patrimonio separato di cui all'art. 2447 *bis* c.c.

<sup>106</sup> Secondo la *Relazione allo schema di decreto legislativo recante Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, cit., il patrimonio destinato è «operativamente equivalente alla costituzione di una nuova società, col vantaggio della eliminazione dei costi di costituzione, mantenimento ed estinzione della stessa».

F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 837, avverte di non trarre, dall'omologia funzionale, la convinzione per cui questi patrimoni sarebbero parimenti approvati dall'ordinamento: «chi opera questa identificazione motiva instaurando un grossolano e superficiale accostamento con il (libero) diritto di alienare [...] senza considerare però che la separazione patrimoniale, essendo l'eccezione rispetto alla regola della creazione di un nuovo soggetto, necessita di filtri e cautele [...] a tutela dei creditori».

L'omologia tra i patrimoni primari e quello secondario, tuttavia, è soltanto parziale, essendo limitata alla separazione dei creditori e dunque al regime della responsabilità patrimoniale.

Mentre il patrimonio secondario rileva unicamente agli effetti dell'esclusione dell'azione esecutiva di alcuni creditori e per una particolare disciplina della circolazione dei beni<sup>107</sup> (*ex* art. 2740, comma 2), infatti, il patrimonio primario (entificato o acefalo) rileva «a tutti gli effetti»<sup>108</sup>.

Poiché vi è identità strutturale tra i diversi tipi di patrimonio, la loro differenza disciplinare, sempre che esista, deve attenersi a un elemento estrinseco all'insieme delle situazioni giuridiche di cui i patrimoni si compongono.

Dato che il patrimonio sta in corrispondenza biunivoca col predicato che lo identifica (es. soggetto-titolare oppure predicato oggettivo)<sup>109</sup>, allora discorrere del profilo funzionale del patrimonio primario significa indagare la rilevanza di quello stesso predicato, il quale determina, tra l'altro, l'identificazione degli oggetti negoziali e processuali, la responsabilità di cui all'art. 2740, comma 1 c.c., la successione a titolo particolare, quella universale e la continuità delle trascrizioni. Vi sono, perciò, tante funzioni del patrimonio quante quelle cui assolve il predicato che lo identifica. Mentre il patrimonio secondario rileva unicamente agli effetti dell'art. 2740, comma 2 c.c., il patrimonio primario rileva «a tutti gli effetti».

Questo profilo funzionale segna la rilevanza della distinzione disciplinare tra il patrimonio primario e quello secondario.

Così, riconoscendo la natura soggettiva delle società di persone e stabilendo quindi la distinzione tra esse e i soci, si è ammesso che questi ultimi possano prestare fideiussione per la società, trattandosi, *ex* art. 1936 c.c., di garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui, inerente – diremmo noi – a un patrimonio primario

<sup>107</sup> M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 118.

<sup>108</sup> L'espressione è tratta dall'art. 36 TUF, che regola i fondi comuni d'investimento.

<sup>109</sup> È il secondo dogma di Rau e Aubry, secondo il quale a ogni soggetto corrisponde un solo patrimonio.

diverso da quello del socio medesimo. Tale soluzione sarebbe stata impossibile se il patrimonio sociale fosse stato considerato un patrimonio separato dei soci<sup>110</sup>.

È possibile che le differenze operative tra patrimonio primario e secondario bilateralmente separato siano pressoché invisibili. Può darsi, infatti, che, secondo quanto si dirà nel Capitolo IV in merito ai fondi comuni d'investimento, la natura primaria o secondaria del patrimonio non incida in alcun modo sui tre maggiori profili di rilevanza giuridica dell'imputazione dei diritti e, in particolare, della proprietà, consistenti nella disposizione (art. 832 c.c.), nel godimento (art. 832 c.c.) e nella responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.). Il gestore potrà infatti disporre della cosa unicamente nell'interesse dei beneficiari, cosicché non potrà goderne, essendovi, in ogni caso, una separazione bilaterale tra i creditori del gestore e quelli del patrimonio gestito.

Ciò nonostante, questi tre profili non esauriscono la rilevanza del distinguo tra patrimonio primario e secondario, giacché possono esservi ulteriori disposizioni che si incentrano sul predicato che identifica la situazione giuridica, come accade, per esempio, quando una norma (es. art. 1936 c.c.) presuppone l'alterità del debito garantito. Un altro esempio è dato dalla trascrizione. Se il fondo comune d'investimento è un patrimonio separato della SGR, allora il passaggio di un diritto da un fondo all'altro, appartenente alla medesima società, non è trascrivibile. Qualora invece il fondo sia considerato un patrimonio primario, la trascrizione del suddetto trasferimento è necessaria.

La differenza tra patrimonio primario e secondario, dunque, anche nei casi in cui non si manifesta in merito ai tre grandi temi della disposizione, del godimento e della responsabilità patrimoniale, non può essere obliterata, potendo comunque produrre delle conseguenze disciplinari allorquando il patrimonio gestito sia distinto «a tutti gli effetti» da quello del gestore.

È questo il criterio su cui sarà fondato, nel Capitolo IV, l'inquadramento dei fondi comuni d'investimento.

---

<sup>110</sup> Cass., Sez. I, 12 dicembre 2007, n. 26012, in *Foro it.* 2008, 10, I, 2943 ss.

10. *Proposta di un'insiemistica patrimoniale. Le tre definizioni di soggetto e la rilevanza disciplinare della loro distinzione*

La non necessaria esistenza del soggetto-titolare è confermata dalla circostanza per cui i diritti ereditari sono identificabili sulla base della precedente imputazione al soggetto ormai deceduto. Affinché le situazioni giuridiche possano esistere e tutelare interessi umani, e in particolare perché esse possano essere costituite, modificate ed estinte, ossia incise dagli effetti che le norme ricollegano ai fatti, è necessario che esse siano identificabili. Senza di ciò, le proposizioni normative riguarderebbero una situazione giuridica indeterminata e non potrebbero operare per ragioni logiche e linguistiche, prima ancora che giuridiche.

Questa osservazione ha un'importanza fondamentale in quest'opera. Desidero, infatti, tentare una formalizzazione della distinzione tra soggetto e patrimonio, leggendo la tematica «nel prisma dell'accertamento giudiziale»<sup>111</sup> e, più precisamente, alla luce di *personae*, *causa petendi* e *petitum*. Farò quindi riferimento alla teoria dell'identificazione delle azioni<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> Il riferimento è naturalmente ad E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, I, 3 ss.

<sup>112</sup> La letteratura, in materia, è vastissima. Si vedano, tra gli altri: G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni: sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 162-163; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935-1936, 326; ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 280; V. DENTI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Digesto Priv.*, XIV, Torino, 1967, 675 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 1969, 866 ss.; M. TARUFFO, *Collaterale estoppel e giudicato sulle questioni*, II, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, 282 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del cod. di proc. civ.*, diretto da E. Allorio, II, Torino, 1980, 33, nota 17; L. P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, 119 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da A. Proto Pisani*, Torino, 2002, 190 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2007, 262 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007, 152 ss.

Sia inoltre concesso di rinviare, anche riguardo all'idoneità al giudicato dei diversi tipi di provvedimenti civili presenti nel nostro ordinamento, a L. IACUMIN,

È astrattamente possibile creare patrimoni, ossia insiemi di situazioni giuridiche, sulla base della comunanza del titolo o dell'oggetto che esse condividono. L'ordinamento, tuttavia, non offre esempi di patrimoni costruiti attorno a questi elementi. Di conseguenza, utilizzerò il termine *predicato* per indicare esclusivamente l'elemento, diverso dal titolo e dall'oggetto, costituito dal soggetto-titolare (es. Tizio) o dal predicato equipollente (es. eredità in morte di Tizio). Vi saranno quindi predicati soggettivi e predicati oggettivi.

L'identificazione dei diritti ha due profili di rilevanza: l'uno atomistico, l'altro insiemistico.

Nel primo caso, l'identificazione serve a distinguere una certa situazione giuridica da ogni altra. Tale profilo è determinante per varie operazioni logico-giuridiche, come l'identificazione dell'oggetto del negozio e del processo.

Quanto al profilo insiemistico, invece, l'identificazione di alcune situazioni consente di individuarne il predicato identificativo, tramite il quale porle in relazione con tutte le altre situazioni caratterizzate dal medesimo predicato, creando un insieme di queste ultime, ossia un patrimonio. Questo meccanismo è essenziale per alcuni fenomeni, come la responsabilità patrimoniale e la riduzione delle disposizioni lesive della quota di legittima. In queste ipotesi non è sufficiente indicare una singola situazione, ma è necessario porla in relazione con altre. Per esempio, se un patrimonio ha situazioni attive del valore di 100 e situazioni passive pari a 90, il compimento di un atto di disposizione (es. donazione) pari a 20 può comportare una lesione, dell'ammontare di 10, alla garanzia patrimoniale generica che assiste i creditori. Tale relazione tra le situazioni attive, quelle passive e l'atto di disposizione comporta l'esperibilità dell'azione revocatoria contro l'atto medesimo<sup>113</sup>. Se

---

*Le sentenze definitive e non definitive*, in AA. VV., *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, 2159 ss.

<sup>113</sup> Conviene qui riprendere le parole di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 85: «gli istituti della surrogatoria, della revocatoria e del sequestro conservativo, più generalmente la figura della solvenza o meglio della solvibilità del debitore esprimono [...] una rilevanza del patrimonio della persona nel suo complesso».

questa relazione si verifica in sede di successione *mortis causa*, la lesione della legittima – derivante dal testamento, dalle donazioni o dalle liberalità non donative – comporta l’esperibilità dell’azione di riduzione.

Ebbene, non si è mai dimostrata la correttezza del dogma della necessaria titolarità, secondo cui il soggetto giuridico sarebbe l’unico predicato idoneo, assieme al titolo e all’oggetto, a identificare le situazioni giuridiche, né, ad esempio, che l’eredità vacante non possa funzionare senza un titolare. Non lo si è mai dimostrato, perché era impossibile farlo. La fonte del dilemma, infatti, non risiede nel dimostrare ciò, bensì nella stessa definizione di *soggetto*, presupposta da tale dimostrazione. Il diritto positivo non offre alcun ausilio. Né è possibile accantonare questo problema, come fatto dalle dottrine criticate in questo Capitolo, prima di averne rigorosamente dimostrato l’irrilevanza giuridica.

Poiché la definizione del *soggetto*, per le ragioni precedentemente addotte, non può essere rinvenuta nel platonico mondo delle idee e non può essere perciò valida *sub specie aeternitatis* per ogni possibile ordinamento, è necessario elaborare una definizione stipulativa. Questa definizione va quindi costruita in un’ottica non più aristotelica ed essenzialista, ma metodologica. Qual è, perciò, tra le varie definizioni possibili di *soggetto* – ciascuna delle quali non è né vera, né falsa – quella migliore ai fini del metodo, quella che maggiormente garantisce una comunicazione scientifica precisa e univoca? Vi sono, nel linguaggio dei giuristi, elementi che possano suffragare una definizione e farne scartare altre?

Il linguaggio giuridico, come ogni altro, presuppone l’identificazione dei propri oggetti: «*no entity without identity*»<sup>114</sup>.

Questa necessità identificativa può essere soddisfatta non soltanto mediante l’imputazione di una situazione a un soggetto-titolare, ma anche mediante l’attribuzione, alla situazione medesima, di un predicato oggettivo. Questo non consiste in un soggetto-titolare (es. Tizio), ma in un’entità diversa, in un *nomen nudum* (es.

---

<sup>114</sup> W.V.O. QUINE, *Ontological Relativity and Other Essays*, New York, 1969, 23.



eredità vacante in morte di Tizio). Quest'entità oggettiva, al pari del soggetto-titolare (Tizio), consente di distinguere la situazione giuridica concreta da ogni altra situazione caratterizzata dallo stesso titolo (*causa petendì*) e dallo stesso oggetto (*petitum*).

Alla tradizionale dicotomia diritto oggettivo-diritto soggettivo, è quindi necessario sostituire quella che corre tra diritto astratto e diritto concreto. Il diritto astratto, sinonimo di quello oggettivo, consiste nella disciplina dettata in via generale e astratta. Il diritto concreto, invece, consiste nella concretizzazione dell'astratta volontà della Legge, ovvero, per usare le parole del Maestro, nella «reiterazione della norma astratta nel caso concreto»<sup>115</sup>. Tale diritto concreto è identificato dal predicato che gli viene ascritto<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 134.

<sup>116</sup> Nello stesso tempo, il predicato oggettivo, come pure quello che consiste in un soggetto diverso dalla persona fisica, potrà mutare, senza che con ciò muti l'identità del patrimonio. Questo può apparire contraddittorio rispetto a quanto abbiamo detto sin qui, ossia che le situazioni soggettive sono identificate dal predicato. Se ciò è vero, il cambiamento di quest'ultimo, intervenuto, ad esempio, in virtù di una modifica alla denominazione sociale, dovrebbe comportare il mutamento delle situazioni giuridiche e dare quindi luogo a una successione.

Le due affermazioni, in verità, possono convivere. Il predicato, infatti, non è un significato, ma un significante. Esso, nell'insiemistica patrimoniale, corrisponde, da un punto di vista funzionale, al fatto cui alcuni Autori hanno riconosciuto il ruolo di nesso che fa da perno per l'imputazione, la quale, assieme alla disciplina, esaurisce gli aspetti della normazione del comportamento cui rinviano i concetti di *diritto* e *obbligo*. Quel nesso, che noi diciamo *predicato*, indica un fatto, un *esistente* (P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 139 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, 171), che può coincidere con una persona fisica o con un'organizzazione, e – aggiungo – nel caso dei patrimoni acefali, anche con nessuno dei due.

“L'eredità giacente in morte di Tizio”, infatti, è un predicato che non indica né una persona fisica, né una organizzazione fisica e sociale, ma esclusivamente il fatto della morte di Tizio, che dà luogo a un'organizzazione prettamente giuridica e ideale, consistente nella disciplina di cui agli artt. 456 ss. c.c. Tale entità, pur trovando la propria fonte in un fatto, è priva di corrispondenza nel mondo fisico e sociale, giacché il fatto genetico rileva unicamente quale strumento che consente la traduzione degli enunciati statici, attributivi di situazioni complesse

Poiché quest'ultimo può non corrispondere a un soggetto, allora l'espressione *diritto concreto*, giusta il suo carattere onnicomprensivo, mi appare più corretta di quella *diritto soggettivo*, che ne costituisce una manifestazione meramente accidentale.

Si può replicare, in ossequio al dogma della necessaria titolarità, che nulla osta a che i predicati, qui indicati come oggettivi, siano invece considerati come soggetti. Nell'ottica di un giudizio di verità/falsità, questo è certamente corretto. Si potrebbe, infatti, considerare il *soggetto* come sinonimo di *predicato*. Il soggetto sarebbe quindi ogni *nomen* idoneo a identificare situazioni giuridiche. Nessuno potrebbe affermare che una tale definizione sia falsa. Anzi, è proprio delle definizioni il non essere sottoponibili a giudizi di verità/falsità. Ciò è vero anche in ambito giuridico allorché il diritto positivo non impone alcuna definizione del termine indagato, né indica i criteri in base ai quali ricondurre le entità a tale definizione.

Se definisco l'*unicorno* come il cavallo dotato di un corno, nessuno potrà muovermi alcuna critica. Se, però, non soltanto do questa definizione di *unicorno*, ma ne aggiungo un'altra, con cui indico ogni cavallo, allora qualche critica potrebbe sicuramente essermi mossa, perché ciò implicherebbe la coesistenza di due definizioni diverse dello stesso termine, delle quali l'una esclude e l'altra ricomprende i cavalli privi del corno. La coesistenza di due *definiendes* diversi per lo stesso *definiendum* non è necessariamente inaccettabile, ma impone di essere coscienti del fatto che un determinato termine è usato con accezioni diverse.

È esattamente quanto accade per la nozione di *soggetto*.

Non è possibile escludere *a priori* l'esistenza di norme e quindi di situazioni giuridiche la cui operatività, presupponendo un soggetto titolare, sia esclusa ove il predicato è oggettivo: *incivile est, nisi*

---

come la proprietà, in enunciati dinamici, che chiariscono *chi può o deve fare che cosa*.

Come vedremo, il predicato assume questo stesso valore in espressioni del tipo *Fondo Alfa*, ove il mutamento della denominazione del fondo comune d'investimento non implica una successione, giacché anche il nuovo predicato, es. *Fondo Beta*, continua a riferirsi all'unico fatto genetico dell'organizzazione giuridica, ossia al regolamento del fondo.

*tota lege perspecta, iudicare vel respondere.* Tale esclusione implicherebbe l'esistenza, nel linguaggio giuridico, di una sola definizione di *soggetto*, quella per cui è tale ogni entità cui sono ascritti dei diritti. Tale definizione fa sì che *soggetto* sia sinonimo di *predicato*, rendendo così invalida ogni distinzione tra predicati soggettivi e non.

Quelle norme, in verità, esistono e sono sia quelle che tutelano i diritti della personalità, sia quelle che imputano gli atti giuridici.

I diritti della personalità sono attribuibili unicamente alle entità che, nel linguaggio giuridico, sono denominate *soggetti* (persone fisiche o enti, anche non riconosciuti), non invece agli oggetti (*i.e.* patrimoni acefali). Tali diritti, grazie all'evoluzione giurisprudenziale, spettano infatti anche a quelle entità che sono considerate come *soggetti privi di personalità*. Per tale ragione, conviene oramai parlare, piuttosto che di *diritti della personalità*<sup>117</sup>, di *diritti della soggettività*.

Quanto all'imputazione degli atti, osservo quanto segue.

L'ufficio di gestore, attribuito al curatore dell'eredità giacente, consiste nella legittimazione a disporre delle situazioni giuridiche. L'eredità giacente non conferisce, però, alcuna procura al curatore. Ciò significa che la rappresentanza volontaria non può dar conto della posizione del curatore dell'eredità. Né può immaginarsi una rappresentanza legale: essa è prevista come rimedio all'incapacità

---

<sup>117</sup> Per la sussistenza di tali diritti anche in capo ai soggetti giuridici privi della personalità, si veda: D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 225 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, 46; G. GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza, Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1983, 853; G. PINO, *Sul diritto all'identità personale degli enti collettivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 470 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 179 ss.; G. MAESTRI, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, 2012, 74; A. MANNINO, A. ARDIZZI, *Diritti inviolabili ed enti di diritto privato*, in S. RUSCICA (a cura di), *I diritti della personalità*, Milano, 2013, 1115 ss.

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

d'agire del solo titolare-persona fisica, il quale è assente nel caso dell'eredità giacente<sup>118</sup>.

La mente corre allora alla rappresentanza organica. Essa è prevista, ad esempio, per la società per azioni e consiste nell'imputazione sia dell'atto, sia del suo effetto, alla società<sup>119</sup>.

La società, da tale punto di vista, può essere considerata un soggetto perché a essa è imputato, non soltanto l'effetto dell'atto (ciò che accade anche nell'eredità giacente), ma anche l'atto stesso (diversamente dall'eredità giacente)<sup>120</sup>, ossia la volontà che lo ha cagionato<sup>121</sup>.

Questo significato del *soggetto* deriva dal sovertimento dei significati dei termini *subiectum* e *obiectum*, che originariamente stavano a indicare rispettivamente l'esistenza reale e la sua rappresentazione nel pensiero.

Il capovolgimento del significato di *subiectum* e dei suoi derivati, che naturalmente porta con sé il capovolgimento analogo di quello del suo opposto, si compie a partire dal sec. XVII [...]. Il passaggio terminologico è reso possibile dal fatto che l'attività senziente viene concepita inizialmente come attributo del soggetto corporeo cui inerisce. S'inaugura così la tradizione per la quale il termine soggetto è adoperato per designare, in genere, la coscienza e il pensiero, mentre il suo opposto passa a indicare la realtà che esiste in sé e che quindi è il termine cui il pensiero deve adeguarsi. Di conseguenza, nella stessa realtà si presenta come soggetto ciò che non si può pensare esistente

---

<sup>118</sup> Per un'interessante analisi della distinzione tra la legittimazione e la capacità d'agire e riguardo al fatto che la rappresentanza legale attiene esclusivamente alla capacità stessa, F. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, 313 ss.

<sup>119</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 78-79; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 44; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1047.

<sup>120</sup> In merito alle diverse teorie sulla rappresentanza organica e alla dottrina minoritaria, che non condivido, secondo la quale l'ordinamento imputa all'ente soltanto l'effetto e non la fattispecie, v. P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 136-137, nota 260.

<sup>121</sup> P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 183, secondo cui la dottrina ha spesso rivendicato l'azione alla soggettività.

se non in funzione del pensiero, e come oggettivo ciò che invece sussiste in sé indipendentemente dal suo essere conosciuto. Questo nuovo significato si afferma in maniera decisiva con Kant e con l'idealismo tedesco dell'Ottocento, restando quindi acquisito in tutta la gnoseologia posteriore»<sup>122</sup>.

Grazie all'influenza di Kant sulla Pandettistica, infine, l'impostazione si ripercuote sullo stesso pensiero giuridico, secondo il quale la dignità del soggetto umano impone che esso sia, attraverso l'istituto della capacità giuridica, il centro dell'ordinamento, la ragion d'essere del diritto oggettivo, di modo che il diritto soggettivo è potestà del volere ed è dunque inimmaginabile senza un soggetto<sup>123</sup>. Anche la storiografia dimostra come il pensiero giuridico, pur polarizzato tra coloro che sostengono la reale soggettività della persona giuridica e coloro che la negano, non abbia potuto fare a meno di un riferimento al modello della persona fisica, quale attore per antonomasia della scena giuridica<sup>124</sup>, *res cogitans* inconfondibile con le *res extensae*.

---

<sup>122</sup> Voce *Soggetto*, *Dizionario di Filosofia*, in *Enciclopedia Treccani*, 2009, consultabile all'indirizzo [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>123</sup> P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 73-75.

<sup>124</sup> P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 82 ss., ripercorre l'estendersi della personalità, intesa come attributo del solo uomo, alle entità diverse, che ha dato poi luogo all'accostamento della capacità giuridica e della soggettività. In nota 72, l'Autore chiarisce che il riferimento a elementi extragiuridici come la volontà e l'azione, spesso contestato, è inevitabile perché imposto dalla circostanza per cui l'essere *persona* per il diritto è, tramite il concetto di capacità giuridica e quindi di imputazione, legato all'essere persona nella natura. Se, dunque, secondo Donello, *homo naturae*, *persona iuris civilis vocabulum*, resta comunque vero che i due profili, pur concettualmente distinti, restano intrecciati, cosicché, ad avviso di R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968, 47 ss., "extragiuridico" è un termine altamente relativo.

Con riguardo a questa relatività, v. la nota 69.

L'inevitabilità del riferimento alla persona fisica, in cui sono incorse tutte le teorie sulla personalità, è dimostrata dallo stesso P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 182 ss.

Il rifiuto positivisticò di tali elementi asseritamente "extragiuridici", in realtà imposti dallo stesso *ius positum*, è motivato dallo storico equivoco in cui è

La dimostrazione della validità di questa tesi, per cui l'entità cui è attribuita una volontà è soggetto, dipende dal seguente percorso argomentativo: immaginare un atto senza un soggetto significa contraddire la stessa definizione di *atto*, inteso come il «fatto di cui sia rilevante la volontarietà»<sup>125</sup>. L'imputazione dell'atto, pertanto, implica la volontà. La volontà, a sua volta, implica il soggetto. Quindi, se un atto è imputato a un'entità, questa è un soggetto.

Non desidero sostenere ciò che è stato affermato dalla Suprema Corte, ossia che il soggetto è l'entità idonea a compiere atti. Il pensiero va ribaltato: è *atto* il fatto volontario, il quale è imputato a un soggetto. La presenza di un atto e la sua imputazione implicano rispettivamente: a) l'esistenza di un fatto volontario che, a sua volta, implica un soggetto; b) l'attribuzione di quell'atto a una determinata entità, eventualmente diversa da quella che l'ha fisicamente compiuto. La teoria, dunque, non si espone alle critiche che ho rivolto al criterio organizzativo della Cassazione, secondo il quale è *soggetto* solo quell'entità che possa manifestare una volontà. Una persona in coma non è in grado di esprimere alcuna volontà, eppure, *ex art. 1 c.c.*, è un soggetto. Nel contempo, un'entità, alla quale siano normativamente imputati degli atti compiuti materialmente da un'entità estrinseca, sarebbe, secondo tale accezione di *soggetto*, un soggetto giuridico, indipendentemente dall'esistenza di un'organizzazione al proprio interno.

Le teorie dottrinali sin qui avversate ritengono che il soggetto rilevi esclusivamente quale titolare delle situazioni giuridiche e quindi quale nesso tra fattispecie e conseguenze. Oltre a tale profilo, tuttavia, anche la natura soggettiva o meno del predicato è rilevante, indicando caratteristiche giuridiche di cui i predicati oggettivi

---

caduto il positivismo, ossia dal dogmatismo metodologico che ha identificato il requisito di certezza con quello di verificabilità. A questo proposito: L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, 37, cui fa rinvio P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 103, nota 145.

<sup>125</sup> L'affermazione per cui la qualifica di *atto* presuppone la rilevanza giuridica della volontarietà è costante. Si vedano, tra i molti: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 81 ss.; P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, 4 ss.

sono privi (imputazione dei diritti della soggettività; imputazione degli atti)<sup>126</sup>.

Ne segue che, quando si nega recisamente che un'entità sia soggetto, si afferma, non soltanto che a essa non è ascrivibile alcun diritto, ma anche che non le sono imputati né i diritti della soggettività, né gli atti giuridici. Questi due significati ulteriori del termine *soggetto* sono presenti nel linguaggio dei giuristi, ma, se non vengono evidenziati e ricordati, si rischia di affermare o negare la rilevanza della soggettività in maniera affrettata.

Sono quindi prospettabili tre definizioni di *soggetto*. La prima definizione è quella secondo cui il soggetto è l'entità idonea a essere titolare di situazioni giuridiche. Secondo un'altra definizione, rimasta implicita nel linguaggio dei giuristi e dall'ambito ben più ristretto, è soggetto l'entità dotata dei cd. diritti della personalità. Una terza definizione attribuisce tale nome alle entità cui gli atti giuridici sono imputati dal diritto.

La distinzione disciplinare tra patrimonio entificato (es. società per azioni) e acefalo (es. eredità vacante) risiede pertanto in qualcosa che sta tradizionalmente al di fuori del patrimonio<sup>127</sup>, ossia

---

<sup>126</sup> Il *soggetto* non è pertanto, nonostante quanto il concetto pregiudiziale del termine a lungo abbia fatto ritenere, una fattispecie sottoposta agli effetti che le norme vi ricollegano, bensì un *concetto qualificatorio*, ossia – secondo la definizione che F. D'ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 15 ss., offre di tale espressione – un'asserzione di norme.

<sup>127</sup> È per ciò che, sino a questo momento, non si è stati in grado di vedere la differenza disciplinare tra patrimonio entificato e acefalo. Se si considera soltanto il patrimonio, non è possibile scorgere alcuna diversità, giacché i diritti della personalità e l'imputazione degli atti non sono compresi al suo interno.

Secondo V. DURANTE, voce *Patrimonio (diritto civile)*, cit., 1: «il termine patrimonio designa un'entità [...] formata dall'insieme delle situazioni soggettive suscettibili di valutazione economica [...]».

Per G. FERRI, *Persona e privacy*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1982, I, 85 ss., i diritti della personalità, infatti, hanno carattere non patrimoniale, ma morale e mirano a difendere beni non solo immateriali, ma anche inerenti alla persona fisica, cosicché non si può concepire un uomo privo del godimento di tali diritti. Essi sono dunque immutabili (*i.e.* inalienabili e imprescrittibili), a differenza del patrimonio, la cui caratteristica variabilità consente la circolazione giuridica e il dina-

nei cd. diritti della personalità e nell'imputazione degli atti. La distinzione non corre in realtà tra i due patrimoni, in tutto e per tutto identici in quanto comunque composti di situazioni giuridiche identificate da un predicato, ma tra i predicati stessi.

Il patrimonio imputato, stante la presenza di un soggetto-titolare, è un insieme che ha una rilevanza normativa superiore a quella della semplice somma delle sue parti (*i.e.* situazioni giuridiche patrimoniali), giacché si accompagna anche ai diritti della soggettività; l'importanza del patrimonio acefalo, al contrario, consiste unicamente in quella somma, giacché non vi è alcuna situazione giuridica che si aggiunga a quelle ricomprese nel patrimonio. Volendo esemplificare, i diritti della personalità spettano a Tizio, non sussistendo, invece, in capo alla sua eredità vacante.

La distinzione concettuale tra il soggetto-titolare e il predicato oggettivo è dunque normativamente rilevante.

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

vi è diversità concettuale. Ciò impone, per la correttezza scientifica, la chiarezza metodologica e la certezza del diritto, di utilizzare termini il più possibile diversi, invece di ricomprendere tutti gli istituti all'interno del concetto di *soggetto*;

vi è una parziale identità disciplinare funzionale. I tre istituti garantiscono la separazione patrimoniale bilaterale, ma solo i patrimoni primari hanno rilevanza a ogni effetto;

vi è identità disciplinare strutturale. Le situazioni giuridiche e quindi i patrimoni, siano imputati o no, restano strutturalmente identici a se stessi, cosicché le norme che presuppongono la struttura, ossia la situazione giuridica e il patrimonio, si applicheranno in maniera identica ai tre istituti.

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

---

mismo dei rapporti e, quindi, dell'intera economia. I diritti della personalità, al contrario, avendo un valore autonomo e assoluto, sono posti *extra commercium*.



Occorre sottolineare che è impossibile recuperare un'unità delle tre definizioni affermando che esse sono equipollenti. L'equipollenza presuppone infatti che i tre elementi su cui esse sono fondate – capacità identificativa, imputazione degli atti e diritti della personalità – si implichino a vicenda. Tale implicazione reciproca è indimostrabile.

La rilevanza disciplinare della distinzione concettuale tra soggetto e oggetto appare dunque limitata alla sussistenza o meno dei menzionati diritti della soggettività e all'imputazione degli atti. Non sembra che quella distinzione presenti ulteriori profili di rilevanza disciplinare. Con ciò, tuttavia, non intendo affermare che questi ulteriori profili non esistano, ma solo anticipare che nel corso di quest'opera non ne rinverrà. Volendo evitare di fare la fine del tacchino induttivista, faccio salva la possibilità che, in futuro, siano individuate altre norme che presuppongono il soggetto invece che il predicato oggettivo.

Tra le tre definizioni possibili di *soggetto*, occorre usare tale termine per indicare soltanto le entità cui sono ascritti i diritti della soggettività o gli atti giuridici, giacché indicano categorie più ristrette di quella rappresentata dai predicati che possono identificare i diritti e i patrimoni.

La compresenza di queste due definizioni, fondate sull'imputazione degli atti e sui diritti della personalità, può far sì che determinate entità siano considerate un soggetto dal punto di vista dei diritti della soggettività e un oggetto dal punto di vista della (mancante) imputazione degli atti. È ciò che vedremo accadere, nel Capitolo IV, al fondo comune d'investimento. Altre entità, invece, potranno non essere soggetti né dal punto di vista dei diritti della soggettività, né da quello dell'imputazione degli atti. È questo il caso dell'eredità vacante. Poiché, però, la rilevanza giuridica di entrambe queste definizioni è limitata al loro *definiens* (diritti della soggettività, imputazione degli atti), allora esse saranno irrilevanti a ogni effetto diverso da quello che le disposizioni di legge ne traggono (es. la responsabilità risarcitoria *ex art.* 2043 conseguente all'imputazione di un atto compiuto *contra ius*). In generale, quindi,

non sarà importante comprendere se il fondo comune sia un titolare di quei particolari diritti o se gli siano attribuiti gli atti compiuti dalla SGR, essendo sufficiente riconoscere che esso costituisce il predicato che identifica i diritti di cui si compone.

L'altra definizione di *soggetto* (predicato cui sono ascritti diritti), al contrario, alla luce della sinonimia che essa crea tra *soggetto* e *predicato*, può essere abbandonata, essendo possibile l'utilizzo di questo secondo termine.

L'unica alternativa a questa scelta terminologica consisterebbe nel distinguere tra *soggetti in senso ampio* e *soggetti in senso stretto*. Ritengo che sia una scelta possibile, ma, da un punto di vista metodologico, preferisco non utilizzare il termine *soggetto* per patrimoni che sono identificati da un predicato privo sia dei diritti della soggettività, sia dell'imputazione della volontà e dunque della *dignità* di soggetto.

A differenza di quanto implicato dal dogma della necessaria titolarità cui si è ispirata la giurisprudenza, pertanto, non tutte le situazioni giuridiche sono necessariamente ascritte a un soggetto, ma è il predicato ad avere una rilevanza giuridica universale, poiché senza di esso l'esistenza delle situazioni giuridiche concrete è impossibile. Diversamente da quanto ritenuto dalla corrente dottrinale qui criticata, inoltre, la natura soggettiva o meno del predicato ha effettivamente una propria rilevanza giuridica, sebbene abbia il solo ruolo di indicare la sussistenza dei diritti della soggettività e dell'imputazione degli atti, di cui costituisce esclusivamente un *posterius*, una scorciatoia linguistica. Ne segue che, fuori di tale ristretto ambito, ogni norma, sia essa sostanziale o processuale, non richiede un soggetto, ma un predicato.

11. *Profilo statico e profilo dinamico dei diritti*

Per approfondire ulteriormente la rilevanza normativa del predicato, occorre rifarsi all'analisi del linguaggio<sup>128</sup>, secondo cui il profilo statico dei diritti, consistente nella loro disciplina e imputazione, si risolve integralmente – ovvero senza che residui alcunché – in quello dinamico, ossia nella determinazione di *chi può o deve fare che cosa*<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> In questo filone dottrinale si collocano: F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1963, *passim*; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, serie III, vol. 5, parte II, n. 1, Torino, 1959, 109 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche, Artt. 11-35*, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969, 16 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, *passim*.

I distinguo, all'interno del filone analitico, sono talvolta forti. Si pensi, ad esempio, che mentre F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., 305, afferma che «non v'è che un soggetto di diritto: l'uomo», di modo che sussisterebbe una profonda eterogeneità tra la persona fisica e quella giuridica, U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., 109 ss., ritiene che le due figure siano delle specie sussumibili nell'unitario genere della persona. Per lo stesso F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., 342, allora, gli enunciati con i quali viene predicato qualcosa di una persona giuridica non dovrebbero essere trattati come quelli che attribuiscono un *quid* alla persona fisica, ossia semanticamente, bensì sintatticamente.

Per una critica alla teoria analitica, che sminuisce il profilo statico dei diritti, come pure la contrapposizione tra singolo e gruppo, la quale rifletterebbe la distinzione tra l'interesse individuale e quello collettivo, A. PAVONE LA ROSA, *Persona giuridica e tecniche interpretative*, in *Riv. Soc.*, 1969, 825 ss., il quale, sulla scorta di V. FROSINI, *Senso comune e scienza giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 574 ss., contesta la lontananza delle teorie analitiche rispetto alla comune percezione della persona giuridica.

Per altre critiche all'orientamento analitico: G.L. PELLIZZI, *Il realismo e l'inquietudine del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 559 ss.; G. SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporto nel diritto privato*, Milano, 1968, 38 ss.

D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 1 ss., considerava persino una “mostruosità” la distinzione tra il profilo statico e quello dinamico.

<sup>129</sup> Sulla distinzione tra profilo statico e profilo dinamico: S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1945, 43 ss.; V. FROSINI, voce *Esercizio del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, VI, Torino, 1968, 823; M. COMPORI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 435 ss.

Così, l'enunciato “Tizio ha un diritto di proprietà” indica che certi fatti si sono verificati in relazione a costui e che suoi determinati comportamenti saranno qualificati in un certo modo, ovvero si porranno capo a certe conseguenze giuridiche; a determinati comportamenti degli altri consociati seguiranno conseguenze diverse<sup>130</sup>.

Il ruolo di nesso tra fatti e conseguenze, proprio della persona umana, è condiviso anche dalle persone giuridiche<sup>131</sup>. L'enunciato “la società Alfa ha una proprietà” si traduce pertanto in una serie di situazioni semplici e dinamiche, consistenti nella valutazione di comportamenti delle persone fisiche che sono coinvolte dall'attività della società, quali gli amministratori e i soci: “quando la persona giuridica si trova nella posizione X, allora questi o quest'altri organi della stessa si trovano nella posizione Y o Z”<sup>132</sup>.

Il linguaggio tradizionale si fonda su una reificazione delle situazioni giuridiche, che pone l'imputazione del diritto in termini di *avere*, come se la situazione non fosse un contesto in cui ci si trova

---

P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 36-37, riassume efficacemente l'“antica disputa” tra profilo statico e profilo dinamico, «rapporto giuridico o rapporto d'azione, distinzione o identità tra titolarità ed esercizio del diritto; e, correlativamente, una nozione di soggetto costruita esclusivamente o prevalentemente sul primo o sul secondo profilo, sulla pura capacità giuridica o sulla capacità d'agire, sull'unità di interessi o sul ruolo dell'individuo che vuole ed agisce».

<sup>130</sup> L'equivalenza tra la qualificazione giuridica e le conseguenze giuridiche dipende dalla circostanza per cui i concetti qualificatori servono unicamente a individuare, in modo sintetico, la disciplina applicabile al fatto e, dunque, le conseguenze giuridiche che ne derivano. In questo senso: P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 44, nota 112, il quale richiama F. D'ALESSANDRO, *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 15 ss., che, aderendo a un'idea di Carnap, sostiene che i concetti qualificatori integrino delle asserzioni di norme.

<sup>131</sup> P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., *passim*, in particolare 304 ss.

<sup>132</sup> F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche*, cit., 310.

Raccomando al Lettore, anche a questo proposito, la consultazione di P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 313, nota 57, per un'elencazione dei passaggi in cui si snoda l'analisi dell'enunciato che attribuisce un diritto a una persona giuridica.

e dal quale discendono, in base a ulteriori fatti, delle conseguenze, ma un oggetto che si possiede<sup>133</sup>.

Dalla dissoluzione di questo profilo statico in quello dinamico e dunque dall'inesattezza della suddetta reificazione, si è dedotto che l'impostazione in termini di *avere*, inducendo a credere che l'effetto giuridico sia una sostanza autonoma dal fatto e dal soggetto, sarebbe affetta da essenzialismo<sup>134</sup>, cosicché la titolarità costituirebbe uno *pseudoconcetto*<sup>135</sup>.

Allo stesso tempo, però, si è osservato che non è un caso se il linguaggio statico, pur affetto da questo essenzialismo, corrisponde al tradizionale modo di esprimersi dei giuristi.

Il linguaggio statico, infatti, ha una particolare efficacia espressiva, giacché consente, mediante enunciati del tipo "Tizio ha un diritto di proprietà", di indicare sinteticamente un insieme di fatti, un insieme di conseguenze giuridiche e il ruolo di nesso tra quei fatti e quelle conseguenze, svolto da un determinato soggetto. Pertanto, considerare errato il linguaggio statico e derubricare la titolarità a *pseudoconcetto* sarebbe eccessivo, giacché non si terrebbe in considerazione l'opportunità metodologica di una tale opzione linguistica che, per esigenze di chiarezza della comunicazione, è imprescindibile<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> N. IRTI, *Sul concetto di titolarità (persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 501 ss.

P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 304 ss., ciò nondimeno, ritiene che l'attribuzione del diritto soggettivo secondo il tipico *nomen iuris* non implica, come invece vorrebbe l'analisi del linguaggio, la reificazione dei rapporti giuridici, ma è strumento di individuazione di fattispecie e conseguenze. L'ascrizione del diritto e dell'obbligo afferma un ruolo di connessione, svolto dall'ordinamento parziale (es. persona giuridica), tra un fatto giuridico e le conseguenze a esso proprie.

<sup>134</sup> N. IRTI, *Sul concetto di titolarità*, cit., 501 ss.; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 131 ss.

<sup>135</sup> N. IRTI, *Sul concetto di titolarità*, cit., 501 ss.

<sup>136</sup> Secondo P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 318, nota 59, l'imputazione delle posizioni complesse, come il diritto soggettivo, raccoglie in brevi termini il richiamo a una disciplina che si articola nel tipo di rapporto imputato e nell'identità del soggetto. Per le posizioni semplici, invece, l'affermazione della titolarità svolge per lo più una funzione di qualificazione soggettiva di un

Non può dunque dirsi che il linguaggio statico sia una rappresentazione errata della realtà giuridica, né che quello dinamico sia corretto. La distinzione tra i due livelli linguistici, infatti, non si pone in termini di verità/falsità, ma è metodologica. Ragioni di sintesi e di chiarezza del discorso impongono di continuare a “parlare per metafore”, così da evitare la disgregazione delle situazioni statiche complesse (es. proprietà, credito) nel pulviscolo delle molteplici situazioni dinamiche semplici (potere, obbligo) di cui le prime si compongono.

La consuetudine di utilizzare il linguaggio statico deriva, inoltre, dalla necessità, avvertita in primo luogo dal Legislatore, di utilizzare un numero limitato di *nomina iuris*<sup>137</sup>. Questa tradizione, che dà luogo a una sorta di *numerus clausus* linguistico, è motivata dalla necessità di evitare una moltiplicazione dei nomi e quindi una complicazione del linguaggio. Il termine *proprietà*, ad esempio, è utilizzato sia in riferimento al suo ambito classico, ossia la proprietà individuale dell’art. 832 c.c., sia per altre ipotesi che, pur ricevendo dal punto di vista statico la medesima denominazione, in termini dinamici non sono assolutamente riconducibili a quella nozione<sup>138</sup>. Si pensi alla comproprietà, alla proprietà degli incapaci, a quella di cui sono titolari le persone giuridiche<sup>139</sup>, nonché alla proprietà inclusa in un’eredità giacente.

---

comportamento. Pertanto il minore è titolare della proprietà, ma è il tutore a essere titolare dei poteri.

<sup>137</sup> F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, Artt. 11-35, cit., 16 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 151 ss., il quale, tuttavia, a p. 316, sostiene che la conservazione dei *nomina iuris*, affermata da Galgano, non è l’unica funzione della visione statica della persona giuridica. A quest’ultima, infatti, spetta anche il ruolo di nesso tra titolo e conseguenze giuridiche.

<sup>138</sup> Basti il titolo della nota opera di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

<sup>139</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 12-13, afferma che soltanto una volta fuoriuscito dal fondo comune d’investimento «il bene immobile potrà tornare ad avere un proprietario nel senso compiuto del termine». Ciò, però, è quanto accade anche in merito ai diritti immobiliari delle persone giuridiche, in cui i poteri di disposizione e godimento non sono attribuiti a una persona fisica. L’idea di Paolini, pertanto, non dimostra che quella inclusa nei fondi non possa dirsi “proprietà” nel senso statico del termine.

La proprietà della società per azioni, ad esempio, si scompone in una serie di profili dinamici, i quali – pur essendo riconducibili a quelli del godimento e della disposizione, che costituiscono il nocciolo dell’art. 832 e giustificano quindi l’estensione del *nomen* – sono distribuiti tra amministratori e soci in modo totalmente eterogeneo rispetto alla definizione codicistica della proprietà<sup>140</sup>.

Se, dunque, da un punto di vista statico può parlarsi della proprietà della società Alfa negli stessi termini in cui si parla della proprietà di Tizio, dal punto di vista dinamico le situazioni elementari che risultano dalle due imputazioni sono diverse.

L’esigenza che sta alla base di questa limitazione dei *nomina* è evidente. Le persone fisiche possono negoziare con quelle giuridiche e, di conseguenza, si verificano continui trasferimenti di situazioni dalle une alle altre. In un contesto del genere, immaginare che i *nomina* del diritto su di un determinato bene possano mutare in virtù della natura (fisica o giuridica) della persona che ne è titolare significherebbe dar luogo a inutili confusioni. Il passaggio della proprietà dal modello individuale dell’art. 832 c.c. alla comunione ordinaria o a quella germanica, inoltre, realizzando, dal punto di vista dinamico, una modifica della disciplina prevista dal suddetto articolo, richiede pur sempre l’uso dello stesso termine *proprietà*, al fine di mantenere la continuità dei diritti statici nel loro passaggio e quindi la stessa efficacia linguistica del cd. “trasferimento” dei diritti<sup>141</sup>.

Vale dunque la pena, in queste successioni tra diversi predicati identificativi, di far salva la continuità, non solo delle trascrizioni, ma anche del *nomen* della situazione giuridica.

---

<sup>140</sup> Vi sono, dunque, secondo P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 334-335, due aspetti della disciplina delle collettività: 1) l’organizzazione, che consente di individuare un riferimento unitario di fatti e atti; 2) l’autonomia patrimoniale, che misura la possibilità di accostare le proposizioni, con cui si ascrivono diritti e obblighi alla persona giuridica, a quelle, identiche per struttura e tipologia, che ascrivono quelle posizioni alla persona fisica.

<sup>141</sup> Secondo P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 285, l’oggettivizzazione dei diritti consente di rappresentare il loro trasferimento da un “vaso” di capacità giuridica all’altro.

La “primazia” del linguaggio statico, ciò nondimeno, non toglie la maggior precisione e concretezza del linguaggio dinamico.

Il solo linguaggio statico, difatti, non consente di comprendere, soprattutto a proposito dei soggetti diversi dalla persona fisica capace d’agire, quali siano le regole di comportamento da adottare in concreto, né chi le debba osservare. Quando il linguaggio statico imputa un diritto a una persona incapace o a una società per azioni, infatti, esso non riesce a indicare *chi può o deve fare che cosa*<sup>142</sup>. Si rende allora necessaria l’individuazione dell’organizzazione – avente la forma della persona fisica incapace o del soggetto diverso da essa – cui le norme fanno riferimento, in modo tale da poter determinare a quali persone fisiche (rappresentanti legali, organici, ecc.) spettino poteri e doveri.

L’esigenza della chiarezza e quella della precisione si compenetrano in modo tale che il linguaggio statico è utile e va mantenuto, ma occorre tradurlo nel linguaggio dinamico ogniqualvolta sia necessario comprenderne le implicazioni operative<sup>143</sup>.

La conseguenza di tutto ciò è che la capacità giuridica, se esaminata da un punto di vista dinamico, presuppone la capacità d’agire<sup>144</sup> e che il quesito sulla titolarità di un diritto è ozioso se non si risolve nell’individuazione delle persone fisiche che possono o devono agire<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> Per i rapporti tra capacità giuridica e capacità d’agire, che il profilo dinamico, messo in evidenza dalla filosofia analitica, tende a identificare, v., per tutti, P. RESCIGNO, voce *Capacità d’agire*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968, 861 ss.

<sup>143</sup> P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 221-222.

<sup>144</sup> Cosicché, da un punto di vista dinamico, la persona fisica incapace d’agire non è vero soggetto. Secondo F. D’ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., 314, l’imputazione delle situazioni all’incapace starebbe in realtà a indicare la spettanza, al suo rappresentante, di situazioni funzionalizzate rispetto al perseguimento dell’interesse dell’incapace medesimo.

U. SCARPELLI, *Contributo*, cit., 119 ss., invece, ritiene che anche l’infante sia una persona, giacché gli sono riferibili atti e fatti.

<sup>145</sup> F. D’ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., 314 ss.

P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 221 ss., non concorda con questo assunto, giacché l’identificazione del soggetto serve, non soltanto a determinare, tramite il rinvio alle norme che regolano la sua organizzazione, le persone



12. *Confutazione delle teorie analitiche secondo cui il ruolo di nesso tra fatti e conseguenze è assunto esclusivamente dai soggetti*

Gli studi analitici ricordati non hanno effettuato una ricerca delle norme la cui applicazione è subordinata alla natura soggettiva o oggettiva del nesso<sup>146</sup>. Il soggetto giuridico avrebbe una rilevanza eminentemente linguistica, giacché fungerebbe unicamente da nesso tra fattispecie ed effetti, senza porre capo a conseguenze giuridiche autonome.

I diritti della soggettività ci consentono di dimostrare quanto questo presupposto sia errato. La natura soggettiva di un'entità non è concettualmente, né normativamente equivalente a quella oggettiva.

Al nesso, quegli Autori attribuiscono il ruolo di *organizzazione*, che consente di specificare il concreto significato di un *nomen iuris* (ad es. proprietà) utilizzato per indicare situazioni che non sono riconducibili *sic et simpliciter* a quella, tipica, prevista dall'art. 832 c.c.

Ritengo che il termine *organizzazione* sia ambiguo, giacché può indurre a pensare che ci si intenda riferire a una struttura sociale cui l'ordinamento riconosce la soggettività. Tale conclusione sarebbe errata, giacché l'organizzazione non ha una valenza sociale, ma ideale<sup>147</sup>.

Preferisco, pertanto, considerare il predicato, soggettivo o oggettivo che sia, come un *prisma*, piuttosto che come un' *organizzazione*. Il predicato, infatti, consente la rifrazione della situazione statica complessa nelle sue componenti dinamiche elementari. Ciò è vero per la persona fisica capace d'agire (es. Tizio), per quella incapace (es. l'interdetto Caio), per il soggetto non personificato (es. associazione Alfa), per la persona giuridica (es. SPA Beta), come pure per i patrimoni ace-

---

fisiche che devono agire, ma anche a stabilire che un determinato insieme di fatti, previsti dalla norme quali fonti di quelle conseguenze, si è verificato in relazione a un soggetto, sia quest'ultimo una persona fisica o giuridica.

<sup>146</sup> Si veda, per esempio, P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., *passim*.

<sup>147</sup> Per la considerazione, a mio parere non condivisibile, secondo cui l'autonomia soggettività dell'ente, anche non riconosciuto, presuppone una *struttura organizzativa*, v. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 156.

fali (es. eredità in morte di Sempronio). Tutti questi predicati, infatti, ove assegnati a un diritto di proprietà, consentono di scomporre tale situazione statica e di ricavarne i profili dinamici. Così, della proprietà inclusa nell'eredità potrà disporre il chiamato che sia nel possesso dei beni o il curatore nominato *ex art. 528 c.c.*; di quella attribuita alla società, potranno disporre gli amministratori di questa, nell'interesse alla massimizzazione degli utili che i soci si attendono.

Il modello di riferimento sta nella persona fisica capace d'agire perché essa costituisce il prisma più antico e più semplice. L'enunciato statico "Tizio ha una proprietà", difatti, si risolve in enunciati dinamici il cui soggetto linguistico è pur sempre Tizio. Ogni altro prisma, invece, si scompone in enunciati dinamici che riferiscono la valutazione dei comportamenti a persone fisiche necessariamente diverse dal soggetto statico cui la situazione complessa è ascritta.

Anche il valore tecnico della persona, fisica e giuridica, che Zatti riconosce<sup>148</sup>, non è da ascrivere alla persona, ma al predicato. Qualora questo sia soggettivo, esso non ha il solo valore tecnico di nesso tra fattispecie e conseguenze, ma indica l'esistenza dei diritti della soggettività e/o l'imputazione degli atti.

### 13. *L'utilità delle definizioni di soggetto e i gradi della soggettività*

La definizione di soggetto che abbiamo fatto emergere dall'analisi del linguaggio giuridico è finalmente suscettibile di essere concretamente applicata. Non era invece possibile applicare, ed era quindi inutile, la definizione tradizionale, secondo cui è *soggetto* ogni entità idonea a essere titolare di situazioni giuridiche. L'idoneità a tale titolarità, infatti, non è mai stata definita e non erano mai state indicate delle qualità equipollenti che fungessero da criteri per affermare o negare che un'entità concreta presentasse quella stessa idoneità. Ciò precludeva la dimostrazione dell'esistenza o inesistenza della soggettività delle entità di volta in volta indagate.

Conviene ricordare che vi sono molteplici diritti della soggettività. Può accadere che soltanto alcuni di essi siano attribuiti a

<sup>148</sup> P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 389.

un soggetto. Per esempio, una persona giuridica non vanta tutti i diritti della soggettività che spettano a una persona fisica. Allo stesso tempo, l'eredità vacante e il fondo comune, al quale gli atti del curatore e della SGR non sono imputati, non vantano il diritto alla libertà di azione. Vi sono dunque diversi gradi della soggettività.

Questa notazione sembra comportare un distacco del *soggetto* dalla sua tradizionale proprietà di “potenziale titolare di situazioni giuridiche”. *Titolarità*, in realtà, non ha un significato foriero di conseguenze giuridiche proprie. È la stessa definizione tradizionale di *soggetto*, secondo cui esso è “l'entità idonea a essere titolare di diritti e obblighi”, a dovere essere sottoposta a vaglio critico.

Per comprendere la necessità di questa revisione, basti considerare che ogni predicato, soggettivo o no, è idoneo a identificare una situazione concreta. A questo punto, non è possibile comprendere quando l'iscrizione del predicato consista in un rapporto di titolarità-imputazione tra situazione e soggetto, o quando essa dia luogo all'attribuzione di un predicato diverso dal soggetto. La situazione giuridica resterà immutata, giacché il mutare della natura soggettiva o oggettiva del predicato (es. fondo Alfa) che la identifica, non modificherà né la disciplina astratta, né l'identificazione del diritto concreto, né i suoi profili dinamici, che rimarranno intatti, giacché il prisma funzionerà allo stesso identico modo. Questa conclusione vale sia quando si esamina atomisticamente la singola situazione, sia quando si studia, in ottica insiemistica, il patrimonio.

Quando al predicato sono associati anche i diritti della soggettività, allora esso può essere considerato, a questi limitati effetti, un soggetto, di modo che può immaginarsi una titolarità e dunque un'*imputazione* dei diritti patrimoniali.

La titolarità, pertanto, è un *posterius* logico della soggettività. La definizione tradizionale di *soggetto* è infatti logicamente invalida, presupponendo, per il tramite della *titolarità* stessa, contenuta nel *definiens*, ciò che si dovrebbe dimostrare (il *definiendum*, ossia la soggettività).

Se, dunque, dal punto di vista logico e insiemistico, è ben possibile che i predicati non siano soggettivi e se, allo stesso tempo, il criterio di distinzione tra i predicati non sta nella titolarità, allora è necessario comprendere quale sia il *discrimen*. L'analisi del linguag-

gio ci dice che quest'ultimo risiede nell'imputazione normativa degli atti e nei diritti della soggettività. Il presupposto di questi diritti e dunque del *discrimen* risiede negli interessi umani. Ciò è storicamente dimostrato dalla circostanza per cui l'estensione dei diritti della personalità ai cd. soggetti privi di personalità è avvenuta per il tramite del riconoscimento dottrinale e giurisprudenziale di questi interessi. L'estensione dei citati diritti, infatti, si è sviluppata in un'ottica prettamente funzionale, essendo volta a consentire all'ente di raggiungere pienamente gli scopi per i quali è stato istituito<sup>149</sup>.

Per quanto possa apparire singolare, pertanto, è la soggettività, almeno in una delle sue diverse accezioni, a dipendere dai diritti della personalità, non il contrario. La stranezza si spiega se si ricorda che non stiamo considerando il fenomeno da un punto di vista logico, bensì storico e linguistico. I diritti della soggettività tipicamente competono alla persona fisica. Essi sono stati man mano estesi agli altri cd. soggetti, ossia ai cd. titolari di situazioni giuridiche, per tutelare determinati interessi umani.

Poiché esistono plurimi diritti della soggettività e giacché a un'entità possono attribuirsi anche soltanto alcuni di essi, allora

---

<sup>149</sup> G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 6, 1063: «al quesito relativo alla configurabilità di diritti della personalità in capo alle persone giuridiche e agli altri gruppi organizzati, ovviamente nei limiti in cui lo consenta la particolare natura dell'ente, la giurisprudenza ha dato in prevalenza una risposta positiva. La soluzione – ora indirettamente avvalorata dalla disciplina sul trattamento dei dati personali (artt. 2, 1° co. e 4, lett. B), D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196) – non deve ritenersi vincolata all'adesione alle ormai superate concezioni realistiche ed antropomorfe della personalità giuridica. Essa può essere, invece, razionalizzata in maniera soddisfacente in base ad un'argomentazione di stampo prettamente funzionalistico. I rimedi in questione non sarebbero, cioè, accordati a protezione della dignità o della auto-determinazione del soggetto meta-individuale (o dei suoi singoli componenti), ma dovrebbero ritenersi esclusivamente volti a consentire la realizzabilità dei fini istituzionali dell'ente. Questo il fondamento, ma anche il limite di operatività, della tutela personalistica degli enti collettivi».

Nello stesso senso, A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 875; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 357.

l'entità può essere un soggetto per alcuni aspetti, ma non per altri. Vi è quindi una scala della soggettività, nella quale si passa dall'oggetto puro, cui non compete alcun diritto della soggettività, a vari stadi, più o meno intensi, sino ad arrivare alla persona fisica<sup>150</sup>.

Con ciò è dimostrato che vi è distinzione disciplinare, a differenza di quanto sostenuto dalla dottrina, tra soggetto e oggetto. Il discrimine consiste nella spettanza dei diritti della soggettività e/o nell'imputazione degli atti.

Non essendovi poi, al di fuori dei diritti della soggettività, alcuna distinzione disciplinare tra soggetto e oggetto, tutti i fenomeni giuridici, inclusi il processo e la trascrizione, possono funzionare sia con i predicati soggettivi, sia con quelli oggettivi.

Il tema della soggettività deve dunque essere sdrammatizzato, ma mai negato in termini assoluti<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Queste nostre osservazioni confermano il monito di P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 302, secondo cui occorre uscire dall'assolutizzazione della dicotomia tra soggetto e oggetto e quindi dalla presunta necessità di comprendere se un'entità ha una natura soggettiva o oggettiva. I profili di rilevanza disciplinare di un'entità sono molteplici e, mentre sotto taluni aspetti, essa, rilevando come nesso tra fattispecie e conseguenze, può essere considerata un soggetto, sotto altri, può assumere natura oggettiva.

Lo stesso Autore richiama, nel corso delle pagine 325-326, in nota 61, altre dottrine che già avevano escluso l'assolutezza dell'alternativa soggetto-oggetto e trae, a p. 328, la conclusione per cui «il materiale offerto dalla rilevanza giuridica di una collettività organizzata può e deve talora ordinarsi per certi aspetti – o in ordine a certe operazioni – nell'ottica di un'ascrizione di diritti e obblighi “tipici” al soggetto collettivo; per altri aspetti, e in ordine ad altre operazioni, nell'ottica dell'ascrizione ai singoli di particolari obblighi e diritti quali sono determinati dall'ordinamento particolare del gruppo».

Alla luce di questo approccio relativizzante, talvolta l'ascrizione alla persona giuridica è strumentale all'attribuzione ai *singuli*, mentre altre volte l'ascrizione fa sì che la persona giuridica sia propriamente un soggetto, cioè sia uniforme rispetto all'individuo, essendo titolare di rapporti (pp. 330-331).

La mia proposta, che porta pur sempre a una relativizzazione del soggetto, si fonda però sulla graduabile esistenza dei diritti della soggettività e sull'imputazione degli atti e quindi sulla maggiore o minore “dignità di soggetto”.

<sup>151</sup> Ciò ricorda quanto affermato, in merito al diverso tema della persona giuridica, da P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 22, secondo cui occorre «ricer-

Distinguere i processi civili a seconda che intercorrano tra soggetti o tra oggetti non ha perciò un impatto pratico. Il processo, come ogni altro settore disciplinare, è costruito sui predicati, non sui soggetti. Si possono perciò estendere le tradizionali nozioni processualistiche al di là dei soggetti, sino a ricomprendervi gli oggetti, ossia i predicati cui non sono imputati né gli atti, né i diritti della soggettività. Per esempio, è possibile anticipare che cambierà il significato di *parte*, che non è quello di “soggetto che propone la domanda o contro cui la domanda è proposta”, ma quello di “predicato che identifica l’oggetto processuale”.

Tutto ciò implica due importanti innovazioni.

In primo luogo, quanto ai fondi comuni, mancava, fino a questo momento, la dimostrazione dell’irrilevanza della natura soggettiva o oggettiva del fondo. A questo riguardo, abbiamo anzitutto dimostrato che la distinzione non è totalmente irrilevante. Inoltre, si è finalmente offerta la dimostrazione deduttiva, e non induttiva, del fatto che, fuori dei diritti della soggettività e dell’imputazione degli atti, la distinzione tra soggetti e oggetti è irrilevante. Accantonata la tendenza dottrinale all’induttivismo, occorre adottare il metodo deduttivo tipico del falsificazionismo.

In secondo luogo, il processo civile può funzionare anche senza soggetti che stiano in giudizio col nome o che siano parti sostanziali. Ciò vale sia per i fondi comuni d’investimento<sup>152</sup>, sia per ogni altra entità ambigua, presente o futura, con cui i giuristi saranno costretti a misurarsi.

#### 14. *Conclusioni su* soggetto, patrimonio, titolarità, imputazione e capacità giuridica

Il titolare dei diritti non è imprescindibile per l’ordinamento, giacché non lo è per gli uomini, che costituiscono il centro del fenomeno

---

care una via d’equilibrio tra le nuove certezze della “demitizzazione” e l’esigenza di una costruzione teorica diversa dalla “negazione” della persona giuridica».

<sup>152</sup> Per un sistematico esame delle implicazioni processuali di tutto ciò, conviene rinviare il lettore ai Capitoli III e VI.

dinamico, in cui tutto il diritto si esaurisce. Le persone fisiche hanno la necessità di trovarsi di fronte un gestore, ossia un legittimato a disporre. Ove costui manchi, i creditori non possono aggredire il patrimonio, gli aspiranti aventi causa non possono stipulare un negozio di acquisto e i beneficiari non vedono eseguita la gestione da cui dovrebbero trarre vantaggio. La natura sociale del fenomeno giuridico, in altri termini, non implica la soggettivizzazione delle situazioni, ma la loro esistenza e dunque la loro identificabilità.

Tutto ciò dimostra l'imprescindibilità dell'oggetto (*i.e.* delle situazioni giuridiche che sono l'effetto delle norme e, dunque, delle norme stesse) e la sostituibilità (non invece l'assoluta irrilevanza) di un soggetto-titolare.

Una volta escluso che il patrimonio gestito sia un sottoinsieme di quello del gestore e stabilito quindi che la distinzione patrimoniale vale a tutti gli effetti, resterà da comprendere se esso sia entificato o acefalo. Tale interrogativo ha una rilevanza applicativa limitata ai diritti della soggettività e all'imputazione degli atti.

Il discorso giuridico, pertanto, rischia di restare intrappolato in un errore di prospettiva, a causa del quale non si riesce a percepire che, quando si discute della natura dei patrimoni, si sta in realtà ragionando di colui che li gestisce o del predicato che li identifica.

Non bisogna quindi domandarsi che differenza ci sia tra l'estinzione del titolare del patrimonio imputato (entificato o separato) e l'estinzione del predicato oggettivo che identifica il patrimonio acefalo<sup>153</sup>. I due predicati, soggettivo e oggettivo, essendo degli omologhi funzionali, identificheranno il patrimonio, di modo che la loro estinzione produrrà sempre il medesimo effetto: la successione universale. Occorre invece domandarsi, di volta in volta, quale sia la conseguenza giuridica, ad esempio, dell'estinzione del gestore, ciò che richiede di indagarne la natura (titolare del patrimonio o mero legittimato a disporre).

Insomma, il patrimonio è una costante, mentre sono le posizioni dei soggetti (titolari o meri gestori) a costituire una delicata va-

---

<sup>153</sup> Tale estinzione, come vedremo nel Capitolo VI, si verifica nella scissione dei fondi comuni.

riabile quando si tenta di distinguere il patrimonio acefalo da quello entificato o separato. Questo è il primo *fil rouge* del nostro studio.

Il secondo filo conduttore, invece, sta nel distinguo, interno ai patrimoni primari, tra il patrimonio acefalo e quello entificato, che si incentra sulla natura e sulle conseguenze giuridiche del loro predicato identificativo e che, fuori dei diritti della soggettività e dell'imputazione degli atti, è irrilevante, giacché i singoli settori disciplinari sono edificati soltanto sul predicato, prescindendo da quelle ulteriori caratteristiche.

Discutere della natura dei patrimoni, allora, significa indagare qualcosa che non vi è ricompreso: la posizione del gestore (titolare o no); la natura (soggettiva o acefala) del predicato identificativo.

Muta così la concezione della titolarità e dell'imputazione, le quali non fondano, ma presuppongono la soggettività del predicato. *Titolarità e imputazione*, a differenza di quanto fatto intendere dalla definizione tradizionale del *soggetto*, sono un *posterius* di quest'ultimo.

Questa rivisitazione dei fondamenti, incidendo sulla titolarità, coinvolge anche la capacità giuridica, spesso concepita, al pari della soggettività, come l'idoneità alla titolarità dei diritti. Poiché la titolarità è un *posterius* della soggettività, la capacità giuridica non è definibile, se non al prezzo di un inammissibile circolo logico definitorio, nei suddetti termini<sup>154</sup>.

La capacità giuridica è invece l'idoneità di un predicato a identificare le situazioni giuridiche concrete.

Le persone fisiche acquisiscono questa idoneità, salvi i diritti riconosciuti al concepito, con la nascita (art. 1 c.c.), così come i predicati diversi la acquisiscono dalla loro creazione, che può cor-

---

<sup>154</sup> Come attestato da P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 277, la titolarità è l'elemento cui tradizionalmente si affida il ruolo di crinale tra esistenza e inesistenza del soggetto diverso dall'uomo, di modo che, secondo quanto evidenziato a p. 273, la risposta al quesito sulla reale soggettività della persona giuridica dipende dal capire se vi è uniformità di significato tra l'enunciato che attribuisce diritti e obblighi a una persona fisica e quello che li attribuisce a una persona giuridica e dal comprendere quali siano i vantaggi e i costi di un tale accostamento.



rispondere alla costituzione di una società o all'istituzione di un patrimonio acefalo (*rectius* di un predicato oggettivo).

Se la titolarità non implicasse la soggettività, allora i diritti della soggettività spetterebbero *in toto* e necessariamente a ogni predicato. Ciò contraddirebbe la circostanza per cui l'estensione dei diritti della soggettività ai vari predicati dipende, in un'ottica storica e di analisi del linguaggio giuridico, da una ragione ben diversa, ossia dalla presenza di interessi umani che richiedono quel tipo di tutela e che non necessariamente afferiscono a ogni predicato esistente.

La titolarità implica pertanto la soggettività, di modo che la definizione del soggetto, fondata sulla titolarità stessa – la quale, peraltro, esprime una relazione in termini di *avere*<sup>155</sup> e dunque l'appartenenza a un soggetto – è circolare.

La conseguenza è che la soggettività, al contrario di quanto sostenuto dalla tradizione, non sta in rapporto di corrispondenza biunivoca con la capacità giuridica<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 445 ss., in particolare p. 653; N. IRTI, *Sul concetto di titolarità*, cit., *passim*.

La circostanza per cui l'imputazione si fonda sull'idea dell'*avere* presuppone che il titolare possa esercitare la propria signoria sul diritto e corrisponda perciò a *colui che si comporta*. Ciò dimostra che l'imputazione stessa non può spiegare tutti i casi in cui sussiste la capacità giuridica, la quale può spettare anche ai predicati diversi dalla persona fisica, i quali, funzionando come dei prismi, fanno sì che le componenti dinamiche elementari (potere e obbligo), non potendo essere loro attribuite in conseguenza della loro inidoneità a porre in essere dei comportamenti, siano imputate agli uomini (es. amministratori, soci, ecc.).

<sup>156</sup> Sulla relazione tra soggettività e capacità giuridica, v., per tutti, A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1960, 8 ss.

La corrispondenza biunivoca si rintraccia presso molta dottrina, tra cui F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 121, secondo il quale «la capacità giuridica della persona fisica [...] è qualità astratta e *a priori* di carattere generale, che coincide con la soggettività [...]». In riferimento agli enti, l'Autore aggiunge: «solo per questi ultimi l'acquisto della capacità giuridica, cioè la loro stessa configurabilità, è frutto di una discrezionale valutazione dell'ordinamento». La circostanza per cui la configurabilità dell'ente, ovvero la sua esistenza, dipende dalla capacità giuridica, significa che l'ente medesimo sia un soggetto in quanto sia giuridicamente capace.

Difatti, nel corso delle pagine 155-156, Gazzoni aggiunge che «gli enti non riconosciuti sono [...] sicuramente titolari, in quanto tali, di diritti, che essi

La capacità giuridica discende dall' idoneità identificativa del predicato e può dunque essere definita come la “possibilità giuridica che esistano situazioni concrete identificate da un determinato predicato”. Pertanto, l'art. 1, comma 1 c.c., nel sancire che la capacità giuridica si acquista con la nascita, stabilisce che è soltanto da tale momento che le situazioni giuridiche identificate dalla persona fisica possono esistere e quindi che tutte le restanti norme dell'ordinamento possono tramutarsi in concrete volontà della Legge.

La soggettività, invece, discende dalla sussistenza dei cd. diritti della personalità o dall'imputazione degli atti.

La soggettività e la capacità coincidono necessariamente in capo alla sola persona fisica, coesistendo in modo meramente eventuale per i predicati diversi, i quali sono giuridicamente capaci, ma non necessariamente soggettivi.

La ragione è che solo la persona fisica ha necessariamente valore in sé ed è dunque portatrice di situazioni giuridiche che tutelano questo valore e si estendono al di là del patrimonio. Le altre entità, al contrario, sono «titolari» di queste situazioni *extra commercium* soltanto ove ciò sia necessario per la tutela di determinati interessi, pur sempre umani<sup>157</sup>.

---

esercitano in funzione strumentale al perseguimento dello scopo, cui è destinato il fondo di loro titolarità. Anche questi enti, dunque, hanno una propria, autonoma capacità giuridica e di agire, nonché processuale, ben distinta da quella dei propri membri».

<sup>157</sup> F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 121. Nella giurisprudenza, citata dallo stesso Gazzoni, v. Cass., sez. III, 15 febbraio 1993, n. 1853, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 307, in *Foro it.* 1993, I, 2535, con nota di Calò e in *Giur. it.* 1993, I, 1, 1661.

Questa discrezionalità dell'ordinamento è già in SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, 1840, II, 2, il quale – secondo quanto ricordato da P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 75 ss. – proclamava che «ogni singolo uomo e solo l'uomo singolo è capace di diritto», ma limitava poi tale asserzione affermando che lo Stato può attribuire la capacità a entità diverse. In questa contraddizione si manifestava tutta la tensione, politica prima che tecnica e giuridica, tra il giusnaturalismo e l'assolutismo della Restaurazione.

È per questo che il predicato diverso dalla persona fisica non potrà mai essere paragonato, sul piano valoriale, a quest'ultima. Se è vero – come attestato da P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 55 – che la discussione sulla

La soggettività è determinata dai diritti della personalità – a loro volta definiti come tali in virtù delle caratteristiche universalmente riconosciute (essenziali, assoluti, non patrimoniali, personalissimi, inalienabili, intrasmissibili, imprescrittibili, innati) – e dall'imputazione normativa degli atti ed è quindi irrilevante, in linea generale, salvo che una diversa norma presupponga, per la propria applicazione, quei diritti della personalità o quell'imputazione di atti. Quando tale presupposizione è prevista, allora la capacità giuridica dipende dalla soggettività. Quando tale presupposizione manca – come effettivamente mancherà in tutti i settori disciplinari esaminati in quest'opera – allora la soggettività è ininfluyente per ogni norma diversa da quelle che prevedono i diritti della personalità.

È l'eterogeneità dei fondamenti della capacità e della soggettività a determinarne, dunque, lo scollamento. Se è vero che ogni entità soggettiva è giuridicamente capace, è vero anche che, a differenza della tradizione, non ogni entità giuridicamente capace ha natura soggettiva.

La soggettività, dunque, integra una capacità giuridica speciale, riferibile, al pari della capacità giuridica generale, sia alle persone fisiche, sia agli enti.

---

relazione tra persona fisica e persona giuridica è influenzata da preoccupazioni filosofiche e politiche, è anche vero che solo i diritti della soggettività dell'uomo sono assoluti, mentre quelli dei predicati diversi sussistono solo ove siano funzionali agli interessi dell'uomo medesimo.

Il quesito sulla realtà o meno della persona giuridica, a mio parere, ha senso soltanto alla luce delle suddette preoccupazioni politiche, per le quali porre l'ente (*i.e.* il patrimonio entificato) al livello della persona fisica significa considerare l'uomo un soggetto tra i soggetti, il che equivale a dire, in maniera più esplicita e inquietante, che egli è un oggetto tra gli oggetti. Se, però, il patrimonio (*i.e.* l'insieme) è necessariamente distinto dal predicato che lo identifica e se ai predicati diversi dalla persona fisica compete la capacità, mentre la soggettività è un attributo meramente eventuale e che in ogni caso spetta agli enti in misura inferiore di quanto vale per gli uomini, allora questi pericoli si dissolvono, come pure le contrapposizioni dottrinali che su di essi si sono sviluppate.

Già P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 180, chiarisce che il modo, anche esclusivamente tecnico, di intendere la personalità degli enti non ha alcuna influenza sulla tutela della persona umana.

Pertanto, se e solo se a un predicato si attribuisce natura soggettiva (*i.e.* i diritti della soggettività), allora esiste un *titolare* delle situazioni giuridiche patrimoniali.

Il predicato, a sua volta, consista in una persona fisica o in un ente, oltre a identificare la situazione concreta, permetterne l'esistenza e consentire la creazione dei patrimoni, assume la funzione del prisma, consentendo di tradurre le situazioni statiche nelle loro componenti dinamiche elementari, in ogni caso riferite alle persone fisiche, così determinando *chi può o deve fare che cosa*<sup>158</sup>.

Parafrasando il precedente di legittimità in materia di fondi comuni d'investimento<sup>159</sup>, possiamo dedurne che l'ordinamento *ben* sopporta un patrimonio privo di titolare.

In conclusione, riassumo le coordinate che ho elaborato: a) la capacità giuridica consiste nella idoneità di un predicato a identificare situazioni giuridiche concrete; b) un predicato identifica situazioni giuridiche concrete quando la Legge ne prevede l'esistenza, prescrivendo un nome, una denominazione o una ragione sociale; c) la titolarità, ossia l'imputazione di una situazione concreta, consiste nell'attribuire a quest'ultima un predicato soggettivo; d) il predicato è soggettivo quando possono essergli attribuiti i diritti della soggettività o gli sono imputati gli atti giuridici; e) i diritti della soggettività sono attribuibili alle persone fisiche in virtù della nascita (art. 1 c.c.) e agli altri predicati nella misura in cui ciò sia richiesto per la tutela degli uomini interessati alla gestione del patrimonio; f) le situazioni giuridiche concrete e i patrimoni, salvo che

---

<sup>158</sup> Non ha dunque senso, a mio avviso, immaginare, come ipotizzato da alcune teorie analitiche, che l'ente diverso dalla persona fisica sia un finto soggetto (*rectius* un finto predicato). Esso, infatti, identifica le situazioni statiche, consentendone l'esistenza, al pari della persona fisica. Dal punto di vista dinamico, invece, soltanto alla persona fisica possono essere attribuite le posizioni giuridiche elementari che si riassumono nel *chi può o deve fare che cosa*.

Di conseguenza, mentre la capacità giuridica statica può spettare a ogni predicato e benché la soggettività statica competa soltanto ai predicati (anche diversi dalle persone fisiche) per i quali essa sia richiesta dagli interessi umani, la soggettività dinamica spetta alle sole persone fisiche.

<sup>159</sup> Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit.

sia altrimenti previsto da una norma espressa, non presuppongono la soggettività, ma la capacità giuridica del predicato; g) i predicati consentono l'edificazione dei patrimoni e dunque l'applicazione delle norme che ne presuppongono una visione non meramente atomistica, bensì insiemistica, come quelle concernenti la responsabilità patrimoniale e la quota di legittima; h) i predicati identificativi fungono da prismi e consentono di tradurre le situazioni statiche che essi identificano nelle relative componenti dinamiche elementari.

È alla luce di queste coordinate che mi muoverò nei prossimi Capitoli.

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

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

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

Secondo quanto detto nel Capitolo II, il diritto civile ammette situazioni giuridiche prive di un soggetto che ne sia titolare.

Il problema al quale è dedicata quest'opera e che finora è stato oscurato dalle discussioni della dottrina civilistica, tuttavia, è la contraddizione sussistente tra la possibilità che un diritto concreto sia privo di titolare e il principio processuale secondo cui i diritti devono essere fatti valere in giudizio da un soggetto. Questo principio trova la propria ragione nell'architettura dialettica del processo, inteso come una "serie coordinata di poteri e atti" e, dunque, come un fenomeno che impone, in maniera ancor più evidente di

quanto accada nel diritto astratto sostanziale, la necessità di conoscere i profili dinamici in cui si scompongono le situazioni giuridiche statiche, ovvero sia *chi può o deve fare che cosa*.

Tale principio incide su tre istituti centrali per la costruzione sistematica del processo e fondati dalla tradizione proprio sull'inesistente principio di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche: la capacità di essere parte, la *legitimatio ad causam* e la *legitimatio ad processum*. L'architettura logica del sistema processualcivilistico è, infatti, strutturalmente distinta da quella civilistica, ma, essendo funzionale all'attuazione del diritto materiale, poggia, in larga parte, su concetti propri a quest'ultimo<sup>1</sup>.

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

Procederemo nel modo seguente. In primo luogo, riprenderemo la definizione tradizionale degli anzidetti istituti processuali e,

---

<sup>1</sup> Sulla relazione intercorrente tra diritto materiale e processuale: E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, cit., 125 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova 1928, 212; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007, 11; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 85, ove si afferma che «lo studio del diritto processuale civile è principalmente il riesame della disciplina del diritto privato sostanziale attraverso l'ottica privilegiata che offre il processo» e si precisa che tale rapporto di strumentalità tra i due sistemi è meramente relativo dato che l'esercizio del potere giurisdizionale è influenzato da esigenze pubblicistiche, estranee alle norme di diritto privato che regolano la *res in iudicium deducta*. Nello stesso ordine di idee, E. F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, I, 182, il quale critica quella giurisprudenza che pretende di ricavare le soluzioni processualistiche in via diretta e automatica dall'inquadramento sostanziale delle entità dedotte nel processo. Aderisce a questa censura L. LUPERTO, *Gli effetti sostanziali e processuali dell'estinzione della società*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.3, 2015, 246 ss.

in seguito, verificheremo la compatibilità di questa tradizione con i diritti privi di titolare. Dopo aver compiuto questo studio teorico, dal quale emergeranno alcune distonie e la rivisitazione del principio per cui *processus est actus ad minus trium personarum*, guarderemo alle indicazioni processualistiche offerte dal diritto positivo e ne trarremo gli indizi necessari per offrire soluzioni ai problemi sui quali lo *ius positum* tace<sup>2</sup>.

## 2. *La capacità di essere parte*

Il codice di procedura civile impiega il termine *parte* in tre diverse accezioni: a) *parte formale* è «il soggetto che, avendo [...] esercitato il potere (o subito, come destinatario dell'atto, l'esercizio del potere) di provocare una pronuncia del giudice, è divenuto titolare di uno o più poteri processuali (o ha acquistato un ruolo soggettivo di destinatario rispetto all'esercizio di poteri processuali altrui), e in tale veste sta in giudizio»<sup>3</sup>; b) *parte processuale* è il soggetto cui sono imputati gli effetti degli atti processuali, ossia «colui che sta in giudizio col nome comportandosi o potendosi comportare come possibile titolare di una eventuale azione»<sup>4</sup>; c) *parte sostanziale* è il soggetto del rapporto litigioso<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Il metodo corrisponde alle due funzioni (descrittiva e prescrittiva) delle concettualizzazioni dottrinali, ben delineate da L. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2501 ss.

<sup>3</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, 133. Il termine è utilizzato, in questa prima accezione, da svariate disposizioni, tra cui quelle degli artt. 120, 157, 278, 282 e 309 c.p.c.

<sup>4</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 135. In questa seconda accezione, il termine è impiegato dagli artt. 91, 226 e 299.

Mandrioli conseguentemente esclude che il rappresentante sia parte, secondo questa accezione del termine, giacché gli effetti si producono in capo al rappresentato. L'ipotesi in cui il rappresentante è condannato alle spese *ex art.* 94 c.p.c., poi, avrebbe un evidente carattere eccezionale: la fonte di tali effetti non sarebbe lo stare in giudizio né col nome, né con l'attività, ma consisterebbe nel carattere colposo o doloso del comportamento, fonte di obbligazioni risarcitorie.

<sup>5</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 137, trae questa nozione dagli artt. 2908 e 2909 c.c.



La caratteristica comune ai tre significati di *parte*<sup>6</sup> sta nella «titolarità di una o più situazioni giuridiche processuali»<sup>7</sup>. Pertanto, la definizione unitaria della parte è la seguente: «quel soggetto che, a seguito della proposizione della domanda o comunque di un atto idoneo a provocare una pronuncia del giudice, diviene titolare o è considerato dalla legge come titolare di una o più situazioni giuridiche soggettive processuali con le quali sta nel processo con l'attività o col nome o che gli consentono di entrare nel processo del quale subisce gli effetti sostanziali»<sup>8</sup>.

Poiché l'atto che introduce il processo è la domanda e da essa risultano i destinatari del provvedimento richiesto al giudice, ossia colui che propone la domanda e colui nei cui confronti essa è pro-

---

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

<sup>6</sup> L'individuazione di queste tre accezioni del termine «parte» si deve a E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 243 ss. La classificazione è stata poi condivisa dalla dottrina. Si vedano: C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 151 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 92 ss.; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 130 ss.

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

<sup>7</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 143.

<sup>8</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 144.

posta, allora *parte in senso processuale* «è colui che propone la domanda in nome proprio o nel cui nome la domanda è proposta; o [...] colui nei cui confronti la domanda è proposta»<sup>9</sup>.

Pertanto, la qualità di parte appare alla dottrina tradizionale come la «qualificazione soggettiva minima ma sempre presente nei soggetti attivo e passivo di un processo; sempre presente, nel senso che ovunque c'è un processo, ivi esistono sempre almeno due parti. Ciò si desume dal rilievo [...] che perché esista un processo basta che esista una domanda di un soggetto rivolta ad un giudice, nei confronti di un altro soggetto»<sup>10</sup>. Tale conclusione è espressa dall'antico brocardo per cui *processus est actus ad minus trium personarum: iudicis, actoris, rei*.

La nozione di parte deve così distinguersi da altri concetti. La prima accezione del termine va distinta da quella del legittimato processuale, poiché anche l'incapace processuale, pur essendo privo di *legitimatio ad processum*, può divenire parte<sup>11</sup>. La seconda accezione del termine non va sovrapposta a quella di *legitimatio ad causam*, giacché include anche colui che sta in giudizio col nome, pur non essendo titolare di alcuna azione. La qualità di parte è quindi un *prius* rispetto alla legittimazione ad agire<sup>12</sup>.

L'utilità pratica di questa tripartizione sta in un ausilio all'interpretazione delle norme che ragionano di *parte* senza precisare l'accezione con la quale il termine è utilizzato. Così, quando è dubbio che la disposizione si riferisca al rappresentante piuttosto che al rappresentato, si risalirà «dalla portata della singola norma alle caratteristiche tipiche dell'effetto giuridico che essa determina e quindi alle caratteristiche della situazione giuridica sul cui titolare codesti effetti possono tipicamente determinarsi. Si potrà così ri-

<sup>9</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 316.

<sup>10</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 314-315.

<sup>11</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 144.

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

<sup>12</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 144-145.

scontrare se la legge [...] intende “soggetto che sta in giudizio col nome” o intende “titolare dei poteri processuali”<sup>13</sup>.

La capacità di essere parte è fatta discendere dalla soggettività giuridica sostanziale. La circostanza che il processo sia introdotto da una domanda, atto rivolto da un soggetto nei confronti di un altro, implica, infatti, che ci debbano essere almeno due soggetti affinché il processo possa validamente costituirsi<sup>14</sup>.

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

Il fondamento normativo della legittimazione ad agire è l'art. 81 c.p.c., secondo cui, «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui»<sup>15</sup>.

Con l'espressione *legitimatio ad causam*, detta anche legittimazione ad agire<sup>16</sup>, s'intende la titolarità dell'azione, ossia del diritto di otte-

<sup>13</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 147.

<sup>14</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 144.

<sup>15</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 55 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 179 ss.

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

<sup>16</sup> Sull'argomento si vedano: F. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., I, 315; E. BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 763 ss.; E. ALLORIO, nota a Cass. 4 gennaio 1952, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, c. 101; F. CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, II, 10, 121-122; E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, 961 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 195 ss.; F. CARNELUTTI, *Ancora su titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, II, 97 ss.; S. SATTI, *Interesse e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, cc. 160 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, IV, Padova, 1954, 103 ss.; E. ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 122 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, cit., 209 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 131 ss.; G.A. MICHELI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, XV, 566 ss.; L. MONACCANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1961; A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in

nere una sentenza che statuisca sul merito della domanda<sup>17</sup>. Il po-

---

*Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 524 ss.; G. TOMEI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 65 ss.; G. COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur.*, 1990, VIII; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 49 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Torino, 2010, 175.

<sup>17</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 49 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 175.

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

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

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

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

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

tere di proporre la domanda – che, *ex art. 24 Cost.*, spetta a tutti – va allora distinto dal diritto di azione e quindi dalla *legitimatio ad causam*<sup>18</sup>.

Il diritto positivo consente di intendere l'azione come situazione giuridica autonoma dai singoli poteri processuali e quindi di affermare che la titolarità dell'una non necessariamente coincide con la titolarità degli altri. Mentre, secondo gli artt. 81 e 100 c.p.c., il diritto di azione compete solamente a chi si afferma titolare di una situazione giuridica bisognosa di tutela, l'art. 24 Cost. riconosce a tutti la possibilità di agire in giudizio. Questa possibilità non può essere il diritto di azione poiché, altrimenti, gli artt. 81 e 100 del codice di rito, limitandola, sarebbero incostituzionali. Essa, invece, sta in relazione con l'art. 99 c.p.c. La Costituzione, dunque, attribuisce i poteri processuali, e *in primis* quello di proporre la domanda, a soggetti che possono non essere titolari dell'azione<sup>19</sup>.

La legittimazione ad agire, vista la concezione parzialmente astratta dell'azione, ormai prevalente<sup>20</sup>, dipende dal fatto che la

---

<sup>18</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 75 ss., in particolare 81 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 50 ss., in particolare 56-57.

<sup>19</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 75 ss., in particolare 81 ss.

<sup>20</sup> Sarebbe fuori luogo riprendere il dibattito intorno alle concezioni concrete e astratta dell'azione. Per alcuni riferimenti dottrinali in merito a tale diatriba, oramai risolta, si vedano, tra gli altri: C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 50, nota 2; A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 524 ss.

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

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

Per riferimenti alla dottrina germanica, che accoglie la stessa impostazione per cui la legittimazione ad agire dipende dall'affermata titolarità del diritto de-

parte si affermi titolare del diritto che essa deduce in giudizio<sup>21</sup>. In questa allegazione, e non nella effettiva titolarità del rapporto sostanziale dedotto<sup>22</sup>, va identificata la situazione legittimante<sup>23</sup>.

---

dotto, si veda E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 204-205, nota 6.

<sup>21</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 55; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 179 ss.

<sup>22</sup> S. SATTA, *Interesse e legittimazione*, cit., cc. 160 ss., considera «risibile» l'ipotesi, prospettata dalla dottrina ormai prevalente, per cui la *legitimatō ad causam*, una volta accolta la concezione parzialmente astratta dell'azione, rileverebbe dal punto di vista pratico nel caso in cui l'attore dichiari di dedurre un diritto altrui. Da ciò discenderebbe l'assurdità di una legittimazione ad agire staccata dalla titolarità effettiva del diritto sostanziale.

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

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

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

<sup>23</sup> Come attestato da E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 133 per «situazione legittimante» si intende la «situazione in cui il soggetto deve trovarsi per essere titolare di un potere o destinatario di effetti. Il concetto di legittimazione è stato anzi elaborato specialmente dal punto di vista della situazione legittimante, nell'intento di operare una distinzione fra la mera capacità e le altre e varie situazioni in cui il soggetto può comparire in questo o quel paradigma normativo».

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

E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 198-199, sottolinea quanto la distinzione tra la situazione legittimante e quella legittimata sia fondamentale per evitare le pericolose confusioni in cui incorre la giurisprudenza: «ci si può [...] rassegnare a che la parola legittimazione abbia

Secondo un'impostazione dottrinale, le condizioni dell'azione devono essere distinte dai presupposti processuali. Questa convinzione discendeva, un tempo, dalla concezione concreta dell'azione; una volta abbandonata tale teoria, la distinzione è stata rifondata sull'inerenza delle suddette condizioni alla domanda e pertanto sulla loro irriducibilità ai presupposti processuali, ossia ai requisiti esterni alla domanda stessa<sup>24</sup>.

Secondo altra sistemica, tuttavia, una volta accolta la concezione parzialmente astratta, le condizioni dell'azione vanno distinte dall'esistenza del diritto dedotto, cosicché la *legitimatō ad causam* e l'interesse ad agire vanno posti sullo stesso piano dei presupposti processuali e quindi degli altri requisiti di decidibilità della causa nel merito<sup>25</sup>. Non vi sarebbe alcun motivo, se non meramente classificatorio, per distinguere all'interno di tali requisiti, visto anche che, a differenza di quanto sostenuto in passato, la sentenza che dichiara il difetto di *legitimatō ad causam* è inidonea al giudicato sostanziale quanto quella che rigetta la domanda per difetto di capacità processuale<sup>26</sup>.

---

due significati: indichi cioè, in primo luogo, la posizione in cui, secondo le regole del diritto processuale, taluno può chiedere, in nome proprio [...] di pronunciare in merito su una certa controversia, ma designi in secondo luogo, e promiscuamente, la posizione di titolarità attiva o soggettiva passiva, secondo le regole del diritto sostanziale, del rapporto di cui si contende, naturalmente nell'ipotesi che questo rapporto esista. Quale guadagno si ricavi, però, a impiegare la stessa parola per due idee che sono intimamente diverse, e che corrispondono a due situazioni, alle quali non si potrà mai applicare lo stesso trattamento giuridico, è domanda alla quale sarebbe ben difficile rispondere [...]».

<sup>24</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 42-46.

<sup>25</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 177. Anche A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 532, riporta la *legitimatō ad causam*, di cui riconosce l'inquadramento tra le condizioni dell'azione, alle condizioni di decidibilità nel merito, di modo che la decisione sulla sua mancanza è pur sempre una decisione di rito. Pertanto, ove la controversia abbia profili di transnazionalità, la questione concernente la titolarità dell'azione, essendo di natura prettamente processuale, sarà regolata, non dalla *lex causae*, ma dalla *lex fori*.

<sup>26</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 177-178. Al di là di questi inquadramenti dogmatici, è unanime in giurisprudenza l'affermazione per cui la *legitimatō ad causam* è condizione di decidibilità della causa nel merito. Tra le molte, si legga Cass., sez. I, 12 agosto 2005, n. 16878, in *Giust. cin. Mass.* 2005, 9.

La legittimazione ad agire si distingue in attiva e passiva. Quella attiva dipende dalla coincidenza tra il soggetto in nome del quale la domanda è proposta e l'affermato titolare del diritto dedotto. Quella passiva dipende invece dalla coincidenza tra il soggetto contro cui la domanda è proposta e il titolare del lato passivo del rapporto sostanziale oggetto della domanda<sup>27</sup>. Più che di *legittimazione passiva*, espressione che sembra alludere a una legittimazione del soggetto contro cui la domanda è proposta<sup>28</sup>, sarebbe opportuno ragionare di *lato passivo della legittimazione ad agire*. La coincidenza tra il soggetto contro cui è proposta la domanda e l'affermato titolare del lato passivo del rapporto materiale costituisce, difatti, al pari della coincidenza tra soggetto che propone la domanda e affermato titolare del lato attivo del rapporto, una condizione per l'esistenza dell'azione in capo all'attore, e non un requisito per la sussistenza di poteri in capo al convenuto<sup>29</sup>. Pertanto, ove la cosiddetta legittimazione passiva non sussista, l'attore avrà esercitato un'azione che non gli compete, di modo che il processo si arresterà con un provvedimento dichiarativo del difetto di *legitimatō ad causam*<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 55 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 179.

<sup>28</sup> F. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., 315; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 149; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 81, nota 91; A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 525, nota 1.

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

<sup>29</sup> Sembra invece orientata in questo senso Cass., sez. I, 12 agosto 2005, n. 16878, cit., secondo cui la *legitimatō ad causam* passiva consiste «nella titolarità del potere o del dovere (rispettivamente per la legittimazione attiva o passiva) di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa».

<sup>30</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 81, nota 91.

Secondo Cass., sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5912, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 3, il difetto di *legitimatō ad causam*, derivi esso dalla carenza del lato attivo o passivo di essa, comporta, salvo il solo giudicato interno, un vizio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, mentre il difetto di titolarità effettiva del



La *legitimitatio ad causam* passiva deve essere quindi distinta dalla legittimazione a contraddire<sup>31</sup>. Se vi è difetto di *legitimitatio ad causam* passiva, l'attore non è titolare dell'azione in concreto esercitata, in quanto – ad esempio nel caso dell'art. 102 c.p.c. – avrebbe dovuto convenire in giudizio, oltre a Caio, anche Sempronio. Difatti, se così non fosse, si consentirebbe alla domanda di pervenire a una pronuncia sul merito che sarebbe *inutiliter data*. Poiché all'attore compete, secondo il principio dispositivo sostanziale, la libertà di determinare l'oggetto processuale, e poiché questo è identificato, tra gli altri, dalle *personae*, allora egli ha anche la libertà di convenire in giudizio i soggetti che preferisce, cosicché è solo la Legge, proprio mediante il citato art. 102, a poter comprimere tale libertà, escludendo un diritto alla pronuncia sul merito nel caso di pretermissione dei litisconsorti necessari<sup>32</sup>.

Ebbene, se Sempronio, nella domanda introduttiva del giudizio, non è l'affermato titolare del lato passivo del rapporto litigioso, la sentenza pronunciata, stante la sua pretermissione, è *inutiliter data* e non ne pregiudica i diritti. Conseguentemente, non può immaginarsi una violazione del diritto a contraddire di Sempronio dato che egli, al pari di qualsiasi terzo, non vede intaccata la propria sfera giuridica. Pertanto, la *ratio* dell'art. 102 sta in un difetto di azione dell'attore, che non può ottenere, per ragioni logico-giuridiche o per motivi di opportunità indicati dal Legislatore, una pronuncia sul merito nei confronti di alcuni soggetti soltanto<sup>33</sup>.

Soltanto qualora Sempronio sia stato affermato (anche implicitamente) quale titolare del lato passivo del rapporto, come nel caso in cui l'impugnazione del matrimonio sia domandata da un terzo contro la moglie Caia e non anche contro il marito Sempronio, la

---

lato attivo o passivo del rapporto sostanziale dedotto deve formare oggetto di specifica censura in sede di impugnazione. In senso conforme: Cass., sez. I, 23 novembre 2005, n. 24594 in *Giust. cin. Mass.* 2005, 11.

<sup>31</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 81, nota 91; A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 525, nota 1; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 179.

<sup>32</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 81 ss., nota 91.

<sup>33</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 81 ss., nota 91.

domanda sarà proposta nei confronti di entrambi, ma la mancata notificazione al marito lederà il diritto a contraddire di costui<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 81 ss., nota 91.

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

Attardi, nel corso delle pp. 528-529, chiarisce poi che dal litisconsorzio necessario deve essere distinta la colegittimazione ad agire, in cui la pluralità di parti non deriva dal fatto che la sentenza, per produrre i suoi effetti, debba essere pronunciata contro la totalità di esse, ma da una contitolarità dell'azione, come quella prevista dall'art. 168 c.c. per le azioni a tutela del fondo patrimoniale. Pertanto, qualora uno dei colegittimati sia assente, la domanda proposta dall'altro sarà invalida, e tale nullità non potrà essere sanata dal mero intervento, come invece accadrebbe in ipotesi di litisconsorzio necessario, ma richiederà la manifestazione del consenso all'intervenuta proposizione della domanda.

Ulteriore distinzione che l'Autore, a p. 529, ha cura di sottoporre all'attenzione è quella tra legittimazione straordinaria ad agire e i casi, come quello dell'art. 117 c.c., in cui la Legge attribuisce direttamente ai terzi un'azione: «con quanto si è detto non si vuole escludere che l'istituto della sostituzione processuale possa trovare applicazione anche quando di tratti di processi costitutivi;

Alla valutazione sull'integrità del contraddittorio va dunque riconosciuta la priorità rispetto alla valutazione sulla *legitimatio ad causam* passiva<sup>35</sup>.

Secondo una dottrina autorevole, ma risalente e isolata, la *ratio* dell'art. 81 c.p.c. risiede nella tutela del titolare del diritto, al quale si riconosce l'interesse a che altri non si intromettano, senza il suo consenso, nella sua sfera giuridica. Sarebbe conseguentemente ammissibile la sostituzione processuale volontaria<sup>36</sup>.

Al contrario, secondo la dottrina prevalente<sup>37</sup>, seguita dalla giurisprudenza<sup>38</sup>, la *ratio* dell'art. 81 sta nell'esigenza pubblicistica di impedire che il giudice abbia il potere/dovere di rendere una decisione sul merito della domanda quando essa è proposta da chi non si affermi titolare del diritto. Pertanto, la sostituzione volontaria, la fiducia processuale e la rappresentanza processuale indiretta non sono ammesse<sup>39</sup>.

La clausola di riserva dell'art. 81 del codice di rito allude a una serie di casi in cui, per espressa disposizione di Legge, si ammette che un soggetto possa far valere in giudizio, in nome proprio, un diritto altrui<sup>40</sup>. Sono questi i casi di legittimazione straordinaria ad

---

ma ciò, naturalmente, quando si tratti di un soggetto al quale sia attribuito, non il diritto a un mutamento giuridico, ma il potere di agire per far valere il diritto a tale mutamento che ad altri spetta».

<sup>35</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 84, nota 91, ove si richiama V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1961, 231.

<sup>36</sup> E. GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 231 ss.

<sup>37</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 261-262, nota 7, ove ampi riferimenti bibliografici.

<sup>38</sup> Cass., sez. III, 27 luglio 1998, n. 7337, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1592.

<sup>39</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 261-262, note 7 e 8.

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

<sup>40</sup> A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 529, sottolinea che la sostituzione processuale può aversi sin dall'inizio del processo o realizzarsi nel corso dello stesso. A p. 530, l'Autore ricorda l'art. 108 c.p.c., il quale prevede una sostituzione che si verifica soltanto a seguito dell'estromissione del garantito.

agire<sup>41</sup>. In queste ipotesi, alla situazione legittimante ordinaria, costituita dall'affermata titolarità del diritto dedotto in causa, se ne sostituisce una straordinaria ed eccezionale, espressamente individuata, di volta in volta, dal diritto positivo<sup>42</sup>.

Conseguentemente, alla frattura tra la titolarità del diritto sostanziale e la titolarità della pretesa (*legitimatō ad causam*)<sup>43</sup>, indotta dalla concezione parzialmente astratta dell'azione, se ne aggiunge un'altra, ovvero quella tra la titolarità della pretesa e la titolarità del processo<sup>44</sup>.

L'esempio più emblematico è quello dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c.<sup>45</sup>, ma se ne possono aggiungere altri: la successione nel processo di cui all'art. 111 c.p.c.<sup>46</sup>; la sostituzione officiosa

---

<sup>41</sup> Sul tema si vedano, tra gli altri: E. GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 163 ss.; F.U. DI BLASI, voce *Sostituzione processuale*, in *Nov. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, 993 ss.; C. MANDRIOLI, *Delle parti*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, 2, Torino, 1973, 925 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, I, cit., 57 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 182 ss.

<sup>42</sup> A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 527, per cui la legittimazione ordinaria ad agire opera «quando si presenti il presupposto normale di tale legittimazione e cioè la soggettività della pretesa».

E. ALLORIO, *Diatriba breve*, cit., 219, distingue tra una “regola” della legittimazione ad agire, per cui essa sussiste qualora l'attore si affermi titolare del diritto dedotto e il convenuto sia affermato titolare del lato passivo del rapporto litigioso, e una serie di “canoni eccezionali”, in cui la suddetta coincidenza non è necessaria (sostituzione processuale, interveniente adesivo dipendente e interveniente coatto che non sia evocato per contraddire su un rapporto che gli faccia capo) o non è sufficiente (litisconsorzio necessario).

<sup>43</sup> E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 200.

<sup>44</sup> E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 202.

<sup>45</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 57; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 182 ss.

<sup>46</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 187, il quale avverte, però, che potrà parlarsi di sostituzione processuale in senso proprio solo laddove il dante causa faccia constare l'avvenuto trasferimento del diritto dedotto in giudizio. Ove tale evento non fosse allegato, infatti, il diritto, benché oramai spettante ad altri, sarebbe fatto valere come proprio. Nello stesso senso: E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 207; A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 531; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 406-407.

operata dal P.M. che si faccia attore *ex art. 69 c.p.c.*<sup>47</sup>; la possibilità per il creditore pignoratorio di rivendicare la cosa oggetto del pegno secondo l'art. 2789 c.c.<sup>48</sup>; la *confessoria* e la *negatoria servitutis* esperite dall'usufruttuario *ex art. 1012, comma 2 c.c.*<sup>49</sup>; la posizione del garante successivamente all'estromissione del garantito, a norma dell'art. 108 c.p.c.<sup>50</sup>. Non devono invece essere ricondotte alle ipotesi di sostituzione processuale i casi di surrogazione legale *ex art. 1203 c.c.* – che comportano un trasferimento, non della legittimazione ad agire, ma della stessa titolarità del diritto sostanziale – e, ma la cosa è dubbia, l'azione diretta, prevista dagli artt. 1595 e 1676 c.c.<sup>51</sup>.

Nei casi di legittimazione straordinaria, si ammette che l'attore dichiarati di voler ottenere la tutela giurisdizionale di un diritto di cui egli si afferma non titolare, ma al quale egli è interessato, come accade, *ex art. 2900 c.c.*, nel caso in cui l'inerzia del debitore nei confronti del *debitor debitoris* leda la garanzia patrimoniale generica che assiste il creditore<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 182; L. IACUMIN, *Il P.M. nel processo civile*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, 587 ss.

<sup>48</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 185.

<sup>49</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 185.

<sup>50</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 187. A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 530-531, ricorda che l'art. 1485 c.c. rappresenta un'applicazione specifica dell'art. 108 c.p.c., prevedendo che l'effetto dell'intervento del garante non sia quello di estendere il *thema decidendum* al rapporto di garanzia, ma soltanto di evitare che il garante medesimo, ove rimasto terzo rispetto al procedimento, possa poi rifiutarsi di rispondere per l'intervenuta evizione allegando l'esistenza di ragioni che avrebbero potuto comportare il rigetto della domanda proposta contro l'acquirente.

<sup>51</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 187-189.

<sup>52</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 182.

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

Come notato da E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 202-203, nota 4, con ciò si trascura che il rapporto giuridico, il quale fonda la legittimazione, non è fatto valere, giacché su di esso non si sollecita una

L'azione surrogatoria è, a differenza di quanto si riteneva un tempo, irriducibile alla rappresentanza, giacché, se così fosse, non si riuscirebbe a spiegare perché il surrogato deve essere chiamato in causa, come prescritto dall'art. 2900 c.c.<sup>53</sup>. Se davvero si verificasse un fenomeno rappresentativo, infatti, il surrogato sarebbe già parte, di modo che il suo intervento non avrebbe senso<sup>54</sup>.

La legittimazione straordinaria del surrogante richiede la dimostrazione di tre requisiti, ossia che l'attore sia creditore del sostituto, che quest'ultimo sia inerte nell'esercitare le proprie ragioni e, infine, che tale inerzia possa ledere la garanzia patrimoniale generica che assiste il creditore surrogante. Una volta dimostrati questi tre elementi, è provata la sussistenza della legittimazione straordinaria dell'attore, il quale, agendo in nome proprio, fa sì che le parti processuali siano diverse da quelle che si presenterebbero ove si verificasse una vicenda rappresentativa. Nonostante la differenza delle parti, la causa oggettivamente intesa sarà identica, salva la questione pregiudiziale di rito attinente alla sussistenza dei requisiti della legittimazione straordinaria<sup>55</sup>, cosicché gli effetti dipendenti dal solo oggetto del giudizio, quali la litispendenza e i limiti ogget-

---

pronuncia con autorità di cosa giudicata sostanziale. In *Diatriba brevis*, cit., 224, lo stesso Allorio imputa tale errore all'idea, tipica della teoria generale di Satta, per cui diritto sostanziale e diritto processuale si identificano, e nota come il creditore surrogante non abbia alcun diritto di intromettersi nei rapporti tra il surrogato e il *debitor debitoris*, se non nel mondo processuale, ossia mediante un'azione alla quale non fa riscontro alcuna situazione giuridica materiale.

<sup>53</sup> È ipotesi di litisconsorzio necessario: C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 57; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 197-199.

<sup>54</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 183.

<sup>55</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 200 e 201 mette in luce il fatto che questo rapporto può essere accertato con autorità di cosa giudicata sostanziale, nel corso di una azione surrogatoria, qualora sia proposta l'istanza prevista dall'art. 34 c.p.c. La particolarità di questa ipotesi sta nel fatto che la pregiudizialità non è sostanziale, ma meramente processuale, giacché il diritto del sostituto non fa parte della fattispecie costitutiva di quello del sostituto.

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

tivi del giudicato sostanziale, coincideranno con quelli prodotti da un procedimento introdotto da un rappresentante<sup>56</sup>.

È poi bene rammentare che, secondo la dottrina prevalente, la previsione dell'art. 2900 c.c., secondo cui il sostituito è litisconsorte necessario, non integra una norma eccezionale, ma un'applicazione del principio generale fissato dall'art. 102 c.p.c., cosicché si applica anche nei casi di sostituzione in cui il litisconsorzio necessario non è espressamente previsto<sup>57</sup>. In queste ipotesi, pertanto, la sentenza produce i propri effetti diretti in capo ai legittimati ordinari, titolari della situazione dedotta, talché essi devono essere convenuti in giudizio<sup>58</sup>.

#### 4. *Segue: legitimatio ad causam e possibilità giuridica*

Conviene ricordare un'ipotesi peculiare in tema di legittimazione ordinaria ad agire, ovverosia il caso in cui un soggetto deduca come proprio un diritto che, già in astratto, non gli può spettare.

Il caso è il seguente: il mittente agisce in giudizio, dopo lo svincolo della merce, per ottenere l'accertamento del proprio diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento del contratto di trasporto<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 183-184.

<sup>57</sup> P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1941, 196-197; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 591; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 102; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da A. Proto Pisani*, Torino, 2002, 190; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 197-198. A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 529, sostiene che i soggetti del rapporto giuridico non possono essere terzi rispetto al processo, salvo che ciò sia espressamente previsto dalla Legge, il che accade, ad esempio, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 108 c.p.c.

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

<sup>58</sup> S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 191; A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 526-527.

<sup>59</sup> L'ipotesi è stata presa in esame da E. ALLORIO, nota a Cass. 4 gennaio 1952, cit., c. 101 e F. CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, cit., 121-122.

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

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

La tesi di Carnelutti è preferibile. L'attore, già in astratto, non può essere titolare di quel diritto, di modo che egli ha chiesto al giudice un provvedimento giuridicamente impossibile, ossia non previsto dall'ordinamento. Il caso è quindi paragonabile all'ipotesi in cui sia domandata la risoluzione di un contratto sulla base di una *causa* non prevista dal diritto civile, come quella della cessata convenienza del rapporto contrattuale<sup>60</sup>.

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

La rilevanza della possibilità giuridica si rivela in questo caso particolarmente intensa e quindi, a differenza di quanto frequen-

---

A questa risposta fecero seguito le seguenti repliche: E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi di diritto*, I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 195 ss.; F. CARNELUTTI, *Ancora su titolarità del diritto e legittimazione*, cit., 97 ss.; E. ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, cit., 122 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, cit., 209 ss.

<sup>60</sup> L'ipotesi è tratta da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 51-52, il quale sottolinea che, a differenza delle altre due condizioni dell'azione, ossia *legitimatō ad causam* e interesse, per la possibilità giuridica, intesa come esistenza di una norma che contempra il diritto affermato, non ha senso distinguere tra affermazione ed effettiva esistenza del diritto.



temente si dice<sup>61</sup>, non una mera ipotesi di scuola. Allorio non ha tenuto in considerazione l'esistenza della possibilità giuridica tra le condizioni dell'azione, nel momento in cui scriveva che «per infondata o addirittura temeraria che sia l'affermazione dell'attore della soggettività attiva propria [...] del rapporto dedotto in giudizio [...], ciò non induce carenza di legittimazione, sibbene infondatezza della domanda»<sup>62</sup>.

Di conseguenza, in virtù della concezione parzialmente astratta dell'azione, l'affermazione della titolarità del diritto in capo a colui che propone la domanda, assieme all'allegato bisogno di tutela giu-

---

<sup>61</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 51-52, nota 4, riconosce la limitata valenza pratica della possibilità giuridica, ma ne afferma l'importanza ai fini di un'esauriente comprensione delle ipotesi di mancanza del requisito di ipotetica accoglibilità della domanda.

<sup>62</sup> E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 201.

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

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

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

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

risdizionale, consente di riconoscerne il diritto di azione e quindi il potere di provocare una decisione sul merito. Qualora, invece, la corrispondenza tra parte del diritto sostanziale e parte del rapporto processuale sussista, ma l'effettiva titolarità del diritto sia impossibile già in astratto, allora la *legitimatō ad causam* e l'interesse ad agire, seppur esistenti, non consentono di costituire in capo al giudice il potere/dovere di pronunciarsi sul merito della domanda.

La questione involge, infatti, la distinzione tra il piano del rapporto litigioso e quello del rapporto processuale che, come notato, non sono separati e astraiabili l'uno dall'altro, «bensì tra loro connessi da una correlazione teleologica»<sup>63</sup>.

E, in effetti, «“titolarità del diritto conteso” è [...] una frase equivoca: vuol dire che a una persona [...] il diritto spetta o può spettare? Implica, in altre parole, la possibilità del diritto o la sua esistenza? [...] Non si può chiedere un giudizio intorno all'esistenza di un diritto se non si tratta di un diritto proprio; ma se il diritto controverso sia tale che, *a priori* (cioè prima di sapere se esiste o non esiste), non può appartenere a colui, che chiede il giudizio, il giudizio non può essere pronunciato. Per chiedere giudizio intorno all'esistenza di un diritto bisogna averne la possibilità»<sup>64</sup>. Dunque, è questione di merito quella che concerne l'esistenza del diritto in capo a un soggetto, mentre è di rito quella riguardante la possibilità che, se il diritto esiste, esso esista a suo favore<sup>65</sup>.

È opportuno precisare che il problema non è meramente classificatorio: solo ove alla questione sia riconosciuta natura processua-

<sup>63</sup> E. BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, cit.

<sup>64</sup> F. CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, cit., 122, il quale, con riguardo specifico al caso giurisprudenziale, così conclude: «[...] se è vero che al mittente dopo lo svincolo, non spetta il diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento del contratto di trasporto, anche se tale diritto ci sia, perché spetta, ad esempio, al destinatario, si capisce che il giudice non gli debba dar retta proprio per tale ragione».

<sup>65</sup> F. CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, cit., 122, che conseguentemente critica l'opinione di E. BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, cit., secondo cui una sentenza siffatta sarebbe idonea al giudicato sostanziale.

le, sarà possibile riconoscere che essa è regolata dalla *lex fori* e non dà luogo a un giudicato sostanziale<sup>66</sup>.

Il tema sarà particolarmente rilevante nei Capitoli che seguiranno, in particolare quando esamineremo il caso in cui la SGR – ma il discorso può valere anche per il *trustee* e il curatore dell'eredità giacente – deduca dei diritti allegandone un'imputazione già astrattamente impossibile (alla SGR, al *trust* o al curatore)<sup>67</sup>.

In queste ipotesi, la possibilità giuridica rivela il suo aspetto soggettivo, inerente non alla *causa* e al *petitum*, ma alle *personae*, ossia all'imputabilità del diritto a un determinato soggetto e alla stessa configurabilità di un titolare.

### 5. *La legitimatio ad processum*

La *legitimatio ad processum*<sup>68</sup> è «la posizione soggettiva di colui che, essendo il titolare del potere di proporre (o di ricevere la proposi-

---

<sup>66</sup> Ciò, infatti, è puntualmente negato da E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 196-197, nonché 206-207, con il quale si concorda comunque su quanto sostenuto in *Diatriba breve*, cit., 212 e 214, per cui il difetto di titolarità effettiva del rapporto litigioso, al pari del difetto di legittimazione ad agire rettamente intesa, è rilevabile d'ufficio.

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

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

<sup>67</sup> Cap. VI, § 10.

<sup>68</sup> Riguardo alla legittimazione processuale: E. GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 157 ss.; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 75 ss.; E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., 132 ss.; L. MONACCANI, *Azione e legittimazione*, cit., 383; S. COSTA, voce *Legittimazione processuale*, in *Non. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 732-733; F. TOMMASEO, voce *Legittimazione processuale (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 317 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 11 ss.

zione di) una domanda, diviene, in quanto eserciti questo potere, titolare della serie ulteriore dei poteri processuali»<sup>69</sup>.

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

La norma è involuta giacché sovrappone il concetto di capacità processuale a quello di legittimazione processuale, nel pur lodevole intento di ridurre il più possibile l'utilizzo di strumenti concettuali nel testo legislativo<sup>70</sup>. Poiché il potere di proporre la domanda, *ex art. 24 Cost.*, spetta a tutti, con la sola limitazione che deriva dall'incapacità, il Legislatore ha espresso, con una sola nozione, ossia la capacità processuale, sia la capacità, intesa come modo di essere psicofisico del soggetto, sia la titolarità del potere di proporre o di ricevere la proposizione di una domanda e dei poteri successivi, che è conseguenza di tale capacità<sup>71</sup>.

Questa sovrapposizione terminologica<sup>72</sup> è aggravata dal fatto che il Legislatore, per determinare i soggetti capaci, non si è limitato a richiamare la nozione sostanziale della capacità d'agire, ma ha attribuito la capacità processuale alle «persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere», così riferendosi a una situazione che non riguarda soltanto il modo di essere psicofisico del soggetto, ma che concerne già la titolarità dei poteri<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Così C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 318. Aderisce a tale impostazione C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 11 ss.

<sup>70</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 319.

<sup>71</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 319.

<sup>72</sup> Messa in luce già da: E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 127; F. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., 322; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, I, 291.

<sup>73</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 320, il quale ricorda che esistono soggetti capaci di agire e tuttavia privi del libero esercizio dei diritti, come i falliti in riferimento ai diritti patrimoniali.

F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., 327: «un punto delicato della teoria dell'atto riguarda il discernere, nel groviglio dei fenomeni, ciò che si riferisce alla legittimazione indiretta da ciò che riguarda la capacità; se su questo tema sono avvenute e continuano ad avvenire delle confusioni, conviene riconoscere che esse meritano dell'indulgenza. In linea generale si può dire che tutto quanto concerne la coincidenza tra la persona che agisce e quella, a cui è conferita la

Difatti, la linea di demarcazione tra capacità e legittimazione può essere tracciata nei termini seguenti: a) la capacità è una condizione del soggetto, mentre la legittimazione riguarda la posizione di questi rispetto all'oggetto di un concreto negozio; b) la capacità di disporre incide sulla validità, mentre la legittimazione incide sull'efficacia; c) all'incapacità risponde il sistema della rappresentanza legale, mentre al difetto di legittimazione è destinata ad ovviare la sostituzione; d) l'esclusione e la limitazione della capacità sono stabilite a tutela del soggetto, mentre la mancanza di legittimazione a tutela dei terzi<sup>74</sup>.

La formulazione impropria della norma indica allora la posizione di quel soggetto che, oltre a essere capace di agire, non si trova in nessuna delle situazioni in cui la Legge esclude il potere di disporre dei diritti dedotti in giudizio<sup>75</sup>. Proprio tenendo a mente il caso del fallito, privo dei poteri di amministrazione e disposizione (art. 42 L. Fall.), attribuiti al curatore fallimentare (art. 43 L. Fall.), risulta che l'incapacità processuale possa dipendere sia dall'incapacità di agire, sia da ostacoli di altro tipo alla libera disponibilità dei diritti. Entrambe le patologie rendono il soggetto processualmente incapace e quindi sfornito di *legitimatō ad processum*<sup>76</sup>.

---

potestà o il diritto d'agire rispetto alla situazione altrui, appartiene alla legittimazione; invece quanto concerne non l'identità di tale persona, ma un suo modo di essere, in qualità o in quantità, appartiene alla capacità».

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

<sup>74</sup> F. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., 313 ss.

<sup>75</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 89.

<sup>76</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 89-90.

Nella lettera dell'art. 75 c.p.c., pertanto, sembra predominare la capacità processuale, ma nella *ratio* prevale la legittimazione processuale<sup>77</sup>.

Il nostro ordinamento si ispira al principio per cui anche l'invalidità, quando non raggiunge le proporzioni dell'inesistenza, va dichiarata, cosicché anche la domanda proposta dall'incapace processuale impone al giudice il dovere di dichiarare tale difetto, dando vita a un processo destinato a chiudersi con una pronuncia in rito. Ciò significa che anche l'incapace è titolare del potere di proporre la domanda e di compiere i successivi atti, sebbene limitatamente a quel procedimento che si chiude con una dichiarazione del difetto del presupposto processuale in discorso. Anche l'incapace, dunque, essendo titolare di poteri processuali, può essere parte che sta in giudizio con l'attività<sup>78</sup>, ciò che trova un riscontro nell'ampia formulazione dell'art. 24 Cost., a norma del quale tutti possono adire il giudice<sup>79</sup>.

La legittimazione processuale, come la *legitimatío ad causam*, prescinde dall'effettiva titolarità del diritto sostanziale dedotto<sup>80</sup>.

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

La dottrina più risalente non ammetteva alcuna distinzione tra le due legittimazioni poiché riteneva che

l'azione sia null'altro che il potere di adire il giudice che spetta al cittadino in quanto tale e in quanto semplicemente capace; o sia la serie dei poteri processuali spettanti al soggetto; o la serie composta di quei poteri insieme con le facoltà e i doveri

<sup>77</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 320.

<sup>78</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 133, nota 38.

<sup>79</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 101.

<sup>80</sup> F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, cit., 292, la cui opinione è condivisa da C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 88, nota 105.

<sup>81</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 75 ss., in particolare 80-81.

facenti capo allo stesso soggetto, ma esclusa una autonoma valutazione normativa globale dei comportamenti che compongono codeste figure<sup>82</sup>.

Partendo da questi presupposti, era inevitabile che la titolarità dell'azione fosse confusa con quella dei singoli poteri che normalmente la compongono<sup>83</sup>.

Si riteneva, infatti, che, se la *legitimatio ad causam* è la titolarità del potere d'azione, allora va escluso che siano legittimati ad agire soggetti incapaci; pertanto, se ogni soggetto legittimato ad agire ha il potere di proporre una domanda atta a provocare il provvedimento sul merito, è scorretto costruire un concetto di legittimazione processuale; e così non vi è motivo per distinguere tra *legitimatio ad causam* e *ad processum* nell'ipotesi di rappresentanza processuale<sup>84</sup>.

Di conseguenza, la legittimazione processuale esprimeva unicamente l'antitesi tra il potere di azione e il potere di compimento dei singoli atti processuali; il secondo potere era ricompreso nel primo<sup>85</sup>.

Come detto, tuttavia, è ormai acquisita la natura meramente eventuale di questa coincidenza<sup>86</sup>.

La distinzione con la legittimazione ad agire va confermata, seppure intendendo diversamente il concetto di *legitimatio ad processum* e la sua correlazione con la capacità processuale. Mentre le *legitimatio ad causam*, ossia la titolarità dell'azione, dipende dalla coincidenza

---

<sup>82</sup> Quei superati orientamenti sono così ricordati da C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 80.

<sup>83</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 80.

<sup>84</sup> Questa è la sintesi che S. COSTA, voce *Legittimazione processuale*, cit., 732, nota 2, offre del pensiero di: F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 115; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 158; D. BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano, 1950, 27.

<sup>85</sup> E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., 159. In senso sostanzialmente conforme, L. MONACCANI, *Azione e legittimazione*, cit., 38, secondo cui il rappresentante, legittimato *ad causam*, non è titolare di una situazione che investe tutto il processo, ma solamente del potere di compiere singoli atti processuali, cosicché solo in questa ipotesi la *legitimatio ad processum* diviene autonoma dalla *legitimatio ad causam*, pur essendo ricompresa in essa.

<sup>86</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 317 ss.

soggettiva tra la parte processuale e colui che nella domanda è l'affermato titolare del lato attivo o passivo del rapporto litigioso, la legittimazione processuale è la titolarità del potere di proporre la domanda e di compiere i conseguenti atti processuali, legittimazione che si fonda su (e perciò si distingue da) quella situazione legittimante detta capacità processuale e consistente, *ex art. 75 c.p.c.*, nella libera disponibilità dei diritti dedotti<sup>87</sup>. Di conseguenza, «la titolarità dell'azione si sovrappone alla titolarità dei singoli poteri, senza, tuttavia, identificarsi con essa, poiché quest'ultima può esistere anche senza la prima»<sup>88</sup>.

La *legitimatō ad processum* si distingue, secondo una sistematica, da quella *ad causam* per essere un presupposto di procedibilità (ovverosia di validità) della domanda, estrinseco rispetto a essa, ossia uno dei requisiti che devono esistere prima della proposizione della domanda affinché il processo possa giungere alla pronuncia sul merito<sup>89</sup>. La validità della domanda presuppone il potere di proporla, ma questo potere, che è il primo della serie che costituisce la legittimazione processuale, presuppone unicamente la libera disponibilità del diritto dedotto, la quale, a propria volta, non presuppone l'effettiva sussistenza dei poteri sostanziali inerenti all'esercizio del diritto, ma solo l'assenza di cause di sottrazione di tali poteri per l'ipotesi che essi esistano<sup>90</sup>. Pertanto, la legittimazione processuale sussiste indipendentemente dal fatto che il potere sia fatto valere come proprio o come altrui: per la validità della domanda, non si richiede alcuna qualificazione del soggetto che la propone

<sup>87</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 318.

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

<sup>88</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 85-86.

<sup>89</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 43-45.

<sup>90</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 157.



con riguardo al diritto dedotto<sup>91</sup>. Di conseguenza, non rileva, a tali effetti, la sussistenza o meno della legittimazione sostanziale a disporre, come invece farebbe pensare la lettera dell'art. 75 c.p.c. che aggancia la *legitimatio ad processum* alla libera disponibilità dei diritti.

La questione della *legitimatio ad causam*, inoltre, è logicamente successiva a quella della *legitimatio ad processum* e involge il merito (in senso ampio) della domanda<sup>92</sup>.

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

A tali dubbi risponde Mandrioli: la legittimazione processuale rappresentativa è una legittimazione (secondaria) che presuppone (ma non s'identifica con) quella spettante al rappresentato (primaria)<sup>93</sup>. Pertanto il soggetto privo del potere rappresentativo e che ciò nonostante abbia dichiarato di agire in nome e per conto altrui, se è mancante della legittimazione secondaria, è comunque dotato, salvo che sia processualmente incapace, della legittimazione processuale primaria, di modo che la sua domanda, non solo esiste, ma è anche valida<sup>94</sup>.

La distinzione tra la *legitimatio ad causam* e quella *ad processum* è confermata dal diritto positivo. Mentre l'art. 81 c.p.c. esclude la di-

<sup>91</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 157.

<sup>92</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 157.

<sup>93</sup> C. MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, 159 ss.

<sup>94</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 157-158.

sponibilità dell'azione se non unitamente al diritto cui essa accede, l'art. 77 c.p.c. consente all'autonomia privata di conferire a un soggetto diverso dall'affermato titolare del diritto il potere di realizzare l'attività processuale<sup>95</sup>.

Ulteriore distinzione da tenere a mente è quella tra la capacità di essere parte e la *legitimatio ad processum*, distinzione che ricalca quella, propria del mondo sostanziale, tra capacità giuridica (statica) e capacità d'agire (dinamica). Mentre la capacità di essere parte consiste nell'idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche processuali, la legittimazione processuale indica il potere di esercitare quelle situazioni. Dal punto di vista pratico il distinguo è rilevante, giacché mentre il difetto di capacità di essere parte dà luogo a nullità insanabile della domanda, l'invalidità derivante dal difetto di *legitimatio ad processum* può essere sanato nelle forme e nei termini indicati dall'art. 182 c.p.c.<sup>96</sup>.

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

Il codice ha risolto il problema della deduzione in giudizio dei diritti dei soggetti processualmente incapaci attribuendo la legittimazione processuale ai soggetti che, nel campo sostanziale, ne sono i rappresentanti<sup>97</sup>. Ai sensi dell'art. 75, comma 2 c.p.c., infatti, «le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità». Esattamente come nel mondo sostanziale, dunque, l'atto compiuto dal rappresentante legale, se accompagnato dalla *contemplatio domini*, produce i suoi effetti in capo al rappresentato<sup>98</sup>. Al rappresentante legale, allora, viene attribuita tutta la serie dei poteri processuali, a cominciare da quello di proporre la domanda<sup>99</sup>. Nel caso di attri-

<sup>95</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 99.

<sup>96</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 14-15.

<sup>97</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 321-322.

<sup>98</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 322.

<sup>99</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 322.

buzione della legittimazione processuale in via normale, pertanto, il soggetto sta in giudizio con l'attività, mentre, nel caso dei processualmente incapaci, il soggetto di cui è allegata la titolarità del diritto sta in giudizio col nome, mediante l'attività compiuta dal rappresentante<sup>100</sup>.

Oltre alla rappresentanza, per la tutela degli incapaci processuali si danno i casi dell'assistenza e dell'autorizzazione. Nel primo caso, l'inabilitato sta in giudizio assieme al suo curatore, di modo che si parla di contitolarità dei poteri processuali o anche di collegittimazione processuale<sup>101</sup>. L'autorizzazione, al contrario, è la rimozione dell'ostacolo all'esercizio di un potere già sussistente, e può riguardare sia l'attività dell'incapace legale, come previsto dagli artt. 320, 374 e 375 c.c., sia quella del semicapace, come nell'autorizzazione prevista dall'art. 394, comma 3 c.p.c. per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione<sup>102</sup>.

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

La rappresentanza organica non è vera rappresentanza. Il titolare dell'organo non si limita a compiere un atto che produrrà effetti in capo alla persona giuridica, ma realizza direttamente l'attività dell'ente: a essere imputati a quest'ultimo non sono solo gli effetti, ma già l'atto<sup>103</sup>. Pertanto, «la legittimazione processuale non fa

<sup>100</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 96.

<sup>101</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 324.

<sup>102</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 324.

<sup>103</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 325; M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, 172 ss.

In giurisprudenza: Cass., 7 giugno 2000, n. 7724, in *NGCC*, 2001, I, 542 ss.; Cass., 26 novembre 2002, n. 16708, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2056; Cass., 19 luglio 2007, n. 15981, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 357 ss.; Cass., 5 dicembre 2011, n. 25946, in *Giur. comm.*, 2013, II, 238 ss., con nota di Guccione e in *Foro it.*, 2012, I, 1843, con nota di Perrino.

capo al rappresentante [organico], ma [...] direttamente alla persona giuridica, che la esercita per mezzo dell'organo»<sup>104</sup>. Le persone giuridiche e gli enti, dunque, stanno in giudizio sia con l'attività, sia col nome<sup>105</sup>.

Analoga soluzione è prevista per gli enti sprovvisti di personalità giuridica. Dispone, infatti, il quarto comma dell'art. 75 che «le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli artt. 36 e seguenti del codice civile». Pertanto, anche nell'ipotesi di comitati e di associazioni non riconosciute, la legittimazione processuale spetta all'ente, che la esercita per mezzo del proprio organo<sup>106</sup>.

Quanto alla rappresentanza processuale volontaria, l'art. 77 prescrive che

il procuratore generale e quello preposto a determinati affari non possono stare in giudizio per il preponente, quando questo potere non è stato loro conferito espressamente per iscritto, tranne che per gli atti urgenti e per le misure cautelari. Tale potere si presume conferito al procuratore generale di chi non ha residenza o domicilio nello Stato e all'istitutore.

Secondo la dottrina unanime<sup>107</sup>, la sussistenza della rappresentanza sostanziale è necessaria, ma non sufficiente per l'esistenza di quella processuale. In altri termini, il potere rappresentativo processuale, salvi i procedimenti dinanzi al giudice di pace (per i quali dispone l'art. 317 c.p.c.), può essere concesso solo al rappresentante sostanziale, ma la rappresentanza sostanziale non implica anche quella processuale, la quale deve essere attribuita, tranne che in ipotesi eccezionali, per iscritto<sup>108</sup>.

La legittimazione processuale primaria, allora, non discende e tantomeno si identifica con la legittimazione a disporre del diritto

<sup>104</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 325.

<sup>105</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 98.

<sup>106</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 326-327.

<sup>107</sup> Ne dà atto C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 331, nota 52.

<sup>108</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 330-331.

to sostanziale, mentre la legittimazione processuale rappresentativa presuppone proprio la sussistenza della legittimazione sostanziale rappresentativa a disporre della situazione giuridica sostanziale. Questa differenza deriva dalla diversa rilevanza delle due legittimazioni processuali: quella primaria consiste nel potere di compiere atti giuridici produttivi degli effetti legislativamente previsti<sup>109</sup>, mentre quella rappresentativa è funzionale all'imputabilità degli effetti dell'attività processuale al soggetto asseritamente rappresentato, imputabilità che presuppone la sussistenza di una *legittimazione indiretta*<sup>110</sup>.

La legittimazione processuale rappresentativa è attiva o recettiva. È *attiva* quando il funzionamento della rappresentanza è incentrato sulla legittimazione dell'autore dell'atto, discendente dalla titolarità di un potere secondario, ossia condizionato da quello primario spettante al rappresentato: in questo caso l'atto produce effetti in capo al rappresentato e in capo ai terzi come se esso fosse compiuto dal *dominus*. Si parla invece di *legittimazione processuale recettiva* quando la Legge equipara al compimento dell'atto nei confronti di una parte il suo compimento nei confronti di colui che ne è il rap-

---

<sup>109</sup> L'incapacità processuale non dà luogo a inefficacia, ma a un'efficacia attenuata dell'atto, che, se impedisce al giudice di pronunciarsi sul merito, gli impone comunque di emettere un provvedimento dichiarativo della carenza di tale presupposto di procedibilità. A mio avviso, si deve quindi distinguere, all'interno della legittimazione primaria, tra la *legittimazione processuale primaria limitata* degli incapaci (discendente dalla semplice soggettività sostanziale) e la *legittimazione processuale primaria piena*, spettante ai processualmente capaci.

<sup>110</sup> L'espressione è tratta da F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., 323. Dopo aver definito, a p. 321, la legittimazione diretta come il «dover essere o non essere l'agente anche il paziente soggetto di un rapporto giuridico rispetto al bene, sul quale si svolge il fatto, affinché questo produca determinate conseguenze di diritto» - definizione che a noi pare competere più alla situazione legittimante - Egli così enuncia la nozione di *legittimazione indiretta*: la «coincidenza tra l'agente o il paziente e il soggetto non tanto della situazione giuridica iniziale quanto di una situazione connessa con la situazione iniziale». L'Autore riconduce a tale categoria le due figure della rappresentanza e della sostituzione. L'opinione è condivisa da P. RESCIGNO, voce *Legittimazione*, cit., 519.

presentante, cosicché, anche in questo secondo caso, la parte riceve gli effetti del suddetto atto<sup>111</sup>.

La legittimazione recettiva, peraltro, opera non solo imputando al rappresentato gli effetti dell'atto compiuto nei confronti del rappresentante, ma anche nel perfezionamento della fattispecie dell'atto processuale che, per la sua natura necessariamente recettizia, deve essere reso conoscibile alla controparte: in queste ipotesi, la conoscibilità per il rappresentante equivale a conoscibilità per il rappresentato, di modo che l'atto della controparte si perfeziona e può così dispiegare quegli effetti che, solo in un momento logicamente successivo, saranno imputati al *dominus*<sup>112</sup>.

La legittimazione processuale rappresentativa deve poi essere distinta dalla sostituzione processuale, così come si distingue, più in generale, tra *legitimatō ad processum* e *ad causam*. Il rischio di una confusione tra rappresentanza e sostituzione non è certo casuale, dato che entrambe appartengono alla categoria della legittimazione indiretta<sup>113</sup>. La loro differenza specifica sta in ciò: il rappresentante, soggetto che sta in giudizio con l'attività, deve agire nell'interesse del rappresentato, ossia di un soggetto che sta in giudizio col nome, mentre il sostituto opera nel proprio esclusivo interesse<sup>114</sup> e, pertanto, diviene parte sia dell'attività processuale che dei suoi effetti. La distinzione ha poi grande rilievo pratico, ad esempio in punto di regolamento delle spese processuali, che stanno a carico del rappresentato e, nel caso di legittimazione straordinaria ad agire, del sostituto. Conseguentemente, mentre nel campo della rappresentanza le spese sono poste a carico di chi sta in giudizio soltanto col nome, nel caso della sostituzione esse gravano su chi sta in giudizio con entrambi.

Lo strumento rappresentativo va inteso non come fenomeno di straordinaria legittimazione ad agire, ma come straordinario distac-

<sup>111</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 114.

<sup>112</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 161 ss.

<sup>113</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., 323.

<sup>114</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., 323-324. A questo insegnamento aderisce P. RESCIGNO, voce *Legittimazione*, cit., 519.

co della legittimazione processuale da colui che, come legittimato ad agire o a contraddire, o come presente in giudizio col nome, è legittimato a ricevere gli effetti degli atti processuali<sup>115</sup>.

<sup>115</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 118-119.

In senso contrario si era espresso E. GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 174 ss., fondando la propria posizione sull'inquadramento dell'azione in termini di potere, contestata dallo stesso Mandrioli, che, a p. 118, in nota 172, sottolinea come tale impostazione, attribuendo l'azione al rappresentante invece che al rappresentato, preclude a quest'ultimo ogni partecipazione al processo giacché gli impedisce di acquisire l'unico ruolo che è quello, per l'appunto, di titolare dell'azione. In questo modo diviene impossibile spiegare come gli atti processuali dispieghino i propri effetti nei confronti del rappresentato, essendo il funzionamento dello strumento rappresentativo destinato ad operare soltanto sul piano sostanziale dell'autorità del giudicato, e dunque esclusivamente fuori del processo, in aperto contrasto con l'art. 75, comma 2 c.p.c.

Mandrioli, nella stessa nota a piè di pagina, rivolge le stesse critiche alla teoria di F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, 99, secondo cui la rappresentanza processuale volontaria consiste nell'attribuzione del diritto di azione a un soggetto diverso dal titolare del rapporto litigioso.

Come attestato da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 318, nota 18, nonostante che la distinzione tra *legitimatō ad causam* e *legitimatō ad processum* si debba all'autorità del G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1960, 239, c'è nella dottrina una tendenza a ricondurre la seconda figura alla prima o a limitare questa contrapposizione.

La prima impostazione è espressa da E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., 132 ss., secondo cui la legittimazione attiva «consiste nella titolarità dei poteri, delle facoltà e dei doveri processuali, cioè della situazione soggettiva composita costituita dall'insieme di tali posizioni soggettive», la quale titolarità «dipende dal collegamento con la situazione sostanziale adottata alle soglie del processo». Pertanto, si dovrebbe respingere la prevalente dottrina, sostenuta anche da E. GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 136, secondo cui la legittimazione ad agire consisterebbe nella titolarità del potere di azione, inteso come potere di provocare la decisione giurisdizionale sul merito della domanda: «tale definizione pecca per difetto sotto un duplice riflesso: [...] l'azione non consiste in un singolo potere, ma nell'insieme delle posizioni processuali facenti capo all'attore legittimato; la legittimazione, poi, non concerne soltanto la posizione dell'attore, ma quella di qualsiasi parte».

Il secondo approccio è adottato da F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 116.

Secondo E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 196-197, nota 1, la *legitimatō ad processum* ha una più diretta attinenza alla

Il potere rappresentativo processuale è un presupposto di ammissibilità della trattazione della domanda nel merito, al pari della legittimazione processuale primaria<sup>116</sup>.

Proprio alla luce di ciò, il potere rappresentativo rileva quale presupposto processuale per la verifica delle condizioni dell'azione o, detto altrimenti, «come presupposto per la validità dell'atto col quale il giudice si investe della cognizione circa l'esistenza delle condizioni dell'azione»<sup>117</sup>. Ciò vale, oltre che per la rappresentanza processuale attiva, per quella recettiva<sup>118</sup>.

È dunque esatta l'affermazione secondo cui il potere rappresentativo è presupposto di regolarità del contraddittorio. La regola dell'art. 101 c.p.c., infatti, non condiziona né la validità della domanda, né la legittimazione ad agire<sup>119</sup>, ma concerne l'idoneità della domanda a costituire il potere del giudice di statuire sul merito<sup>120</sup>.

La *legitimatio ad causam* passiva, al pari della legittimazione processuale e della regola del contraddittorio che ne costituisce il fondamento, si fonda sull'esigenza di far sì che il destinatario affermato della domanda coincida col destinatario effettivo di essa<sup>121</sup>. Se il convenuto è privo del potere rappresentativo, il destinatario affermato non coincide con quello effettivo. Questa discrasia pregiudica la legittimazione ad agire passiva, ma, prima ancora e indipendentemente da ciò, essa pregiudica la regolarità del contraddittorio, impedendo la trattazione nel merito e precludendo la verifica

---

domanda, essendone un requisito, mentre per la *legitimatio ad causam* sembra utile ricorrere, con Falzea, al concetto di legittimazione a ricevere, giacché è in gioco, non la partecipazione attiva della parte al processo, ma la sua sottoposizione agli effetti della domanda.

L. MONACCLANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, 377 ss., limita la sussistenza della legittimazione processuale al fenomeno della rappresentanza. Nello stesso senso si era già espresso E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 127.

<sup>116</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 156 ss.

<sup>117</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 159.

<sup>118</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 164.

<sup>119</sup> Tali opinioni sono menzionate da C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 160.

<sup>120</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 160.

<sup>121</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 81, nota 91 e 167, nota 57.



della condizioni dell'azione, di cui l'aspetto passivo della *legitimatio ad causam* fa parte<sup>122</sup>.

Proprio perché il *falsus procurator* non esercita un'azione altrui e, ciò nonostante, compie un'attività processuale di cui è l'unico soggetto destinatario, egli, nonostante le apparenze, sta in giudizio col proprio nome, cosicché assume la qualità di parte e tiene un comportamento che può essere valutato ai fini della soccombenza e della conseguente responsabilità per le spese<sup>123</sup>.

Il fatto che la rappresentanza processuale, attiva e recettiva, non sia un requisito di validità della domanda, ma un requisito di ammissibilità della trattazione nel merito, non è contraddetto, ma anzi confermato, dall'art. 163 n. 2 e dall'art. 164 c.p.c. Queste norme, infatti, concernono l'individuazione della persona del rappresentante e non la sussistenza della qualità di rappresentante in capo alla persona che è stata convenuta. Mentre il primo requisito consiste in un elemento formale che consente l'inequivoca individuazione del convenuto, il secondo attiene alla coincidenza tra destinatario effettivo della comunicazione della domanda e suo destinatario nominale, ovvero sia al principio del contraddittorio. Pertanto, gli artt. 163 e 164 considerano la certa individuazione del convenuto come requisito di validità della domanda, non intaccando in alcun modo

---

<sup>122</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 167.

<sup>123</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 160, nota 44, alla quale si rinvia per gli opportuni riferimenti alla dottrina, anche tedesca.

Per l'ipotesi in cui il difetto di potere rappresentativo concerna, non la domanda, ma soltanto gli atti processuali successivi, si veda ancora C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 161, il quale chiarisce che solo in questo caso gli atti sono invalidi (giacché, mentre il potere di proporre la domanda spetta a tutti i soggetti capaci, quello di compiere gli atti successivi spetta solo al legittimato processuale in via primaria o secondaria) e che l'efficacia precaria che ne consegue è comunque sufficiente per una valutazione di soccombenza del *falsus procurator*.

Come si legge ancora a p. 161, in nota 45, sia nella mancanza originaria di potere rappresentativo, sia nell'ipotesi di suo difetto sopravvenuto, il falso rappresentante «assume lo stare in giudizio sul suo nome solo per far valere una situazione giuridica, non di merito, ma strumentale, fondata sull'interesse a sostenere di avere agito come vero rappresentante».

la rilevanza del potere rappresentativo ai diversi fini dell'ammissibilità della trattazione del merito<sup>124</sup>.

La stessa configurabilità di una rappresentanza presuppone la *contemplatio domini*<sup>125</sup>.

È quindi chiaro, a questo punto, quanto la spendita del nome altrui sia fondamentale per la distinzione tra legittimazione attiva straordinaria e *legitimatio ad processum*, tant'è che il *falsus procurator*, mediante la *contemplatio*, dichiara di non essere titolare del diritto, con la conseguenza che, una volta acclarato il difetto di potere rappresentativo, va escluso che si versi in un'ipotesi di sostituzione processuale<sup>126</sup>.

La *contemplatio* è disciplinata, nel diritto materiale, dall'art. 1388 c.c., che la fa consistere nella dichiarazione di «agire nel nome e nell'interesse altrui», ossia di compiere atti nell'esercizio di un potere rappresentativo (*agire in nome*) per la produzione di effetti che si imputeranno a un soggetto diverso (*agire nell'interesse altrui*)<sup>127</sup>.

Da quanto sin qui ricordato, emerge che la posizione del curatore dell'eredità giacente è peculiare. Essa non è riconducibile alla legittimazione diretta, ossia alla titolarità dei diritti dedotti. Nel contempo, tale situazione non è nemmeno sussumibile nelle due ipotesi conosciute di legittimazione indiretta, ossia nella rappresentanza e nella sostituzione. Di entrambe le ipotesi manca il presupposto della dualità soggettiva, giacché l'eredità giacente non è un soggetto. Per di più, a difettare sono anche i caratteri specifici delle due figure. La sostituzione implica l'agire nell'interesse proprio, cosa che è interdetta al curatore, mentre la rappresentanza implica l'agire nell'interesse del titolare della situazione giuridica incisa dall'atto, titolare che non esiste.

Ai casi sinora noti di legittimazione indiretta occorre pertanto aggiungere un terzo: la legittimazione concernente situazioni acefale.

<sup>124</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 166.

<sup>125</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 159, nonché 259 ss.

<sup>126</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 159.

<sup>127</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 257.

7. *Gli istituti esaminati presuppongono, per come intesi dalla tradizione, l'imputazione delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio*

Prima di riesaminare criticamente la legittimazione ad agire e quella processuale, conviene riprendere le parole di Consolo: «la nozione di legittimazione ordinaria e straordinaria ad agire muove dal presupposto che le posizioni sostanziali esistenti e tutelabili siano essenzialmente soggettivizzate, cioè identificate in funzione dell'interesse di un soggetto determinato. Ciò non significa che nell'ambito dell'ordinamento non vi sia spazio per la protezione di situazioni giuridiche aventi carattere differente e fundamentalmente spersonalizzato, più o meno latamente riconducibili alle figure del diritto superindividuale o dell'interesse diffuso» o – aggiungo – dei diritti privi di titolare<sup>128</sup>.

L'inquadramento che abbiamo offerto dell'eredità giacente dimostra allora una volta di più come si debba distinguere tra legittimazione straordinaria ad agire e sostituzione processuale<sup>129</sup>. Difatti, al curatore è data azione per far valere diritti che non sono propri e non sono altrui, cosicché il sostituito manca. Si potrà, in tali ipotesi, parlare unicamente di legittimazione straordinaria ad agire e non di sostituzione. Tale carattere straordinario, comunque, comporta che le azioni per diritti acefali, al pari dei casi di vera e propria sostituzione processuale, costituiscano ipotesi eccezionali.

Quanto alla capacità di essere parte, il dogma della necessaria titolarità si manifesta in modo altrettanto evidente nell'idea per cui

---

<sup>128</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 189-190. A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 525, evidenzia che legittimato ad agire è «colui che si attribuisca o nei cui confronti si attribuisca la soggettività (attiva o passiva) del rapporto giuridico controverso».

<sup>129</sup> A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 527, attesta che si è soliti qualificare la sostituzione processuale come un caso di legittimazione straordinaria ad agire.

E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, cit., 201-202, pone l'intervento adesivo dipendente, previsto dall'art. 105, comma 2 c.p.c., tra i casi di legittimazione straordinaria accanto alla sostituzione processuale e al litisconsorzio necessario.

l'elemento comune ai tre significati di *parte* risiede nella «titolarità di una o più situazioni giuridiche processuali»<sup>130</sup>.

#### 8. *Una proposta di ridefinizione della legitimatio ad causam*

L'affermazione per cui un soggetto è legittimato ad agire, ma non ha legittimazione processuale, significa questo: egli ha diritto al provvedimento sul merito, ma, mancando una delle condizioni di decidibilità della causa nel merito, non può ottenere quel provvedimento. La contraddizione è palese. Allo stesso modo è assurdo affermare che un legittimato ad agire non possa ottenere il provvedimento sul merito se egli non ha affermato di avervi interesse o se esiste una clausola compromissoria.

Non sarebbe meglio evitare queste aporie e riconoscere che l'affermata titolarità del diritto integra soltanto una delle componenti della situazione legittimante, ossia della fattispecie costitutiva dell'azione (situazione legittimata)? Al mancare dell'affermata titolarità del diritto, come pure al difetto di legittimazione processuale primaria piena<sup>131</sup>, consegue la carenza di *legitimatio ad causam*.

La *legitimatio ad causam*, consistendo nella titolarità del diritto d'azione e dunque nel potere di provocare il provvedimento di merito, dipende da tutti i requisiti di decidibilità della causa nel merito. La legittimazione ad agire, pertanto, nonostante la lettura tradizionale dell'art. 81 c.p.c., dipende *anche*, ma non soltanto, dall'allegata titolarità del diritto dedotto.

Tale allegazione è una situazione legittimante: essa è un requisito, peraltro non necessario e non sufficiente, per l'esistenza dell'azione (situazione legittimata). *Requisito non necessario*, poiché può essere sostituita, nei casi di legittimazione straordinaria, dall'affermazione di una situazione legittimante alternativa, espressamente prevista dalle disposizioni fatte salve dall'art. 81 c.p.c.; *requisito non sufficiente*,

<sup>130</sup> C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 143.

<sup>131</sup> Al contrario, la legittimazione processuale primaria limitata, spettante agli incapaci, sussiste sempre, di modo che non deriva, al contrario di quella piena, dall'art. 75 c.p.c., ma dagli artt. 24 Cost., 2907 c.c. e 99 c.p.c.

giacché non sussiste azione se non vi sono le altre condizioni di decidibilità della domanda nel merito, ossia interesse ad agire, capacità processuale, ecc.

Pertanto, la *legitimatio ad causam* implica la *legitimatio ad processum*; quest'ultima, invece, non implica la *legitimatio ad causam*.

È quindi possibile che un soggetto vanti la legittimazione processuale primaria piena senza essere legittimato attivo, magari perché non si è affermato titolare del diritto e non ricorrono le ipotesi fatte salve dall'art. 81 c.p.c. Non è invece immaginabile che egli sia legittimato attivo ove, pur affermandosi titolare del diritto, sia sprovvisto della legittimazione processuale.

Il *discrimen* tradizionale tra la *legitimatio ad causam* e le altre condizioni di decidibilità della domanda nel merito, tra cui si situa la legittimazione processuale, è dovuto alla distinzione tra condizioni dell'azione e presupposti processuali, ossia tra requisiti interni ed esterni alla domanda. Tale *summa divisio* ha segregato la situazione legittimante, ovvero sia l'affermata titolarità del diritto, all'interno del *genus* "condizioni dell'azione", cui è tradizionalmente subordinata la sussistenza del diritto al provvedimento sul merito, e ha quindi fatto pensare che l'affermata titolarità del diritto sia sufficiente alla *legitimatio ad causam*, così creando un'affinità elettiva tra i due concetti che, oltre a doversi escludere, si è spinta malauguratamente sino alla loro identificazione, anche in ragione dell'ambiguità del termine «legittimazione», che non consente di comprendere se si ragioni della situazione legittimante o di quella legittimata.

Grazie alla rilettura dell'art. 81, che approfondiremo nel seguente paragrafo, tuttavia, si manifesta la natura prettamente classificatoria di tale *summa divisio*, priva di qualsivoglia fondamento normativo. È quindi possibile dimostrare che l'affermata titolarità del diritto, al pari della legittimazione processuale, è soltanto uno dei requisiti di decidibilità nel merito, soltanto una delle circostanze alla cui compresenza è subordinata la *legitimatio ad causam*.

L'azione è dunque una situazione giuridica che sorge da una fattispecie complessa, il che era già insito nella pluralità delle condizioni dell'azione, ma "complessa" ben più di quanto solitamente

si pensi, giacché esige – oltre a possibilità giuridica, interesse e affermata titolarità del diritto – tutte le condizioni di decidibilità nel merito che tradizionalmente vanno sotto il nome di *presupposti processuali*.

9. *Il rappresentante processuale possiede sia la legitimatio ad processum rappresentativa, sia la legitimatio ad causam. Comparazione con il sostituto processuale*

L'incapace non è legittimato processuale primario pieno, né legittimato *ad causam*: non può compiere efficaci atti processuali, né, conseguentemente, pretendere il provvedimento sul merito.

Il rappresentante può provocare tale provvedimento (legittimazione ad agire), può compiere efficaci atti giuridici (legittimazione processuale primaria piena), i singoli effetti dei quali sono imputati a colui che sta in giudizio col nome (legittimazione processuale rappresentativa).

Il sostituto processuale ha legittimazione processuale primaria piena e legittimazione straordinaria ad agire, ma non legittimazione processuale rappresentativa, giacché gli effetti degli atti processuali che compie non sono imputati al sostituto. Non si spiegherebbe, altrimenti, la necessità, prevista dall'art. 2900 c.c., di chiamare in causa quest'ultimo.

L'errore originario, il quale ha fatto ritenere che la *legitimatio ad causam* straordinaria e la legittimazione processuale rappresentativa siano incompatibili, risiede nell'aver pensato che l'art. 81 c.p.c. fissi la regola della legittimazione ad agire.

La lettera dell'art. 81, invece, si limita ad affermare che, salvi i casi espressamente previsti, nessuno può fare valere, in nome proprio, diritti altrui. La disposizione, dunque, non stabilisce affatto che, ove i diritti siano fatti valere come propri, la legittimazione attiva sussiste automaticamente, né che, ove i diritti siano fatti valere in nome altrui, non sussista azione.

Sarà sempre opportuno continuare a distinguere tra gli attributi *straordinaria* e *ordinaria*, ma essi dovranno essere riferiti, non alla

situazione legittimata (l'azione, sempre uguale a se stessa), ma alla situazione legittimante dell'affermata titolarità o, nei casi esplicitamente preveduti, dell'allegata altruità dell'oggetto processuale.

Proprio alla luce dell'erronea lettura dell'art. 81, secondo la quale la disposizione fisserebbe autonomamente la spettanza (o la non-spettanza) dell'azione sul solo presupposto dell'affermata titolarità (o altruità) del diritto, si è pensato che la sussistenza dell'azione prescindendo dalla compresenza degli altri requisiti di decidibilità nel merito, talché si è concluso che: a) potrebbe aversi legittimazione attiva senza legittimazione processuale; b) la legittimazione straordinaria ad agire escluderebbe la legittimazione processuale rappresentativa, dato che il sostituto processuale è privo della seconda, e, specularmente, il rappresentante sarebbe dotato della sola legittimazione processuale rappresentativa.

Quanto al punto *sub a*), ho già chiarito che non ha senso affermare di essere titolari dell'azione quando non si può pretendere il provvedimento sul merito.

Quanto al punto *sub b*), chiedendocisi se il rappresentante abbia legittimazione processuale rappresentativa o legittimazione attiva, si è incorsi in una falsa dicotomia. I due istituti, operando su piani diversi, non si escludono vicendevolmente. Il primo opera sul piano dell'imputazione degli effetti dei singoli atti processuali, il secondo attiene alla possibilità di ottenere il provvedimento sul merito.

Ciò che distingue il rappresentante dal sostituto processuale, pertanto, non è la sussistenza o meno del diritto al provvedimento sul merito (in entrambi i casi vi è una situazione legittimante straordinaria: l'affermazione dell'altruità del diritto), né la legittimazione processuale primaria piena (presente o assente in entrambi i casi in virtù della capacità o incapacità processuale), ma la legittimazione processuale rappresentativa, presente solo per il primo soggetto e non per il secondo, giacché solo nel primo caso viene speso il nome del *dominus* e quindi viene manifestata la presenza di un potere rappresentativo.

Gli effetti sostanziali del provvedimento di merito, invece, si hanno sia per la sostituzione, sia per la rappresentanza. In entram-

bi i casi si ha una situazione legittimante che, ove sussistano le altre condizioni di decidibilità nel merito (chiamata in causa del *dominus* nella sostituzione, potere rappresentativo nella rappresentanza), dà diritto a un giudicato sostanziale grazie al quale il provvedimento inciderà sulla situazione giuridica altrui.

L'art. 81, insomma, non sancisce che è legittimato attivo chi afferma la titolarità del diritto o chi, nei casi stabiliti dalla Legge, aziona, in nome proprio, un diritto altrui – ciò che giustamente farebbe escludere la deduzione di un diritto altrui in nome altrui (ossia la rappresentanza) dalla sfera della legittimazione attiva – ma stabilisce che non vi è potere di provocare il provvedimento sul merito quando il diritto sia fatto valere come altrui, nell'interesse proprio, fuori delle ipotesi legislativamente previste. Pertanto, le situazioni legittimanti, alla presenza delle quali, unitamente alle altre condizioni di decidibilità nel merito, consegue la titolarità dell'azione, sono: a) l'affermazione della titolarità del diritto; b) l'affermazione dell'altruità del diritto, fatto valere in nome altrui, secondo le ipotesi previste dagli artt. 75 ss. c.p.c.; c) l'affermazione dell'altruità del diritto, fatto valere in nome proprio, nei casi espressamente previsti (es. art. 2900 c.c.).

A ciascuna di queste tre situazioni legittimanti, purché constino anche gli altri requisiti di decidibilità nel merito, consegue la titolarità dell'azione, sempre uguale a se stessa, in quanto sempre e comunque definibile come il diritto al provvedimento sul merito.

L'art. 81, dunque, non concerne, come preteso dalla tradizione, la legittimazione ad agire (situazione legittimata), ma soltanto una delle situazioni legittimanti. L'indebito accostamento alla situazione legittimata (legittimazione ad agire) delle situazioni legittimanti previste, *a contrario*, dall'art. 81 (affermazione della titolarità del diritto; affermazione della sua altruità accompagnata da *contemplatio domini*; affermazione della sua altruità senza *contemplatio domini* nei casi espressamente ammessi) è stato probabilmente dovuto a un errore di prospettiva, indotto dalla discussione intorno alla natura concreta o parzialmente astratta dell'azione, che ha costituito per lungo tempo il principale tema di scontro intorno alla legittimazione ad agire. Quando ci si chiede se sia legittimato attivo colui che è



effettivamente titolare del diritto o colui che si afferma tale, è facile ritenere queste situazioni legittimanti sufficienti a stabilire la legittimazione attiva. In realtà, queste situazioni sono soltanto alcune delle componenti di quella fattispecie complessa che, integrata da tutti i requisiti di decidibilità nel merito, è costitutiva dell'azione.

Dopo aver contestato la definizione tradizionale della «legittimazione ad agire», nonché la lettura tralatizia dell'art. 81 c.p.c., posso anche affermare che la *legitimatō ad processum*, al contrario di alcune, isolate dottrine, è strutturalmente distinta dalla *legitimatō ad causam*, benché i due concetti siano funzionalmente collegati.

Il difetto di legittimazione processuale primaria piena, difatti, consiste nell'impossibilità che gli atti processuali producano gli effetti previsti dalla Legge, cosicché è impossibile che la catena di questi atti, ossia il processo, si svolga sino all'emanazione del provvedimento sul merito. Al difetto di legittimazione processuale, dunque, consegue la carenza di legittimazione ad agire.

Ciò potrebbe far ancora dubitare dell'autonomia delle due figure. Il fatto che entrambe le legittimazioni manchino contemporaneamente potrebbe infatti far pensare che esse siano una cosa sola.

Due osservazioni escludono la fondatezza di questo sospetto.

In primo luogo, vi è il caso in cui manchi quella legittimazione processuale primaria piena che si potrebbe definire "speciale". Essa non consiste nel potere di compiere qualsivoglia atto del processo in virtù della capacità processuale dell'art. 75, ma nel potere di eseguire singoli atti. Un esempio è l'impossibilità, per il sostituto processuale, di deferire giuramento. Tale difetto di legittimazione processuale discende dal combinato disposto degli artt. 2731 e 2737 c.c. e impedisce soltanto il compimento di quest'atto, non di qualsiasi atto processuale. Pertanto, il difetto di questa *legitimatō ad processum* speciale non esclude la *legitimatō ad causam*.

In secondo luogo, vi può essere *legitimatō ad processum* primaria piena o rappresentativa senza che vi sia *legitimatō ad causam*. Ciò avviene, ad esempio, qualora la domanda sia stata proposta da un soggetto processualmente capace, eventualmente in nome e per conto altrui, in violazione di una clausola compromissoria. Vi sarà legittimazione processuale, ma non legittimazione ad agire.

Il difetto di *legitimatío ad causam* importa non solo l'impossibilità di emettere il provvedimento sul merito, ma anche l'arresto della catena degli atti processuali, in quanto, pur disponendo del potere di compierli, il loro susseguirsi sarebbe inutile, giacché non potrebbe dare luogo a una pronuncia sul merito della domanda. Evidenti ragioni di economia processuale, incentrate sulla circostanza per cui il processo è funzionale alla costituzione della cosa giudicata sostanziale, impongono allora, nonostante il potere di compiere gli atti processuali, di bloccare il loro susseguirsi.

Avendo acclarato che il potere di compiere gli atti processuali è distinto dal potere di provocare il provvedimento sul merito, posso confermare che la formulazione dell'art. 75 è, secondo quanto sostenuto da Mandrioli e dalla dottrina prevalente, impropria: essa sovrappone il concetto di capacità processuale a quello di legittimazione processuale primaria piena.

La capacità processuale rileva sia come presupposto del potere di compiere gli atti processuali, sia, attraverso questo potere, come requisito di decidibilità della causa nel merito. La *legitimatío ad processum* primaria piena consiste nella posizione di chi può compiere efficaci atti processuali, di modo che essa va logicamente distinta dalla libera disponibilità dei diritti richiesta dall'art. 75, di cui è una conseguenza. La *legitimatío ad processum* rappresentativa, inoltre, consiste nell'imputabilità degli effetti degli atti processuali al titolare del diritto dedotto, talché dipende dalla sussistenza del potere rappresentativo, dimostrato, sino a prova contraria, dalla *contemplatio domini*, non dalla capacità processuale.

Ciò nonostante, la ricostruzione di Mandrioli è parzialmente scorretta poiché ha escluso, in capo al rappresentante processuale, la *legitimatío ad causam*. L'Autore, infatti, ha presupposto che la legittimazione processuale rappresentativa degli artt. 75 e 77, inerente all'imputazione degli effetti dei singoli atti processuali, escluda il potere di ottenere un provvedimento sul merito. Niente, nella Legge, consente di distinguere quest'ultimo potere da quello che spetta al cd. legittimato ordinario e al sostituto processuale, se non l'errata lettura dell'art. 81, in ragione della quale sarebbe legittimato *ad causam* solo colui che affermi la titolarità del diritto dedotto o, nei casi

espressamente consentiti, faccia valere in nome proprio un diritto altrui. Alla luce della qui rimarcata formulazione negativa dell'art. 81, invece, non può sussistere diritto al provvedimento di merito se, fuori dei casi espressamente previsti, si fa valere un diritto dichiaratamente altrui. Pertanto, costituisce situazione legittimante anche il fatto di far valere in nome altrui un diritto altrui. In presenza delle altre condizioni di decidibilità nel merito, dunque, anche il rappresentante processuale è legittimato ad agire.

Non risulta di certo travolta la differenza disciplinare tra l'art. 81 c.p.c., che esclude la disponibilità dell'azione separatamente dal diritto cui essa accede, e l'art. 77 c.p.c., il quale consente di conferire liberamente a un soggetto la rappresentanza processuale. Sarà, infatti, impossibile che Tizio, titolare del diritto, conferisca, fuori delle ipotesi fatte salve dall'art. 81, a Caio il diritto di agire nell'esclusivo interesse dello stesso Caio, mediante una cessione dell'azione o una rappresentanza processuale indiretta; si potrà invece conferire liberamente il diritto di agire dichiaratamente nell'interesse del *dominus*.

L'erronea lettura degli artt. 75 e 77 è allora dipesa dall'errore di prospettiva sull'art. 81, che ha fatto ritenere che la legittimazione straordinaria ad agire e la legittimazione processuale rappresentativa siano incompatibili. In realtà, esse operano su piani diversi (potere di provocare il provvedimento sul merito e potere di compiere i singoli atti processuali), cosicché la presenza dell'una è compatibile con l'altra<sup>132</sup>, e l'una non si sovrappone all'altra<sup>133</sup>.

Alla luce del fatto per cui il sostituito deve essere chiamato in causa, al contrario del rappresentato, mi si potrebbe obiettare: come mai, se il rappresentante e il sostituito vantano entrambi una legittimazione ad agire e possono quindi ottenere un provvedimento che faccia stato sul diritto del *dominus*, la necessità di chiamare in causa quest'ultimo è prescritta soltanto per la sostituzione?

In altri termini, se la legittimazione processuale rappresentativa consente l'imputazione degli effetti dei singoli atti, e la legittimazione attiva consente invece l'emanazione del provvedimento sul

<sup>132</sup> A differenza della dottrina prevalente, guidata da Mandrioli. V. *supra*.

<sup>133</sup> A differenza di quanto sostenuto da Garbagnati. V. *supra*.

merito, allora la suddetta legittimazione processuale non è sufficiente a estendere gli effetti del giudicato al rappresentato, il quale, per lo meno agli effetti dell’emanazione del provvedimento sul merito, dovrebbe essere chiamato in causa allo stesso modo del sostituito, con evidente contraddizione rispetto al diritto positivo. Per converso, se la legittimazione processuale rappresentativa consente l’imputazione anche del provvedimento finale, allora non c’è bisogno di ipotizzare una legittimazione ad agire del rappresentante, cosicché la mia ricostruzione dei tre profili del rappresentante processuale – *legitimatio ad processum* primaria, *legitimatio ad processum* rappresentativa e *legitimatio ad causam* straordinaria – sarebbe contraddetta dalla mancanza di quest’ultima.

In realtà il sostituto, finché non chiama in causa il sostituito, non è legittimato ad agire, giacché, *ex artt.* 2900 c.c. e 102 c.p.c., non ha diritto a un provvedimento sul merito, al pari di colui che abbia chiamato in causa soltanto alcuni dei litisconsorti necessari passivi<sup>134</sup>. Il sostituto, che non abbia chiamato in causa il sostituito, ha integrato solo parzialmente la propria situazione legittimante, cosicché, pur essendosi dichiarato *creditor creditoris*, non vanta alcuna azione.

Non è quindi corretto affermare, al fine di inficiare la mia ricostruzione, che sia il rappresentante, sia, nei casi espressamente previsti, il sostituto siano legittimati ad agire. Come già chiarito, la legittimazione ad agire sussiste solo qualora siano soddisfatte tutte le condizioni di decidibilità nel merito, e l’art. 2900, espressivo di un principio generale, stabilisce che a tale provvedimento non si abbia diritto ove il sostituito non sia stato chiamato.

C’è comunque da domandarsi perché la chiamata del titolare del diritto dedotto sia prevista come requisito di decidibilità nel merito per la sostituzione e non per la rappresentanza.

La ragione sta nel fatto che, al contrario della dottrina minoritaria secondo cui il rappresentante vanterebbe soltanto una legittima-

---

<sup>134</sup> In quest’ultima ipotesi manca il lato passivo della legittimazione, che è costituito da una pluralità di soggetti, di cui soltanto alcuni sono stati evocati in giudizio.

zione straordinaria ad agire, costui possiede anche la legittimazione processuale rappresentativa. In virtù di quest'ultima, gli effetti degli atti processuali sono imputati al *dominus*. Pertanto, guardando al processo nella sua globalità, gli effetti degli atti processuali sono imputati alla persona che sta in giudizio col nome (rappresentato), e ciò a differenza di quanto avviene nella sostituzione, ove, mancando la rappresentanza, essi sono imputati alla persona che sta in giudizio con l'attività (sostituto).

Ebbene, poiché l'imputazione degli effetti sussiste solo nel caso della legittimazione processuale rappresentativa, mancante nell'ipotesi di sostituzione, allora si comprende come mai la chiamata in causa del titolare sia condizione di decidibilità nel merito della domanda proposta dal sostituto e non di quella formulata dal rappresentante. Il rappresentato, infatti, sta in giudizio col nome, di modo che il contraddittorio nei suoi confronti è tutelato e il giudicato può formarsi; il sostituto non sta in giudizio né col nome, né con l'attività, se non dal momento in cui è chiamato, cosicché soltanto da questo istante il contraddittorio nei suoi confronti è garantito e il giudicato sostanziale si può formare.

Purché ricorrano le altre condizioni di decidibilità nel merito, pertanto, è legittimato ad agire il rappresentante che spenda il nome del *dominus*, mentre è legittimato ad agire il sostituto processuale che, nelle ipotesi stabilite dalla Legge, azioni un diritto altrui e ne chiami in causa il titolare.

Non è dunque corretto affermare che la legittimazione processuale rappresentativa consente solo l'imputazione degli effetti degli atti processuali al *dominus*: essa, garantendo altresì il rispetto del principio del contraddittorio, permette anche la decidibilità della domanda nel merito e quindi la sussistenza della legittimazione ad agire. La legittimazione processuale rappresentativa è pertanto necessaria, ma non sufficiente, per la sussistenza dell'azione, cosicché le due legittimazioni (processuale rappresentativa e *ad causam*) vanno distinte e ne risulta confermata la triplice posizione del rappresentante processuale: legittimazione processuale primaria, legittimazione processuale rappresentativa e, in presenza delle altre condizioni di decidibilità nel merito, legittimazione ad agire.

Non si dica che, nel caso della rappresentanza, l'azione compete al *dominus* e il rappresentante si limita a esercitarla. È il rappresentante, al pari del sostituto, che chiede il provvedimento sul merito, non il titolare del diritto. L'effetto di tale atto, come di tutti gli altri, è imputato al *dominus*, ma l'atto è compiuto dal rappresentante e a lui soltanto è imputato. Il rappresentante ha quindi, a tale riguardo, un potere di provocare il provvedimento sul merito indistinguibile da quello del sostituto processuale (e del legittimato ordinario)<sup>135</sup>.

L'autorità di cosa giudicata è imputata al *dominus* in base alla legittimazione processuale rappresentativa. Se quest'ultima manca, l'accertamento contenuto nella sentenza, che già concerne la posizione sostanziale del *dominus* e non quella processuale del rappresentante, è privo, nei confronti di chiunque, di qualsivoglia autorità.

#### 10. *Distinzione tra la contemplatio domini e la legittimazione processuale rappresentativa*

La *legitimatō ad processum* rappresentativa va distinta dalla *contemplatio domini*. Questa fa presumere il potere rappresentativo e, rientrando in una delle tre situazioni legittimanti previste dall'art. 81 (agire in nome altrui deducendo un diritto altrui), determina, qualora sussistano anche le altre condizioni di decidibilità nel merito, la legittimazione ad agire.

La reale sussistenza del potere rappresentativo, di cui la *contemplatio* costituisce soltanto un'allegazione, incide invece sull'imputabilità al *dominus* degli effetti degli atti processuali e sulla costituzione di quell'efficacia del provvedimento di merito che va sotto il nome di *cosa giudicata sostanziale*. La *legitimatō ad processum* rappresentativa, quale potere di compiere i singoli atti processuali, è in primo luogo uno

---

<sup>135</sup> Il distinguo di teoria generale tra la posizione del rappresentato e del sostituto, secondo il quale al primo compete una potestà, mentre al secondo un diritto soggettivo, non ha ragione d'essere in ambito processualciviltistico, dove il potere di provocare il provvedimento sul merito è unico (l'azione), mentre la legittimazione processuale concerne il diverso profilo della produzione degli effetti dei singoli atti processuali.

dei requisiti della *legitimatío ad causam*, ossia del potere di provocare il provvedimento sul merito, e, in secondo luogo, determina l'autorità di giudicato sostanziale di quest'ultimo, che viene meno ove si dimostri che il rappresentante era, in realtà, un *falsus procurator*.

La *legitimatío ad causam*, insomma, dà luogo alla formazione del provvedimento sul merito, non all'autorità di quest'ultimo, la quale può prodursi solo grazie alla legittimazione processuale rappresentativa.

La posizione del rappresentante è perciò analoga a quella del sostituto. L'affermazione di versare in una delle ipotesi espressamente previste di sostituzione processuale, infatti, consente di pretendere il provvedimento sul merito, mentre la dimostrazione che tale affermazione è falsa toglie carattere legittimante a quest'ultima. L'azione del sostituto è dunque concreta. Allo stesso modo, l'azione del rappresentante si fonda sulla *contemplatio*, ma l'emersione del difetto di potere rappresentativo, dimostrando che la futura sentenza sarà *inutiliter data*, impedisce di avere azione, ossia di poter pretendere il provvedimento astrattamente (ma non concretamente) idoneo al giudicato sostanziale. Anche l'azione del rappresentante, quindi, è concreta.

Tutto ciò consente anche di mettere in luce la *ratio* profonda dell'art. 81, che è duplice: l'economia processuale e la strumentalità del processo di cognizione rispetto alla formazione del giudicato sostanziale.

Queste due esigenze sono lese quando il principio del contraddittorio, vista la mancanza del potere rappresentativo o della chiamata del sostituto, preclude la formazione della cosa giudicata materiale. L'art. 81, pertanto, negando la *legitimatío ad causam* e quindi l'emanaone di un provvedimento di merito, impedisce che si possa, senza *contemplatio domini*, dedurre un diritto altrui fuori dei casi espressamente ammessi. Si consente quindi di addivenire alla pronuncia sul merito solo nei casi in cui, già in corso di causa, il contraddittorio appaia tutelato mediante la citazione del sostituto o, sebbene in via meramente presuntiva, per mezzo della *contemplatio domini*.

La disposizione riduce quindi il rischio che sia emesso un provvedimento di merito contenente un accertamento che, *ex art. 101*, sarà privo dell'autorità di giudicato sostanziale<sup>136</sup>.

In altri termini, l'art. 81 presuppone il contraddittorio, ma non lo tutela. Il principio fissato dall'art. 101 c.p.c., infatti, "si tutela da sé", impedendo che il provvedimento di merito abbia l'autorità disciplinata dall'art. 2909 c.c. Ma proprio tale impedimento rende il provvedimento, e quindi il procedimento, *inutiliter datum*, rendendo necessaria la previsione dell'art. 81 c.p.c. che mira a prevenire lo spreco di risorse processuali.

### 11. Nuovo inquadramento del *falsus procurator*

Questa risistemazione permette anche una migliore spiegazione della posizione del *falsus procurator*.

La *contemplatio domini* consente al falso rappresentante di soddisfare il requisito dell'art. 81 c.p.c. Egli, tuttavia, stante il difetto di *legitimatio ad processum* rappresentativa, non può imputare gli effetti degli atti processuali al titolare del diritto. L'emersione della carenza di legittimazione processuale rappresentativa in corso di causa dimostra che il futuro provvedimento di merito non potrà avere autorità di giudicato sostanziale, di modo che si applica l'art. 182 c.p.c. e, ove la sanatoria non intervenga nei termini prescritti, il procedimento si estingue.

Ciò dà conto del perché gli effetti processuali degli atti sono posti a carico del *falsus procurator*, nonostante quest'ultimo abbia agito in nome altrui. La posizione del *falsus procurator* va, infatti, esaminata alla luce del distinguo tra la legittimazione processuale primaria piena e quella rappresentativa.

Poiché la *legitimatio ad processum* rappresentativa difetta in capo al *falsus procurator*, allora il provvedimento sul merito, *ex art. 101 c.p.c.*, non avrà autorità di giudicato sostanziale nei riguardi del titolare del diritto dedotto, che è l'unico soggetto in capo al quale una tale

<sup>136</sup> Il rischio non è eliminato, ma soltanto ridotto dalla *contemplatio*, la quale fa presumere il potere rappresentativo, senza renderlo certo.



autorità può dispiegarsi. Di conseguenza, il provvedimento passato in giudicato formale non costituirà un giudicato sostanziale.

Poiché la *legitimatio ad processum* primaria piena sussiste, e poiché quella rappresentativa manca, allora gli effetti degli atti processuali si producono, ma, non potendosi imputare al *dominus*, devono ascrivere all'unico altro soggetto immaginabile, ossia al *falsus procurator*, benché egli non stia in giudizio col nome<sup>137</sup>, giacché ha speso il nome altrui. Se davvero egli stesse in giudizio col nome, infatti, la sua presenza nel processo realizzerebbe o una sostituzione processuale inammissibile e quindi un immediato rigetto in rito o, qualora legislativamente prevista, una sostituzione processuale ammissibile ove accompagnata dalla chiamata in causa del titolare del diritto. In entrambi i casi, non si potrebbe fare applicazione dell'art. 182 c.p.c., ciò che è inaccettabile.

Poiché il *falsus procurator* sta in giudizio con la sola attività, non gli potrebbero essere imputati gli effetti degli atti processuali, che non potrebbero nemmeno, stante il difetto del potere rappresentativo, essere imputati al titolare del diritto, cosicché quegli stessi effetti processuali non si produrrebbero affatto. In realtà, gli effetti processuali, diversamente da quelli sostanziali, si verificano in virtù della legittimazione processuale primaria piena, e non possono che essere imputati, stante la mancanza di quella rappresentativa, al falso rappresentante.

Il *falsus procurator*, allora, sta (realmente) in giudizio con la sola attività, ma, vista l'imputazione degli effetti processuali, è trattato come se stesse in giudizio col nome. Ciò che invece è vero soltanto in apparenza, è l'imputabilità degli effetti processuali e sostanziali al titolare del diritto. Costui, a causa della *contemplatio*, è parte che sta in giudizio col nome e, nel contempo, parte sostanziale, ma, nonostante quanto ciò potrebbe far presumere, non subisce gli effetti che ordinariamente conseguono a tale posizione soggettiva. Egli, pur stando effettivamente in giudizio col nome, è trattato come se fosse

---

<sup>137</sup> Contrariamente a quanto afferma Mandrioli. V. *supra*.

terzo rispetto al procedimento. Ciò dimostra che egli è legittimato all'opposizione ordinaria di terzo, *ex art. 404, comma 1 c.p.c.*<sup>138</sup>.

La circostanza per cui gli effetti sostanziali non si producono in capo al titolare del diritto dedotto spiega perché costui non abbia l'onere di impugnare la sentenza che gli sia eventualmente notificata. La conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame e la conseguente sanatoria dei vizi non impugnati, infatti, operano solo per la parte che sia soggetta all'autorità di giudicato del provvedimento, mentre il titolare del diritto, stante il difetto della legittimazione processuale rappresentativa di colui che ne ha speso il nome, non vi è sottoposto. L'onere di impugnazione, pertanto, oltre a privarlo di un grado di giurisdizione<sup>139</sup>, sarebbe contrario al sistema.

Non si potrebbe nemmeno affermare che il titolare del diritto divenga parte sostanziale in virtù della notificazione della sentenza. Tale posizione soggettiva, infatti, discende unicamente dal contenuto della domanda e dalla sussistenza di un potere rappresentativo, qui inesistente.

---

<sup>138</sup> Il nuovo inquadramento del *falsus procurator*, pertanto, non ha un valore meramente descrittivo, ma consente di risolvere dubbi applicativi di non poco momento. L'operatività di tale rimedio, infatti, non è pacifica in dottrina. In senso favorevole: A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 522; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Milano, 1973, 675. È invece contrario a questa soluzione C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 576, nota 15.

<sup>139</sup> È l'argomentazione addotta da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 333, nota 57, ove si ricordano alcune opinioni discordanti sul punto, presenti sia in dottrina, sia in giurisprudenza.

12. *Le conseguenze della ridefinizione dei rapporti tra legitimatio ad causam e legitimatio ad processum per i patrimoni separati e gli indizi da ricercare nel diritto positivo ai fini del loro inquadramento processuale*

Il distinguo tra sostituzione e rappresentanza è stato per lungo tempo ricalcato su quello tra legittimazione ad agire e legittimazione processuale perché era evidente, di fronte all'ipotesi normativa di volta in volta considerata, se essa prevedesse la figura del sostituto o quella del rappresentato. In quei casi (es. art. 75 c.p.c.), infatti, era chiaro che un soggetto agisse in nome di un altro, mentre nei casi di sostituzione processuale, come l'art. 2900 c.c., era indiscutibile che il soggetto agisse in nome proprio.

Alcuni istituti, tuttavia, come l'eredità giacente e i fondi comuni di investimento – per i quali potrebbe mancare il requisito, comune alla sostituzione e alla rappresentanza, dell'altruità del diritto dedotto – rendono difficile comprendere se un soggetto agisca in nome proprio o altrui. È allora necessario chiarire che sia il sostituto processuale, sia il rappresentante vantano, ove sussistano tutte le condizioni di decidibilità nel merito, la *legitimatio ad causam*, e si distinguono soltanto in base alla *contemplatio domini*<sup>140</sup>.

Per comprendere quale sia la posizione della SGR e quali ne siano i corollari processualistici sarà dunque necessario verificare se essa debba agire con o senza *contemplatio domini*, ciò che, a sua volta, richiede di comprendere se il fondo sia capace di essere parte e se la capacità di essere parte davvero dipenda dalla soggettività di diritto civile sostanziale.

13. *I rapporti (meramente eventuali) tra la capacità di essere parte e la soggettività sostanziale*

L'eredità giacente dimostra che il diritto sostanziale ammette patrimoni privi di titolare, ossia insiemi di situazioni giuridiche che

---

<sup>140</sup> L'effettiva sussistenza del potere rappresentativo, invece, non concerne la distinzione tra sostituzione processuale e rappresentanza, ma, in presenza della *contemplatio*, quella tra rappresentante effettivo e *falsus procurator*.

non sono imputate ad alcun soggetto. Il processo civile, consistendo in una serie alternata di poteri e atti, presuppone l'esistenza di un soggetto che, compiendo gli atti processuali e provocando il provvedimento sul merito, faccia valere le situazioni giuridiche sostanziali. Ciò non implica, tuttavia, che tale soggetto debba essere il titolare del diritto<sup>141</sup>. Pertanto, lungo il confine tra il diritto sostanziale e quello processuale, corre la contraddizione tra il momento statico (imputazione dei diritti) e quello dinamico-gestorio (compimento degli atti).

La capacità di essere parte presuppone, per come tradizionalmente intesa, l'imputazione di una situazione giuridica processuale<sup>142</sup> a un'entità dotata di soggettività sostanziale, la quale soggettività, a sua volta, consiste nell'imputabilità delle situazioni giuridiche materiali. La domanda giudiziale dà quindi luogo a un procedimento che sussiste tra due o più parti, ossia tra due o più soggetti di diritto sostanziale.

Che cosa accade a quest'impostazione tradizionale nel momento in cui la situazione giuridica dedotta non è imputabile ad alcun soggetto, giacché se ne allega l'inclusione, ad esempio, in un'eredità giacente<sup>143</sup>?

Secondo la ricostruzione tralatizia, il diritto processuale civile impone: A) che siano presenti due o più parti, sia processuali, sia sostanziali e B) che le parti siano soggetti di diritto sostanziale.

<sup>141</sup> La rappresentanza processuale e la sostituzione lo dimostrano.

<sup>142</sup> Secondo C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 143, la caratteristica comune ai tre significati di *parte* sta nella «titolarità di una o più situazioni giuridiche processuali».

<sup>143</sup> Il curatore dell'eredità giacente riveste il ruolo di colui che sta in giudizio con l'attività. Non vi è, invece, alcun soggetto che possa stare in giudizio col nome o essere parte sostanziale, cosicché deve essere escluso il ricorrere di una rappresentanza. Nonostante ciò, le spese processuali graveranno sull'eredità giacente, non sul patrimonio personale del curatore. Ciò si spiega considerando che, pur non essendovi alcuna *contemplatio domini* e versandosi in un'ipotesi che potrebbe essere accostata alla sostituzione processuale, il curatore agisce nell'interesse altrui (futuri eredi e creditori ereditari), cosicché le spese devono gravare sui titolari (futuri o attuali), di tale interesse: *ubi commoda, ibi incommoda*.

La possibilità, espressamente riconosciuta al curatore dagli artt. 528 ss. c.c., di agire a tutela delle situazioni giuridiche incluse nell'eredità giacente, dimostra l'erroneità di uno dei due principi: o l'eredità giacente non è una parte (principio *sub A*), o essa lo è nonostante la carenza di soggettività giuridica sostanziale (principio *sub B*)<sup>144</sup>.

Occorre comprendere quale dei due principi debba essere abbandonato.

Nel Capitolo II abbiamo chiarito che il predicato oggettivo è un omologo funzionale del soggetto-titolare, giacché entrambi sono sufficienti per l'identificazione della situazione giuridica e, dunque, dei patrimoni. Anche la teoria sull'identificazione delle azioni va dunque rivista e, al fine di includere anche i patrimoni acefali, i cd. limiti soggettivi del giudicato vanno ridefiniti come *limiti patrimoniali della cosa giudicata*.

La situazione giuridica che integra l'oggetto processuale può essere identificata da un predicato diverso dal soggetto. Quando ciò avviene (es. eredità giacente), non c'è alcun soggetto sostanziale che stia in giudizio col nome o che sia parte sostanziale, ma solamente un soggetto che sta in giudizio con l'attività: il curatore.

Il fatto che il processo sia una serie alternata di poteri e atti implica allora che vi debbano essere dei soggetti e, secondo le norme degli artt. 75 e 81, che tali soggetti siano dotati di legittimazione processuale primaria piena e affermino di agire per un diritto proprio, per un diritto altrui in nome altrui o, nei casi espressamente previsti, per un diritto altrui in nome proprio.

---

<sup>144</sup> Nel primo caso si nega che il processo debba essere *ad minus trium personarum*, mentre nella seconda ipotesi la soggettività processuale viene sganciata da quella sostanziale.

I due principi non possono essere messi in discussione contemporaneamente in relazione al medesimo istituto (es. eredità giacente). Se può sussistere anche soltanto una parte, o addirittura nessuna (nel caso che si fronteggino due eredità giacenti), allora non ha senso aggiungere che la parte può anche non essere un soggetto di diritto. Infatti, ove la parte potesse non avere soggettività giuridica, l'eredità giacente sarebbe una parte e sarebbe rispettato il principio per cui il processo deve svolgersi tra almeno due parti.

Il compimento dell'atto implica una persona fisica che lo esegua materialmente, ma nel Capitolo II abbiamo appreso che sono la spettanza dei diritti della personalità e l'imputazione a fare, di un'entità, un soggetto. La semplice ascrizione degli effetti processuali e sostanziali di quegli atti a una determinata entità non ne dimostra affatto la soggettività, giacché il predicato da cui quegli effetti sono identificati potrebbe anche essere oggettivo.

La parte che sta in giudizio col nome e la parte sostanziale sono le entità cui sono ascritti gli effetti degli atti processuali e del giudicato sostanziale. Affinché un'entità possa dirsi soggetto che sta in giudizio col nome o che è inciso dal giudicato, occorre che a quell'entità siano attribuibili i diritti della personalità o siano imputati gli atti giuridici<sup>145</sup>. La soggettività processuale della parte che sta in giudizio col nome e della parte sostanziale, quindi, dipende, per definizione, dalla sussistenza della soggettività sostanziale. Poiché esistono diritti privi di titolare, allora la soggettività sostanziale può mancare, cosicché possono darsi casi in cui la parte che sta in giudizio col nome e la parte sostanziale non sono soggetti sostanziali, né processuali.

La parte che sta in giudizio con l'attività è invece quella cui sono imputati gli atti processuali. La parte che sta in giudizio con l'attività è quindi un soggetto giuridico.

La tradizione deve dunque essere corretta.

Il detto per cui *processus est actus ad minus trium personarum* va confermato soltanto in relazione alla parte che sta in giudizio con l'attività, la quale è sia «parte», sia «soggetto».

Il brocardo, invece, non vale per la parte che sta in giudizio col nome e per quella sostanziale<sup>146</sup>, le quali possono non essere dei soggetti.

<sup>145</sup> Per riassumere i presupposti di quanto stiamo affermando, possiamo dire che gli effetti degli atti sono "imputati" alle situazioni giuridiche, mentre gli atti sono imputati ai soggetti. Le situazioni giuridiche, invece, solo accidentalmente sono imputate a questi ultimi.

<sup>146</sup> Dalla negazione del dogma della necessaria titolarità dei diritti discende, infatti, la falsificazione di quell'opinione unanime, espressa da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 144, secondo cui la qualità di parte è la «qualificazione soggettiva minima ma sempre presente nei soggetti attivo e passivo di un processo; sempre presente, nel senso che ovunque c'è un processo, ivi esistono

Tradizionalmente, infatti, il concetto di parte consente di identificare l'oggetto del processo. La parte sarebbe perciò quel soggetto cui nel mondo sostanziale è imputato il diritto dedotto e che, nel mondo processuale, consente di identificare il diritto stesso. Poiché l'identificazione dei diritti può avvenire anche sulla base di predicati oggettivi, allora ogni predicato, anche non soggettivo, può assumere la veste di parte.

Il *soggetto* è dunque un concetto altamente relativo. Esso dipende, nel mondo sostanziale, da criteri diversi (nascita per le persone fisiche; attribuzione dei diritti della personalità e/o imputazione degli atti alle entità diverse); la soggettività processuale, a seconda del concetto di parte cui è riferita, si atteggia in modo diverso.

Possiamo così ridefinire le nozioni tradizionali della *capacità di essere parte che sta in giudizio col nome* e della *capacità di essere parte sostanziale*. È capace, nei due sensi anzidetti – e lo stesso vale per la parte del rapporto contrattuale – il predicato identificativo delle situazioni giuridiche statiche.

Questi assestamenti sistematici consentono di dimostrare, e non più soltanto di presupporre acriticamente, che la distinzione tra predicati soggettivi e oggettivi è generalmente irrilevante anche per l'ordinamento processuale, al pari e anzi ancor di più di quanto avviene nel diritto sostanziale. In quest'ultimo ambito, infatti, gli unici profili di rilevanza della distinzione si rinvencono nella sussistenza dei diritti della personalità e nell'imputazione degli atti. In ambito processuale, invece, non ho rinvenuto eccezioni all'irrilevanza del distinguo.

La rimarchevole conseguenza di tutto ciò è che il processo può funzionare anche con oggetti processuali acefali. Questo non significa che i processi tradizionali e quelli concernenti oggetti acefali si svolgano allo stesso modo. Lo vedremo nel Capitolo VII.

---

sempre almeno due parti. Ciò si desume dal rilievo [...] che perché esista un processo basta che esista una domanda di un soggetto rivolta ad un giudice, nei confronti di un altro soggetto». Questa opinione può essere confermata soltanto in riferimento alla parte che sta in giudizio con l'attività.

14. *L'applicazione dell'art. 81 c.p.c. ai patrimoni privi di titolare. Conclusioni sul dogma della necessaria titolarità nel processo e sulla irrilevanza processuale del distinguo tra predicati soggettivi e oggettivi*

La *ratio* dell'art. 81 consiste nell'economia processuale e nella strumentalità del processo di cognizione rispetto alla formazione del giudicato sostanziale. Queste due esigenze sono lese quando il principio del contraddittorio, vista la mancanza del potere rappresentativo o della chiamata del sostituito, preclude la formazione della cosa giudicata materiale. L'art. 81, pertanto, negando la *legitimatō ad causam* e quindi l'emanazione di un provvedimento di merito, impedisce che si possa, senza *contemplatio domini*, dedurre un diritto altrui, fuori dei casi espressamente ammessi. La disposizione riduce quindi il rischio che sia emesso un provvedimento di merito contenente un accertamento che, *ex art. 101*, sarà privo dell'autorità di giudicato sostanziale.

Avendo ricordato tutto ciò, è possibile affermare che, se il titolare del diritto non esiste e non si può quindi porre un problema di contraddittorio nei suoi confronti, allora il giudicato sostanziale si può formare anche senza la *contemplatio domini* e pure in assenza di espressa previsione di Legge, purché l'attore abbia legittimazione *ad processum* primaria piena, alleghi la propria posizione di gestore sostanziale<sup>147</sup> e ne sia effettivamente titolare<sup>148</sup>. Stante l'assenza di un *dominus*, la rappresentanza sarà esclusa e si dovrà discorrere di *legittimazione processuale meramente gestoria*.

In senso contrario si è affermato che «alla luce della regola – che trova un chiaro riflesso anche nell'art. 81 c.p.c. – della normale soggettivizzazione dei beni e degli interessi protetti, [...] la tutela in via giurisdizionale di interessi non individuati in funzione sogget-

<sup>147</sup> L'allegazione di questa posizione consente di dimostrare che egli è l'unico soggetto in capo al quale è immaginabile il diritto a provocare la decisione sul merito.

<sup>148</sup> Anche l'azione del gestore di diritti acefali, al pari di quelle del sostituto processuale e del rappresentante, è, dunque, concreta.



tiva esige l'attribuzione esplicita di mere azioni [...] da parte della norma che salvaguarda i corrispondenti beni [...]»<sup>149</sup>.

Quest'argomentazione non considera che, nel caso dei diritti acefali, l'oggetto processuale non è altrui, cosicché l'art. 81 non sarebbe direttamente applicabile a tali ipotesi.

È possibile che la parte sostanziale e quella che sta in giudizio col nome non siano dei soggetti, essendo sufficiente, per il rispetto dell'art. 81 c.p.c., che sussista un soggetto che stia in giudizio con l'attività e che allegghi la propria posizione di gestore sostanziale e, quindi, processuale. Ciò prescinde da una disposizione di legge che preveda «espressamente», ex art. 81, la legittimazione a far valere un diritto acefalo. Questa legittimazione discende dalla necessità di consentire il funzionamento processuale dell'istituto sostanziale, che implica un gestore con legittimazione anche processuale. Detto altrimenti, se la Legge prevede un determinato istituto (ad esempio, un fondo comune d'investimento), così prescrivendone implicitamente il funzionamento – il quale è impensabile senza la tutela giurisdizionale dei diritti – allora, ove tale tutela sia possibile soltanto su istanza del gestore, l'allegazione di tale ruolo sostanziale è sufficiente, nonostante la mancanza di un'espressa previsione normativa che attribuisca il potere di agire in giudizio.

Avendo così ridefinito gli istituti processuali fondamentali in modo da svincolarli dal dogma della necessaria titolarità cui sono stati tradizionalmente ancorati e avendo dimostrato la generale irrilevanza disciplinare, anche in ambito processuale, della distinzione tra predicati soggettivi e oggettivi, possiamo metterci alla ricerca degli indizi normativi, presenti nel Testo Unico della Finanza, che ci consentiranno di far emergere la natura dei fondi comuni d'investimento<sup>150</sup> e di delinearne compiutamente i profili sostanziali<sup>151</sup> e processuali<sup>152</sup>.

<sup>149</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 189-190.

<sup>150</sup> Capitolo IV.

<sup>151</sup> Capitolo VI.

<sup>152</sup> Capitolo VII.

GLI INDIZI NORMATIVI NECESSARI PER  
L'INQUADRAMENTO DEI FONDI COMUNI

SOMMARIO: § 1. Premessa metodologica. – § 2. Il fondo comune di investimento è «l'OICR costituito in forma di patrimonio autonomo» e «raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote». – § 3. L'OICR è «gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi [...], in base a una politica di investimento predeterminata». – § 4. I limiti posti alle azioni giudiziali concernenti il fondo comune. – § 5. Le disposizioni contenute nell'art. 37 TUF. – § 6. Critica del criterio organizzativo. – § 7. L'esclusione della responsabilità della SGR per le obbligazioni contratte per conto del fondo. – § 8. Il fondo comune è distinto, «a tutti gli effetti», da ogni altro patrimonio. Il fondo è un patrimonio primario. – § 9. L'art. 38 TUF: un ulteriore scollamento tra titolarità e gestione. – § 10. Critiche metodologiche alla dottrina concernente i fondi comuni d'investimento.

*1. Premessa metodologica*

Il Testo Unico della Finanza dedica diverse disposizioni alla società di gestione del risparmio e al fondo comune. Analizzerò partitamente queste norme, di cui, tra le molte ambiguità e contraddizioni, soltanto alcune offrono indizi univoci e utili al loro inquadramento.

Alla luce dei risultati teorici cui sono giunto nei Capitoli II e III, il quesito intorno alla natura soggettiva o oggettiva del fondo comune rileva unicamente per la sussistenza dei diritti della soggettività e per l'imputazione degli atti. Ad ogni altro fine quella soggettività è ininfluente, essendo necessaria e sufficiente la sussistenza di un predicato. In conseguenza di un tanto, credo di aver dimostrato che il quesito intorno alla soggettività dei fondi comuni può essere, se non completamente pretermesso, comunque fortemente ridimensionato.

In conseguenza di ciò e a differenza di quanto sostenuto da una corrente dottrinale, non è possibile affermare che tutti i problemi dei fondi comuni siano risolti. Resta infatti da comprendere da quale predicato siano identificati i diritti di cui il fondo si compone. Il predicato consiste nella denominazione della SGR o in quella del fondo? Il quesito è della massima importanza da un punto di vista disciplinare. Ipotizzando l'estinzione della SGR, ad esempio, il coinvolgimento dei diritti inclusi nel fondo nella relativa successione universale e i conseguenti adempimenti pubblicitari saranno necessari soltanto se quei diritti siano identificati dalla denominazione della SGR e non da quella del fondo.

La risposta a tale quesito non può essere data, pena una grave inversione metodologica, a partire da concetti dottrinali, quali il criterio organizzativo immaginato dalla Corte di cassazione, ma soltanto in virtù dell'analitica disamina delle disposizioni contenute nel Testo Unico della Finanza cui mi accingo. Tale disamina non si concentrerà sulla natura soggettiva o oggettiva del fondo, ma unicamente sull'identificazione del predicato dal quale sono identificati i diritti nel fondo. Ciò consentirà di comprendere se il fondo comune sia un patrimonio separato della SGR oppure un patrimonio primario.

Una volta acclarata, in ottica statica<sup>1</sup>, la natura degli istituti esaminati, dato un significato d'insieme alla disciplina del Testo Unico e trovato, nel Capitolo V, un conforto nel metodo comparatistico, potrò delineare, nel Capitolo VI, le posizioni fondamentali della SGR, del fondo e dei partecipanti, nel diritto sostanziale.

Da ciò, sfruttando i concetti revisionati nel Capitolo III (*legitimitatio ad causam*, *legitimitatio ad processum* e capacità di essere parte), trarrò quei corollari che mi consentiranno, nel Capitolo VII, di descrivere esaustivamente i profili processuali dei fondi comuni d'investimento.

---

<sup>1</sup> Sui linguaggi statico e dinamico, v. Capitolo II.

2. *Il fondo comune di investimento è «l'OICR costituito in forma di patrimonio autonomo» e «raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote»*

La prima disposizione che il TUF consacra al tema è quella dell'art. 1, lett. j), che definisce il fondo comune come l'organismo di investimento collettivo del risparmio, «costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore».

La lett. k) del medesimo articolo completa tale norma, offrendo la seguente definizione dell'OICR:

L'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi da consumatori, a valere sul patrimonio dell'OICR, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata.

Esaminiamo, allora, la prima disposizione: il fondo comune è un patrimonio autonomo.

Poiché non esiste alcuna disposizione che definisca tale concetto, occorre rifarsi alle elaborazioni dottrinali, secondo cui il patrimonio autonomo è il

fondo costituito con i contributi di una pluralità di soggetti e connotato dall'indivisibilità e dalla funzione di garanzia per i debiti coordinati allo scopo con esso perseguito. Si indica, cioè, il distacco di una massa patrimoniale da più patrimoni di provenienza, una *species* del patrimonio separato (anzi, secondo taluno, una somma di più patrimoni separati)<sup>2</sup>.

Non bisogna però trarre automaticamente da questa nozione dottrinale le conseguenze ricostruttive che stiamo ricercando.

---

<sup>2</sup> V. DURANTE, voce *Patrimonio (dir. civ.)*, cit., par. 2.2.

La definizione appena offerta, infatti, è una formula verbale che è stata elaborata alla fine del XIX secolo per ridurre in termini oggettivi il fenomeno dei gruppi organizzati privi di personalità. Si insegnava, infatti, che l'associazione non è una persona, né un soggetto, ma un rapporto, il quale stringe i singoli in una unità di persone. Così, il patrimonio dell'associazione non era imputato ad alcun ente, ma ai patrimoni personali da cui proveniva, benché tale patrimonio sociale fosse separato da quello dei membri stessi. L'autonomia era pertanto data da ciò che i beni, pur continuando a far parte dei patrimoni degli associati, costituivano un punto di riferimento giuridico distinto<sup>3</sup>.

Successivamente, chiarito che poteva darsi soggettività senza personalità, si comprese che il patrimonio autonomo realizza un più forte distacco rispetto a quello separato, giacché il conferimento in vista di uno scopo trasferisce al gruppo unitario e soggettivamente complesso la titolarità e disponibilità del fondo, dando così luogo a una comunione germanica.

Ma, essendo i gruppi organizzati regolati alla stregua di un soggetto solo quantitativamente diverso dalla persona giuridica, non può riguardarsi il fondo patrimoniale come appartenente a più soggetti e, comunque, separato rispetto al loro patrimonio. La formula verbale, invero, vale solo a descrivere l'insensibilità del patrimonio del gruppo ai debiti dei membri<sup>4</sup>.

Il patrimonio autonomo, dunque, è costituito da un complesso di situazioni giuridiche imputate a un unico soggetto o, più in generale, identificate da un unico predicato. L'autonomia indica perciò soltanto la conseguenza per cui il patrimonio autonomo, imputato ad es. a un soggetto (es. associazione), non risponde dei debiti di altri soggetti (es. associati), i quali, recedendo, non possono chiedere la restituzione del proprio contributo sino a quando quell'unitario soggetto perdura (art. 37 c.c.).

---

<sup>3</sup> V. DURANTE, voce *Patrimonio (dir. Civ.)*, cit., par. 2.2.

<sup>4</sup> V. DURANTE, voce *Patrimonio (dir. Civ.)*, cit., par. 2.2.

Il fondo comune di investimento, allora, dovrebbe costituire un predicato, autonomo dalla SGR e quindi distinto a tutti gli effetti dal patrimonio di quest'ultima, ossia un patrimonio primario. Tale primo elemento è dunque significativo.

Nel TUF, inoltre, il concetto di separazione patrimoniale è utilizzato in riferimento a tutti gli OICR, anche a quelli che hanno struttura societaria (art. 168 TUF). Il fatto poi che anche al fondo sia attribuita, a norma del medesimo art. 168<sup>5</sup>, la separazione patrimoniale, non significa che il fondo sia un patrimonio secondario della SGR.

L'art. 36, comma 4, dopo aver ribadito che il fondo è un patrimonio autonomo, aggiunge che esso è «distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società».

Il Legislatore, data l'anomalia del fenomeno, ha sentito quindi la necessità di manifestare la propria volontà esprimendo sia una qualificazione, sia le conseguenze di questa. Tale tecnica normativa è rara, tanto da riportare alla mente di chi scrive soltanto un altro caso, quello dell'art. 490 c.c., il quale, dopo aver stabilito che «l'effetto del beneficio d'inventario consiste nel tenere distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede», utilizza, all'inizio del secondo comma, l'avverbio «conseguentemente», con il quale si apre l'elenco delle ricadute di quella qualificazione. È significativo, peraltro, che anche nel caso dell'art. 490 c.c. il tema sia quello della separazione patrimoniale.

L'art. 36, comma 4 TUF consente un'osservazione. Se il fondo fosse un patrimonio secondario della SGR, allora esso ricadrebbe nel patrimonio primario di quest'ultima. Se così fosse, come potrebbe tale disposizione affermare che esso è distinto dal «*patrimonio della SGR*»?

---

<sup>5</sup> L'art. 168 TUF punisce «chi, nell'esercizio di servizi o attività di investimento o di gestione collettiva del risparmio, ovvero nella custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide di un OICR, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione patrimoniale arrecando danno agli investitori».

La disposizione, allora, pur nell'anomalia del linguaggio, contiene un'indicazione precisa: il fondo è un patrimonio primario. La disposizione, inoltre, non afferma affatto che quel patrimonio è imputato alla SGR: il fondo è «gestito [...] dalla società» e viene quindi strutturalmente distinto dal «patrimonio della società». La norma, pertanto, contiene elementi che contraddicono, oltre alla teoria della comunione ordinaria, anche quelle che vedono nel fondo un patrimonio separato della SGR.

È alquanto indicativo, a tale proposito, che ben diversa sia la formulazione dell'art. 35 *bis*, comma 6, secondo cui «nel caso di SICAV e SICAF multicomparto, ciascun comparto costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti da quello degli altri comparti». Qui, non a caso, non si aggiunge che quel patrimonio autonomo, che è il comparto, è distinto, oltre che dagli altri comparti, anche dai patrimoni personali degli investitori. Il comparto è imputato alla società, di modo che è evidente che esso sia distinto dai patrimoni degli investitori. L'imputazione è diversa, cosicché è impossibile che il comparto e il patrimonio personale siano confusi. Al contrario, per i fondi, l'art. 36, presupponendo che vi sia un rischio di confusione, è costretto a specificare la distinzione rispetto ai patrimoni degli investitori, il che dimostra che l'imputazione in favore di soggetti diversi, quale la SGR o il fondo stesso, non esiste. Poiché non è ipotizzabile nemmeno l'imputazione del fondo agli investitori, allora le situazioni giuridiche incluse nel fondo integrano un patrimonio primario.

Questo approdo è tuttavia soltanto parziale, giacché deve essere confrontato con il resto delle disposizioni in materia, così da verificare se ve ne siano altre che impongano soluzioni di segno diverso.

Pare opportuno, però, concentrarsi sulla ricostruzione del fondo comune quale patrimonio primario e mettersi alla ricerca di altri indizi che la confermino, per procedere soltanto in seguito all'analisi degli eventuali elementi normativi difformi.

L'art. 1, lett. k), definisce l'organismo di investimento collettivo del risparmio, di cui il fondo comune costituisce un esempio, come «l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione

collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni».

Il termine *organismo* sembra significativo, pur essendo sconosciuto al linguaggio normativo, giacché indica un *quid* unitario, non certo un patrimonio separato. La funzione dell'OICR, «istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio», è invece equivoca: lo scopo può giustificare la costituzione di una società, come l'istituzione di un patrimonio separato.

L'art. 1, lett. j), peraltro, stabilisce che il fondo è suddiviso in quote, ed è «istituito e gestito da un gestore», ma non afferma affatto che le situazioni giuridiche incluse in esso siano imputate al gestore stesso o agli investitori.

3. *L'OICR è «gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi [...], in base a una politica di investimento predeterminata»*

Il titolo di questo paragrafo è tratto dall'art. 1, lett. k).

La norma è ribadita dall'art. 36, comma 1 TUF, secondo cui «il fondo comune di investimento è gestito dalla società di gestione del risparmio che lo ha istituito o dalla società di gestione subentrata nella gestione, in conformità alla legge e al regolamento». A norma del secondo comma: «il rapporto di partecipazione al fondo comune di investimento è disciplinato dal regolamento del fondo». Ai sensi del terzo comma, infine, «la SGR che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario».

Tutte queste norme disciplinano unicamente la gestione del fondo comune e non attribuiscono a quest'ultimo la soggettività giuridica, né imputano i beni di cui si compone alla SGR.

Quando l'art. 36 fa riferimento, per ben due volte, alla SGR subentrante, il subentro è riferito alla gestione del fondo, non alla titolarità di esso. E il potere di gestire un bene non ne implica la titolarità.



La gestione in monte, l'autonomia dagli investitori e il perseguimento del loro interesse, pur essendo fondamentali per la ricostruzione dei rapporti che legano la SGR e i partecipanti e culminando nella previsione per cui la società assume gli obblighi e le responsabilità del mandatario, nulla dicono riguardo alla natura giuridica dei fondi.

La circostanza per cui l'unico interesse è quello degli investitori e il fatto che l'unico rapporto giuridico sussiste tra questi e la SGR non confermano che il fondo sia un patrimonio separato della società, ma semplicemente che, quanto agli effetti della gestione, esso rileva unicamente quale oggetto dei rapporti tra SGR e partecipanti, ossia quale destinatario degli effetti degli atti gestori compiuti dalla società stessa. Ciò non esclude che il fondo integri il lato attivo e passivo dei rapporti giuridici, diversi da quelli gestori, nei riguardi dei terzi. Così, il fondo può costituire il predicato che identifica un certo credito, ma non è parte formale dei negozi con cui la società disponga di quello stesso diritto trasferendolo a terzi.

Il *rapporto di partecipazione*, disciplinato dal regolamento dell'art. 37, non impone che il fondo sia un patrimonio primario. Oltre al rilievo per cui l'attribuzione della forma societaria e quindi della soggettività è effettuata soltanto a favore delle SICAV e delle SICAF, il concetto di partecipazione è compatibile anche con un patrimonio secondario (es. artt. 2447 *bis* ss. c.c.).

Secondo l'art. 33 TUF, inoltre, «le SGR gestiscono il patrimonio e i rischi degli OICR nonché amministrano e commercializzano gli OICR gestiti». Anche in questo caso la relazione tra il fondo e la SGR è limitata alla gestione, senza che nulla alluda a un'imputazione. Il decorrere del patrimonio e dei rischi degli OICR induce anzi a ritenere che le situazioni giuridiche siano ascritte al fondo.

L'art. 35 *decies*, infine, stabilisce che «le SGR, le SICAV e le SICAF che gestiscono i propri patrimoni: a) operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli OICR gestiti, dei relativi partecipanti e dell'integrità del mercato; b) si organizzano in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti e, in situazioni di conflitto,

agiscono in modo da assicurare comunque un equo trattamento degli OICR gestiti [...]».

Oltre a proclamare il principio del perseguimento del *best interest*, il richiamo a questa disposizione è necessario per fugare ogni dubbio intorno all'interpretazione del suo *incipit*. L'espressione «che gestiscono i propri patrimoni», infatti, è riferita esclusivamente alle SICAV e alle SICAF che, *ex art. 38*, possono designare per la gestione del proprio patrimonio un gestore esterno.

L'imputazione del patrimonio gestito, pertanto, non riguarda i fondi comuni di investimento.

#### 4. I limiti posti alle azioni giudiziali concernenti il fondo comune

*Ex art. 36, comma 4, sul fondo comune*

non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi.

Queste disposizioni sono tra le più ambigue e quindi tra le meno decisive nell'indagine che sto conducendo.

La limitazione di responsabilità rispetto ai creditori della SGR, infatti, è immaginabile sia che il fondo costituisca un patrimonio separato della società (art. 2740, comma 2), sia che esso sia un patrimonio primario gestito dalla SGR (art. 2740, comma 1). L'argomento fondato sull'impossibilità, per la SGR, di rivalersi sul fondo è parimenti inconcludente, in quanto discende dalla circostanza per cui la gestione deve essere finalizzata al solo *best interest* degli investitori, cosicché deve escludersi che la società di gestione possa far proprie situazioni giuridiche incluse nel fondo.

Lo stesso va ripetuto per l'esclusione delle azioni del depositario e del sub depositario.

La limitazione dell'azione esecutiva dei creditori dei partecipanti è, per le stesse ragioni, irrilevante ai fini della presente ricerca.

La norma secondo cui «la società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti», espressa dall'art. 36, comma 4, *in fine*, è parimenti ambigua.

#### 5. *Le disposizioni contenute nell'art. 37 TUF*

Il primo comma dell'art. 37 stabilisce quanto segue:

il regolamento di ciascun fondo comune di investimento definisce le caratteristiche del fondo, ne disciplina il funzionamento, indica il gestore e il depositario, definisce la ripartizione dei compiti tra tali soggetti, regola i rapporti intercorrenti tra tali soggetti e i partecipanti al fondo.

È anzitutto opportuno sottolineare che l'attributo *soggetti* è riferito soltanto al gestore e al depositario, non anche al fondo. Ad esso, infatti, è impossibile attribuire alcun *compito*. Ciò, essendo compatibile sia con un patrimonio primario, sia con uno secondario, rappresenta un'indicazione ambigua e dunque inutilizzabile in questa sede. Lo stesso deve dirsi per la parte finale della norma, che esclude qualsiasi riferimento al fondo, prescrivendo che il regolamento disciplini i rapporti intercorrenti tra la SGR e il depositario, da un lato, e i partecipanti al fondo, dall'altro. Si tratta infatti di rapporti gestori, rispetto ai quali si è già chiarito come il fondo rilevi unicamente quale oggetto. Ciò non esclude che esso sia un patrimonio primario.

Una conferma di ciò si ricava dall'art. 36, comma 3, a norma del quale «la SGR che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario». Nessun rapporto sussiste tra la SGR e il fondo comune, ciò che potrebbe far sospettare la presenza di un patrimonio secondario, se non fosse che anche un patrimonio primario può essere oggetto degli atti gestori compiuti da altri (es. eredità giacente).

*Ex art. 37, comma 2, lett. a)*, il regolamento stabilisce la denominazione del fondo. Questo è un elemento rilevante, poiché non ricordo altri casi in cui un patrimonio secondario riceve una propria denominazione, distinta da quella del proprio titolare.

Interessante è la circostanza per cui l'art. 37 TUF non richiede che il regolamento del fondo ne indichi la sede. L'ordinamento non ammette mai che un soggetto giuridico possa essere privo di collocazione spaziale. Poiché il patrimonio entificato costituisce un'ipotesi particolare di patrimonio primario, verrebbe da pensare, per proprietà transitiva, che anche per quest'ultimo sia sempre necessaria una sede. Il fondo, allora, non essendo ubicato in alcun luogo, dovrebbe essere qualificato come patrimonio secondario della SGR. Se, però, si considera che la sede è normativamente rilevante per il compimento e la ricezione degli atti e che tutto ciò è demandato alla SGR, si può spiegare come l'assenza di sede possa essere propria anche di un patrimonio primario. L'ormai noto esempio dell'eredità giacente sta a dimostrarlo.

L'art. 37 impone che nel regolamento siano indicate anche le modalità della liquidazione del fondo, liquidazione che può verificarsi sia per i patrimoni entificati (es. società per azioni), sia per i patrimoni acefali (es. liquidazione dell'eredità), sia per quelli secondari (art. 2449 *nonies*, comma 2 c.c.). Anche questa disposizione, pertanto, è ambigua.

Il regolamento, ai sensi della lett. c) dell'art. 37, deve indicare gli organi competenti per gli investimenti. Tali organi, tuttavia, sono quelli della SGR. La disposizione, non potendosi escludere che un patrimonio primario abbia organi esterni, non è quindi di aiuto.

Secondo l'art. 37, lett. f), il regolamento deve identificare «le spese a carico del fondo e quelle a carico della società». La norma è significativa. Se il fondo fosse un patrimonio secondario della SGR, allora le spese che vi graverebbero sarebbero comunque a carico della società. La disposizione fa quindi pensare che il fondo comune non sia un patrimonio secondario della società.

L'art. 37 ha un ulteriore profilo di rilevanza quando attribuisce al fondo un regolamento, non un atto costitutivo o uno statuto secondo quanto avviene per le società e in particolare, *ex art. 34*,

comma 1 lett. g), per la SGR, o, *ex art. 35 bis*, comma 1, lett. f), per le SICAV e le SICAF. Tale distanza si aggrava ove si ricordi che la forma della società per azioni è imposta solo per queste ultime entità, senza essere in alcun modo prevista per i fondi. Nel contempo, il Testo Unico si riferisce alla «costituzione» delle SICAV e delle SICAF, affermando invece che il fondo è «istituito» (art. 36, comma 1)<sup>6</sup>. Proseguendo su questa linea, va sottolineato che l'art. 36, comma 1 si riferisce alla SGR che ha «istituito» il fondo, mentre l'art. 35 *bis*, comma 2, lett. b) discorre di «soci fondatori» della SICAV e della SICAF. Tutto ciò induce ad escludere che il fondo sia un soggetto, ma non impedisce di ritenere che esso sia un patrimonio primario acefalo.

Conviene ricordare, infine, che secondo l'art. 35 *decies*, comma 1, le SGR, le SICAV e le SICAF «operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli OICR gestiti, dei relativi partecipanti e dell'integrità del mercato».

Il riferimento all'interesse dell'organismo d'investimento collettivo, ossia del fondo comune, va letto nei termini seguenti: le società devono perseguire sia l'interesse al massimo aumento del valore del patrimonio gestito (si tratti di fondo comune o di patrimonio sociale della SICAV e della SICAF), sia l'interesse del singolo partecipante alla massimizzazione del profitto derivante dal proprio investimento individuale. I due interessi, che sono evidentemente collegati, vanno distinti. Il primo interesse è condiviso da tutti i partecipanti, che non si trovano quindi in conflitto, ma convergono verso lo stesso risultato. Il riferimento all'interesse «dei [...] partecipanti», invece, evidenzia la conflittualità dell'interesse dei singoli

---

<sup>6</sup> È poi vero che, ai sensi dell'art. 2447 *bis* c.c., il patrimonio destinato a specifici affari della società per azioni è «costituito». Ciò nonostante, e anzi anche in virtù di ciò, è interessante sottolineare che, all'interno del sistema creato dal TUF, la «costituzione» è riservata a entità certamente dotate della soggettività, mentre non è utilizzata per i fondi comuni, benché sia usata dal codice civile anche per meri patrimoni.

alla massimizzazione del valore delle relative quote, giacché ciò che è dato all'uno, è tolto all'altro<sup>7</sup>.

A sostegno della distinzione tra l'interesse alla massimizzazione del fondo, condiviso dalla pluralità dei partecipanti, e quello dei singoli investitori alla massimizzazione del valore della propria quota individuale, depongono le lett. b) e d) del medesimo articolo 35 *decies*, secondo cui le SGR «si organizzano in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti» e «assicurano la parità di trattamento nei confronti di tutti i partecipanti a uno stesso OICR»<sup>8</sup>.

La dualità dell'interesse (dell'OICR e del partecipante) è avvalorata dall'art. 36, comma 3: «la SGR che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario». Se la società di gestione deve curare gli interessi degli investitori, ma deve agire in totale autonomia dalle loro direttive, allora vi è un primo interesse, di cui è portatrice la collettività dei partecipanti, alla massimizzazione del valore del fondo, e un secondo interesse, di cui è titolare il singolo investitore, alla massimizzazione del profitto traibile dal proprio investimento e contrapposto all'interesse degli altri partecipanti. È per questo che l'art. 177 del Regolamento Intermediari adottato da Consob con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018 sancisce che la SGR deve identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere «con il cliente o tra clienti».

---

<sup>7</sup> Sulla distinzione tra gli interessi tutelati dall'art. 35 *decies* TUF: P. GIUDICI, *La responsabilità civile nella prestazione del servizio di gestione collettiva*, in R. D'APICE, *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, Bologna, 2016, 748; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., XI-XII.

<sup>8</sup> Vi è inoltre da ricordare che, secondo quanto attestato anche da F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 39, anche la gestione collettiva è stata recentemente sottoposta alla disciplina di adeguatezza, ma con riguardo, non al singolo partecipante, bensì alle caratteristiche del patrimonio gestito nel suo complesso. Ciò conferma la distinzione tra i due interessi identificati nel testo.

Già ora, però, è necessario notare che il fondo non risponde dell'adempimento delle obbligazioni della SGR, ma è oggetto della gestione affidata a quest'ultima. Pertanto, il fondo non è, riguardo agli investitori, un patrimonio nel senso statico di cui all'art 2740 c.c., ma un patrimonio dinamico, che rileva, non come garanzia patrimoniale generica che assiste i crediti dei partecipanti verso la società, ma come oggetto della gestione affidata alla società, come strumento dell'attività imprenditoriale e quindi come patrimonio dinamico e produttivo<sup>9</sup>.

Anche nell'ambito disciplinare che stiamo studiando, allora, è ben chiara la linea di tendenza verso la creazione di un concetto di *patrimonio* con una funzione diversa da quella tradizionale, di garanzia, imposta dall'art. 2740 c.c. Questo scopo imprenditoriale e produttivo aggiunge ulteriori accezioni al termine *patrimonio*, oltre a quelle ben note in materia di garanzia patrimoniale generica e in ambito successorio.

Vi è quindi una duplice analogia con la società di capitali. Il patrimonio sociale, infatti, è necessariamente produttivo, cosicché i soci, al pari dei partecipanti al fondo, non possono essere considerati creditori statici; la distinzione tra l'interesse dell'insieme dei partecipanti e quello dei singoli ricalca il distinguo tra gli interessi della società (*i.e.* della collettività dei soci) e quelli dei singoli soci, che ben si compendia nelle due diverse azioni di responsabilità degli amministratori *ex artt.* 2393 e 2395 c.c.

L'autonomia patrimoniale che si accompagna a tale fenomeno mira, nei rapporti tra SGR e terzi, regolati dall'art. 36, comma 4 TUF, alla tutela degli interessi degli investitori, così come la disposizione dell'art. 1707 c.c. protegge il soggetto i cui interessi sono amministrati dal gestore<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Sulla distinzione tra patrimonio statico e dinamico e su quella, consequenziale, tra creditori statici e dinamici, v. A. JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.4, 2009, 1253 ss.

<sup>10</sup> Secondo una prima corrente, maggioritaria, l'art. 1707 c.c. dimostra che, nonostante il mandato ad acquistare senza rappresentanza non produca imme-

Questa autonomia, proprio in virtù di tale parallelo con le norme in materia di mandato, non esclude che il fondo possa essere considerato un patrimonio separato della SGR, piuttosto che un patrimonio primario a sé stante.

#### 6. *Critica del criterio organizzativo*

Finora ho reperito diversi elementi normativi, dei quali, come anticipato, alcuni sono contraddittori, altri ambigui, altri significativi nel senso di dimostrare che il fondo integra un patrimonio primario.

Conviene ora analizzare quella che alcuni hanno considerato la pallottola d'argento in merito alla questione della soggettività dei fondi comuni, ossia l'art. 37, comma 3: «il regolamento dei fondi chiusi diversi dai FIA riservati prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore».

Coloro che fondano la soggettività delle entità diverse dalla persona fisica sul criterio organizzativo, espressione di quello volontaristico, hanno visto in questa disposizione l'argomento decisivo per comprendere la natura dei fondi.

---

diatamente i propri effetti in capo al mandante, l'esecuzione dell'atto gestorio da parte del mandatario produce un acquisto automatico del diritto reale mobiliare in capo al mandante; pertanto, la disposizione costituirebbe un'applicazione dell'art. 2914 c.c., il quale regola l'opponibilità ai creditori pignoranti e a quelli intervenuti nell'esecuzione delle alienazioni dei beni del debitore. Per questo orientamento: M. SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1959, I, 147; P. TILOCCA, *Il problema del mandato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, 954 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato*, in *Trattato a cura di P. Rescigno*, XII, Torino, 1985, 78 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 136-137.

Ad avviso di altri Autori, i beni sarebbero acquistati dal mandatario senza rappresentanza e solo successivamente, che si tratti di mobili o immobili, trasferiti al mandante; poiché quei beni, di proprietà del mandatario, non sarebbero aggredibili da parte dei creditori di lui, si verificherebbe una separazione all'interno del suo patrimonio secondo il disposto dell'art. 2915 c.c. Questa tesi è sostenuta da: C. SANTAGATA, *Del mandato, Artt. 1703-1709*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1985, 362; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1177.



Alcuni, come la Corte di Cassazione, hanno ritenuto che questa limitatissima organizzazione sia insufficiente alla formazione e manifestazione di una volontà all'esterno, di modo che il fondo sarebbe privo di soggettività e, dovendo essere imputato a un qualche soggetto, apparterrebbe alla SGR quale patrimonio separato, in analogia con quanto previsto dagli artt. 2447 *bis* ss. c.c.<sup>11</sup>. Il criterio ha sollevato forti perplessità<sup>12</sup> e, infatti, non può essere condiviso.

In primo luogo, tale criterio, oltre a non distinguere tra patrimoni entificati e acefali, dà luogo ad applicazioni arbitrarie. La Corte di Cassazione ha sostenuto che l'assemblea dei partecipanti, visti i limitati poteri di cui dispone, non sia sufficiente per affermare l'autonomia organizzativa del fondo e quindi la sua soggettività. Come si può dimostrare già in astratto, tuttavia, qual è la soglia da raggiungere ai fini della soggettività? Questa impresa teorica non potrebbe essere condotta secondo parametri oggettivi, e quindi il criterio, oltre ad essere astrattamente invalido, non è concretamente idoneo a dar luogo a soluzioni certe, cosicché è anche inutile. Allo stesso modo, infatti, sarebbe impossibile verificare o falsificare l'asserzione per cui l'eredità giacente è priva di soggettività. Tale patrimonio, infatti, è dotato di un'organizzazione, seppur minimale, che è incaricata della sua gestione: il curatore. Come si può

---

<sup>11</sup> Il criterio antropomorfo incentrato sulla volontà è stato adottato da Cass., sez. I, 15 luglio 2010, cit., notando che la deliberazione dell'assemblea degli investitori, prevista dall'art. 37, comma 2 TUF, non sarebbe espressione di autonomia e dunque di auto-disciplina.

<sup>12</sup> La scelta del criterio organizzativo è criticata da: P. BARBANTI SILVA, *op. cit.*, 5; F. PACILEO, *op. cit.* Rileva una inversione di metodo, A. SCANO, *op. cit.*

A. PAOLINI, *op. cit.*, 11, individua nel criterio indicato dalla Cassazione una ipostasi, aggiungendo che «[...] dall'esame obiettivo della disciplina positiva che dovrebbe desumersi se e con quali modalità sia individuato un centro di imputazione. Ciò non al fine di interrogarsi sui fondamenti ontologici dei fondi e sulla natura della loro struttura ma, ben più limitatamente, per chiarire se e in quale misura possa parlarsi di un soggetto al fine dell'applicazione della disciplina in questione».

Sempre con riguardo al metodo, più che al merito, G. BARALIS, *op. cit.*, sostiene che al fondo andrebbe riconosciuta soggettività in un'ottica funzionale, ossia per consentire la piena operatività della trascrizione, mediante una sorta di *entificazione monofunzionale*.

affermare o negare, allora, che questa organizzazione è sufficiente per attribuire soggettività giuridica all'eredità giacente?

In secondo luogo, la soggettività è tradizionalmente ancorata a un elemento antropomorfo e, più precisamente, volontaristico: sono «soggetti» le entità che possono formare e manifestare una volontà. Tale criterio ha un corollario che potremmo definire «organizzativo»: sono «soggetti» le entità dotate di un'organizzazione che consente loro di formare e manifestare una volontà<sup>13</sup>.

Ogni patrimonio ha necessità di essere gestito e richiede quindi una seppur minima organizzazione (es. curatore dell'eredità giacente). Pertanto, secondo il criterio in esame, a ogni patrimonio, dotato di organizzazione, corrisponde un soggetto-titolare, cosicché tutti i patrimoni gestiti – e, dunque, dotati di un'organizzazione – sarebbero dei soggetti. Secondo questo criterio, peraltro, l'eredità vacante, non essendo gestita, sarebbe acefala, ma diventerebbe un patrimonio imputato nel momento in cui le fosse nominato un curatore, *ex art. 528 c.c.*

Il criterio organizzativo potrebbe essere applicato anche diversamente. Se solo l'organizzazione è in grado di esprimere una volontà, allora la soggettività compete agli organi e non all'entità che essi sono chiamati a gestire. Così, le società sarebbero dei patrimoni acefali, gestiti dagli amministratori, i quali sarebbero gli unici possibili soggetti<sup>14</sup>, con uno schema che ricalcherebbe perfettamente quello della relazione tra l'eredità giacente e il curatore.

---

<sup>13</sup> G. GORLA, *Le società secondo il nuovo codice*, Milano, 1942, 1 ss.; F. MES-SINEO, *Per l'individuazione del "soggetto collettivo" non-personificato*, cit., 3 ss.; G. PALERMO, *Le istituzioni prive di riconoscimento*, in *Quadrimestre*, 1990, 565 ss.; G. OPPO, *L'esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 227; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000, 45; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 147 ss.

Per le teorie che fondano, in ottica sociologica, la soggettività giuridica sull'esistenza di un'organizzazione, intesa come un sistema delimitabile e speciale di azioni, caratterizzate dall'orientamento a uno scopo che deve essere realizzato con mezzi razionali, v. P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 150 ss.

<sup>14</sup> Basti ricordare che in Germania, secondo M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 168-169, nota 154, il momento dinamico, ossia lo

Entrambe le letture del criterio danno quindi luogo a delle aporie.

Oltre a ciò, il criterio organizzativo, senza che alcuna norma giustifichi un tanto, sposta l'imputazione dei diritti dal patrimonio al suo gestore. L'esigenza profonda alla base di ciò è quella, riconosciuta nel corso del Capitolo II quale fondamento del sistema civile, secondo cui l'ordinamento mal sopporta situazioni giuridiche prive di gestore. Se, dunque, il fondo non è in grado di gestire i diritti di cui si compone, allora quei diritti vanno imputati alla SGR. Con tale incedere argomentativo si incappa però in un salto logico: non è infatti vero che la gestione di un diritto possa essere ascritta soltanto al suo titolare. Il diritto positivo fornisce molteplici esempi in senso contrario, talmente noti da non richiedere alcuna citazione. L'imputazione al gestore si dimostra quindi immotivata e costituisce una violazione del principio per cui anche i predicati non soggettivi sono sufficienti per identificare le situazioni giuridiche e dunque per consentirne l'esistenza e il divenire. Quel salto logico, a sua volta, può comportare conseguenze applicative abnormi, come la traslazione giurisprudenziale del fondo in capo alla SGR, la presunta responsabilità sussidiaria della SGR e la trascrizione degli acquisti immobiliari in favore di quest'ultima.

Il criterio organizzativo, inoltre, può anche essere ammesso, intendendolo come un'ennesima definizione del *soggetto*, ulteriore rispetto a quelle che ho esposto al termine del Capitolo II: è tale ogni entità dotata di una minima struttura organizzativa. Questa definizione – che, in quanto tale, non può dirsi né vera, né falsa – può essere utile, a livello linguistico, in quanto indica sinteticamente quali entità sono soggetti e quali sono invece prive di tale natura. Così, affermare che l'eredità giacente non è un soggetto, significa, alla luce di questa particolare definizione del *soggetto* stesso, sostenere che essa è priva di organizzazione.

---

svolgimento dell'attività, «ha svolto un ruolo decisivo per la configurazione della società di capitali quale soggetto di diritto e non quale ipotesi di patrimonio separato o autonomo. Quest'ultima soluzione avrebbe infatti prospettato la problematica dell'imputazione dell'attività imprenditoriale nelle more del riconoscimento».

Quando però si indaga la natura primaria o secondaria del fondo, la suddetta definizione «organizzativa» può essere legittimamente utilizzata soltanto se si dimostra che la proprietà *organizzazione* è equipollente alla proprietà *imputazione*, talché le due proprietà si implicano a vicenda. Questa implicazione reciproca di proprietà, infatti, è necessaria affinché si possa dire che, se un'entità è priva di organizzazione, allora è per ciò solo priva anche di imputazione.

Ciò che manca nell'impostazione di legittimità è proprio la dimostrazione dell'equipollenza delle due citate proprietà. La negazione della soggettività (intesa in senso organizzativo) del fondo può quindi essere anche considerata corretta, ma è totalmente irrilevante ai fini della discussione.

*7. L'esclusione della responsabilità della SGR per le obbligazioni contratte per conto del fondo*

La nuova formulazione dell'art. 36, comma 4, pur nel lodevole intento di correggere l'ipallage introdotta dalla riforma del 2010, è contraddittoria. Se le obbligazioni sono state contratte per conto del fondo e non in nome e per conto della SGR, allora soltanto il fondo, sia esso un soggetto o un patrimonio privo di titolare, ne può rispondere. Come può affermarsi, allora, che di quelle obbligazioni risponde la SGR?

La lettera dell'art. 2447 *quinquies*, comma 3 c.c., è più rigorosa: «[...] per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato». Invece delle obbligazioni contratte «per conto del» patrimonio, il codice civile discorre di quelle contratte «in relazione allo specifico affare», ossia dei debiti funzionali, contratti nell'attività di perseguimento dello scopo cui è strumentale il patrimonio separato. Sarebbe impensabile, stante l'imputazione del patrimonio alla società per azioni, una disposizione per cui «delle obbligazioni contratte per conto del patrimonio, la società risponde soltanto con quest'ultimo». La società, infatti, contrae in nome e per conto proprio, non per conto del proprio patrimonio.

L'attuale formulazione del quarto comma dell'art. 36 costringe dunque a scegliere quale, tra i due elementi in contraddizione (obbligazioni contratte per conto del fondo – responsabilità della SGR), debba prevalere.

L'elemento che va conservato intatto è la fattispecie, ossia la costituzione di obbligazioni per conto del fondo. La fattispecie ha infatti priorità logica rispetto al precetto («non sussiste responsabilità della SGR»), giacché il secondo costituisce, in ossequio al principio di causalità giuridica, l'effetto della prima. Il Testo Unico stabilisce quindi che le obbligazioni contratte nella gestione del fondo sono costituite nell'interesse di questo. Il precetto deve quindi essere riletto nei seguenti termini: «la SGR non risponde, nemmeno in via sussidiaria, delle obbligazioni contratte per conto del fondo».

*8. Il fondo comune è distinto, «a tutti gli effetti», da ogni altro patrimonio. Il fondo è un patrimonio primario*

L'art. 1, lett. j) TUF afferma che il fondo è istituito e gestito da un gestore. La posizione della SGR è pertanto limitata alla gestione, non rilevandone la titolarità.

La medesima disposizione, assieme all'art. 36, discorre di *patrimonio autonomo* e attribuisce alla SGR unicamente la gestione e l'istituzione del fondo. Nel contempo, si stabilisce che il patrimonio è distinto dai patrimoni dei partecipanti, con la medesima formula con cui lo si distingue dal patrimonio sociale della SGR:

ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società.

Se la distinzione riguarda i patrimoni la cui diversità rispetto al fondo discende dalla loro imputazione – ciò che è evidente nella previsione per cui il fondo è distinto «dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante» – al-

lora il patrimonio è gestito dalla SGR, ma non le è imputato. Se, infatti, il fondo appartenesse alla SGR, come si spiegherebbe che esso è distinto dal patrimonio della SGR stessa? Se l'accezione del termine «patrimonio», qui utilizzata, si appunta, non sulla separazione patrimoniale – giacché la separazione è la conseguenza della norma, non potendo quindi essere il suo presupposto – ma sull'imputazione delle situazioni giuridiche a un soggetto, allora bisogna concludere che il fondo, al contrario del patrimonio della società e di quello del partecipante, non è imputato a nessuno dei due.

Ciò è confermato dal prosieguo del quarto comma dell'art. 36, secondo cui «delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la SGR risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo». Se il fondo non fosse un patrimonio identificato sulla base di un predicato diverso dalla SGR, come potrebbe il Testo Unico parlare di «obbligazioni contratte per conto del fondo»? Se davvero il fondo comune integrasse un patrimonio separato, imputato alla SGR, allora si sarebbero utilizzate le già note formule legislative che si rinvengono negli artt. 2447 *quinquies*<sup>15</sup> e 2645 *ter c.c.*<sup>16</sup>.

Il Testo Unico, inoltre, si riferisce esclusivamente all'istitutore, al gestore e al depositario, non ragionando mai di *titolare* o *proprietario*. La formulazione della disciplina è dunque identica a quella dell'eredità giacente. Il Legislatore, pertanto, non imputa il fondo alla SGR, così come non imputa l'eredità al curatore.

Anche l'art. 37, comma 2, lett. f) conferma, come anticipato, questa lettura, prescrivendo che il regolamento deve stabilire «le spese a carico del fondo e quelle a carico della società di gestione del risparmio». Se il fondo fosse un patrimonio separato della società, allora non avrebbe senso stabilire quali spese siano a carico del fondo e quali gravino sulla SGR: in ogni caso, a risponderne, sarebbe la società. Se il fondo non fosse un patrimonio primario, ma un patrimonio secondario, allora la disposizione sarebbe ben

<sup>15</sup> Il terzo comma prevede che «per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato».

<sup>16</sup> I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione.

diversa, distinguendo tra le spese a carico del fondo e quelle gravanti sul patrimonio sociale della SGR.

Se l'art. 36, comma 4 si limitasse a disciplinare la responsabilità patrimoniale, senza incidere prima di tutto sul profilo della imputazione dei diritti, allora le due parti del quarto comma sarebbero ripetitive. La prima parte stabilirebbe la distinzione, ai soli fini della responsabilità patrimoniale, del fondo rispetto a ogni altro patrimonio, ossia la circostanza che esso non possa essere aggredito da alcun creditore diverso da quelli del fondo. La seconda parte del quarto comma si limiterebbe a riformulare tutto ciò.

In realtà, la seconda parte non è la ripetizione della prima, ma la sua conseguenza. Stabilito che il fondo non è imputato ad alcuno dei soggetti coinvolti nel fenomeno della gestione collettiva del risparmio, se ne deve dedurre che il fondo medesimo è caratterizzato da una separazione patrimoniale bilaterale rispetto a ogni altro patrimonio. La separazione, pertanto, deriva dalla diversità di predicato identificativo e dunque dall'art. 2740, comma 1 c.c., non dall'art. 2740, comma 2 c.c.

Nel Capitolo II abbiamo evidenziato che l'omologia tra i due patrimoni primari (entificato e acefalo) e quello secondario è soltanto parziale, limitandosi alla separazione dei creditori e dunque al regime della responsabilità patrimoniale. Il patrimonio primario ha tante funzioni quante quelle cui assolve il predicato che lo identifica. Perciò, mentre il patrimonio secondario rileva unicamente agli effetti dell'art. 2740, comma 2, il patrimonio primario rileva «a tutti gli effetti» (negozi, trascrizione, successione, processo)<sup>17</sup>.

L'espressione «a tutti gli effetti» non è stata qui riportata in corsivo per caso, ma per segnalare che essa corrisponde a una previsione normativa ben precisa, contenuta nell'art. 36, comma 4 TUF, secondo cui «ciascun fondo comune di investimento [...] costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società».

---

<sup>17</sup> Capitolo II, § 9.

Questa *distinzione* – termine di cui siamo ora in grado di apprezzare la precisa portata – rilevando «a tutti gli effetti», dimostra che il fondo comune d'investimento è un patrimonio primario, composto di situazioni giuridiche che, essendo distinte a ogni effetto da quelle della SGR («patrimonio della società di gestione»), non sono imputate a quest'ultima e non possono dunque integrarne un patrimonio secondario.

Chi ha immaginato un'entificazione monofunzionale ai soli effetti della trascrizione o ha considerato assolutamente irrilevante la natura entificata o acefala del fondo, allora, non ha visto come tali teorie si scontrino con questa disposizione del Testo Unico, la quale impone che tutti i settori disciplinari attivati dai fondi comuni guardino a questi ultimi nel medesimo modo al fine di evitare aporie o complicazioni interpretative. La distinzione concettuale dei diversi settori dell'ordinamento, infatti, non ne comporta l'indipendenza, giacché essi sono le componenti di un unitario sistema, la cui coerenza è in pericolo nel momento in cui a una stessa entità sono attribuite nature diverse.

Ciò che, tuttavia, si replicherà, è che la disposizione dell'art. 36, comma 4 riferisce la distinzione anche al comparto, il quale sarebbe quindi un patrimonio primario. Parimenti, ci si contesterà che le SICAV e le SICAF multicomparto non sarebbero titolari dei comparti e quindi dei patrimoni che indiscutibilmente sono imputati loro.

È soltanto per un'impresione normativa, però, che l'art. 36, comma 4 e l'art. 35 *bis*, comma 6, pongono sullo stesso piano il fondo e il patrimonio della SICAV e della SICAF, da un lato, e il comparto, dall'altro. Difatti, delle due, l'una: o i comparti sono inclusi nel fondo e imputati alle citate società, costituendone dei patrimoni secondari, oppure essi sono distinti a ogni effetto, essendo dei patrimoni primari.

Le seguenti osservazioni ci consentiranno di escludere che i comparti siano dei patrimoni primari.

La SICAV (o la SICAF) non può essere titolare di più patrimoni primari: l'identità di titolare ne farebbe un patrimonio primario unico. L'unica alternativa, per salvare il carattere primario dei comparti, consiste nell'affermarne l'acefalia. La società non sarebbe ti-



tolare dei comparti e dunque del “proprio” patrimonio. Essa, pertanto, sarebbe un soggetto privo degli unici diritti di cui potrebbe essere titolare, ciò che è assurdo. Di conseguenza, il comparto di tali società è un loro patrimonio separato.

Venendo ai fondi, è impossibile che un patrimonio primario sia composto da più patrimoni ugualmente primari. O il predicato identificativo (es. titolare) è unico, cosicché è unico il patrimonio, oppure vi sono più predicati, di modo che esistono diversi patrimoni primari.

È immaginabile una visione alternativa, secondo cui la divisione in comparti integra, non la ripartizione del fondo, ma il risultato della sua scissione. Pertanto, in luogo di un patrimonio primario (per l'appunto, il fondo), si costituirebbero diversi patrimoni primari (comparti). Così, quando l'art. 36, comma 4 TUF discorre di «comparto di uno stesso fondo», il complemento di specificazione non indicherebbe né un'imputazione al fondo, né un'inclusione al suo interno, ma la derivazione da esso. Non si comprende, tuttavia, perché utilizzare due termini diversi («fondo» e «comparto»), se, secondo l'ipotesi ermeneutica in esame, i due patrimoni sono strutturalmente identici. Se poi la creazione dei comparti implicasse l'estinzione dei fondi, allora si cristallizzerebbe la gestione collettiva del risparmio, costringendo gli operatori alla scissione dei fondi medesimi, valevole «a tutti gli effetti», in luogo della mera separazione patrimoniale, *ex* art. 2740, comma 2 c.c. La disposizione conclusiva del comma 4, secondo cui «la società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti», infine, non riguardando i comparti, consentirebbe alla SGR di utilizzare i beni inclusi in questi ultimi. Stante l'ipotizzata analogia funzionale dei fondi rispetto ai comparti, tale difformità disciplinare sarebbe assurda. I comparti dei fondi, dunque, non possono essere dei patrimoni primari.

Di conseguenza, sia il comparto delle SICAV e delle SICAF, sia quello del fondo comune sono dei patrimoni secondari, rilevanti ai soli effetti dell'art. 2740, comma 2 c.c. Pertanto, l'espressione per cui i comparti sarebbero distinti «a tutti gli effetti» da ogni altro patrimonio è impropria.

A ciò si potrebbe obiettare che, se quell'espressione è impropria con riguardo al comparto, nulla esclude che essa sia tale anche con riferimento al fondo comune d'investimento. Il fondo, insomma, potrebbe essere un patrimonio separato della SGR e non essere, dunque, un patrimonio primario. L'obiezione non regge alle seguenti considerazioni.

Sia il fondo, sia, per proprietà transitiva, ciascuno dei comparti di cui esso si compone sono distinti «a tutti gli effetti», secondo l'art. 36 TUF, «dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante [...]».

La distinzione del fondo (e quindi dei suoi comparti) dal patrimonio della SGR fa del fondo stesso un patrimonio primario. Poiché il fondo ha priorità logica rispetto al comparto, che ne costituisce una suddivisione interna, allora la ricostruzione del fondo in termini di patrimonio primario va tenuta ferma cosicché è l'altro estremo della norma, ovverosia il presunto carattere primario del comparto, a dover cedere.

Stabilito ciò, ricordando che i patrimoni primari non possono comprendere altri patrimoni della medesima qualità e rammentando che è inaccettabile l'interpretazione per cui il comparto dà luogo a un patrimonio primario scisso dal fondo di provenienza, non resta che concludere che il comparto medesimo è un patrimonio secondario del fondo.

Questo rende chiaro che l'art. 36, comma 4, pur avendo il grande merito di chiarire definitivamente che i fondi sono dei patrimoni primari, ha una formulazione eccessivamente «compatta», sembrando porre sullo stesso piano due patrimoni che, in realtà, sono inclusi l'uno nell'altro e hanno dunque una diversa rilevanza disciplinare.

#### *9. L'art. 38 TUF: un ulteriore scollamento tra titolarità e gestione*

Ai sensi del primo comma dell'art. 38 TUF, «la Banca d'Italia, sentita la Consob, autorizza la costituzione di SICAV e di SICAF che designano per la gestione del proprio patrimonio un gestore esterno [...]». Questa eventualità è subordinata a diverse condizioni, quali

l'adozione della forma di società per azioni e l'inserimento, nello statuto, di alcune previsioni, elencate nella lett. f): «per le SICAV, come oggetto sociale esclusivo, l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante offerta al pubblico delle proprie azioni; per le SICAF, come oggetto sociale esclusivo, l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante offerta al pubblico delle proprie azioni e degli altri strumenti finanziari partecipativi previsti dallo statuto stesso; 2) l'affidamento della gestione dell'intero patrimonio a un gestore esterno e l'indicazione della società designata [...]»<sup>18</sup>.

Il secondo comma dell'art. 38 prescrive l'applicazione dell'articolo 35 *bis*, commi 3, 4, 5 e 6, i quali prevedono: l'autorizzazione della Banca d'Italia alla costituzione della SICAV e della SICAF; i versamenti dei soci fondatori; la denominazione sociale; la natura dei conferimenti; l'inapplicabilità delle norme del codice civile che consentono la costituzione per pubblica sottoscrizione; la società multicomparto.

La società per azioni è retta da una disciplina codicistica che prevede l'imputazione degli atti compiuti dall'organo alla società stessa. Ora, se, *ex artt.* 35 *bis* e 38, le SICAV e le SICAF hanno la forma di società per azioni, allora ad esse si applica, salve le disposizioni incompatibili con il TUF, la disciplina dettata dal codice civile per le SPA. Ciò è confermato dall'art. 35 *bis*, comma 1, lett. a), secondo cui «è adottata la forma di società per azioni nel rispetto delle disposizioni del presente capo».

Poiché nessuna disposizione del Testo Unico esclude l'imputazione dell'atto alla società di investimento, ne segue che a essa sono imputati gli atti degli organi, secondo quanto previsto dal codice civile.

Secondo quest'ultimo, l'organo è interno alla società, di modo che il rapporto organico, al contrario di quello propriamente rap-

---

<sup>18</sup> Quest'ultimo schema ricorda quello del fondo pensionistico costituito ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, il quale, secondo un'efficace sintesi di F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1236, «non può assumere impegni pensionistici, né gestire il patrimonio. All'uopo può stipulare convenzioni con una società di gestione collettiva del risparmio, con un'impresa assicurativa o con enti gestori di previdenza pubblica [...]».

presentativo, non è intersoggettivo<sup>19</sup>, ma – potremmo dire – intrasoggettivo. È questa la norma che è derogata dall'art. 38 TUF. Il Testo Unico, in altre parole, imponendo la forma della società per azioni, fa rinvio all'imputazione degli atti degli organi alla società, prevista dal codice civile, ma deroga alla regola per cui quegli organi devono essere incardinati all'interno della società. L'art. 38 ammette, allora, che l'organo possa essere «esterno» alla società gestita.

Se così è, e se anche il gestore esterno deve avere la forma di una società per azioni, allora si verifica una doppia imputazione dell'atto. In primo luogo, l'atto dell'organo della SGR (ad es. la delibera del consiglio di amministrazione), è imputato alla società stessa; questa, mediante il proprio organo, pone in essere un atto che è imputato, stante la natura di SPA della società gestita, a quest'ultima.

Come si vede, questa doppia imputazione dell'atto dipende dalla forma societaria della SICAV e della SICAF e dalla disciplina codicistica conseguentemente applicabile.

La qualificazione in termini di SPA – la quale imporrebbe l'imputazione dell'atto al patrimonio gestito – manca per i fondi comuni di investimento. Ciò significa che gli atti degli organi della SGR sono imputati soltanto a quest'ultima, la quale rivestirà quindi i ruoli di parte formale dei negozi e di parte che sta in giudizio con l'attività. Il fondo sarà invece la parte sostanziale del negozio, la parte che sta in giudizio col nome, nonché la parte sostanziale del processo.

#### 10. *Critiche metodologiche alla dottrina concernente i fondi comuni d'investimento*

Dopo la presa di posizione della Suprema Corte nel 2010, la dottrina – come abbiamo visto<sup>20</sup> – ha reagito, non soltanto contestando la correttezza dei criteri, adottati dalla Cassazione, per determinare l'essenza del fondo comune, ma anche negando rilevanza allo stesso interrogativo concernente la natura del fondo medesimo. La separazione patrimoniale bilaterale, prescritta dal Testo Unico,

<sup>19</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 44-45.

<sup>20</sup> Capitolo I, § 7.

impone che la trascrizione si faccia a favore del fondo. Chiarito questo, non avrebbe senso pretendere di

conoscere a chi competa la titolarità del sacco e quindi rievocare l'antico dibattito sulla natura giuridica dei fondi comuni di investimento, al fine di dar risposta all'interrogativo tanto drammatizzato quanto inutile "chi è titolare/proprietario del fondo di investimento?" [...]. Determinante è solo la considerazione che niente impedisce di ammettere, in prospettiva rigorosamente oggettiva e funzionale, che nel corso dell'attività di gestione il sacco di danaro, comunque qualificato, si accresca o diminuisca per effetto diretto di un atto del soggetto incaricato della gestione<sup>21</sup>.

Difatti,

è [...] dall'esame obiettivo della disciplina positiva che dovrebbe desumersi se e con quali modalità sia individuato un centro di imputazione. Ciò non al fine di interrogarsi sui fondamenti ontologici dei fondi e sulla natura della loro struttura ma, ben più limitatamente, per chiarire se e in quale misura possa parlarsi di un soggetto al fine dell'applicazione della disciplina in questione<sup>22</sup>.

Si può notare, in primo luogo, che Paolini ha preteso di adottare il metodo della filosofia sperimentale, escludendo ogni indagine ontologica, volta alla scoperta della cosa in sé. In altri termini, *hypotheses non fingo*<sup>23</sup>. L'adozione di questo metodo è positiva, consen-

<sup>21</sup> A. SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit.

<sup>22</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 11-12.

<sup>23</sup> I. NEWTON, *Philosophiæ Naturalis Principia Mathematica*, II ed., Londra, 1713, 484: «Rationem vero harum gravitatis proprietatum ex phænomenis nondum potui deducere, et hypotheses non fingo. Quicquid enim ex phænomenis non deducitur, hypothesis vocanda est; et hypotheses seu metaphysicæ, seu physicæ, seu qualitatum occultarum, seu mechanicæ, in philosophia experimentalis locum non habent. In hac philosophia, propositiones deducuntur ex phænomenis, et redduntur generales per inductionem».

tendo di sfrondare il discorso giuridico da ipostasi e dogmi: *hypotheses qualitatum occultarum in philosophia experimentalis locum non habent*.

La trasposizione del metodo della filosofia sperimentale al mondo giuridico, tuttavia, potrebbe destare perplessità. Quel metodo, infatti, presuppone la distinzione tra l'indagine fenomenica e quella ontologica e dunque la diversità concettuale tra fenomeno e cosa in sé. Tale distinzione, sacrosanta nell'ambito delle scienze naturali, potrebbe non avere senso nelle scienze giuridiche, ove non esisterebbero fenomeni e, per opposizione, cose in sé, ma esclusivamente idee.

In realtà, anche la scienza giuridica presenta la stessa dicotomia tra concetti elaborati dalla dottrina, da sempre tendente alla cosa in sé, e diritto positivo, analogo al fenomeno naturale. Allo stesso modo, pertanto, l'elaborazione di definizioni totalmente svincolate dai fenomeni, ossia dal diritto positivo, è scientificamente scorretta. Lo studio e l'elaborazione della definizione di un'entità possono quindi costituire legittimamente gli oggetti della ricerca scientifica soltanto se il diritto positivo offre una tale definizione o contiene norme che la presuppongono. Quando ciò non accade, la definizione è completamente astratta dal diritto positivo e, per quanto stipulativa e non sottoponibile a giudizi di verità/falsità, è scientificamente da eliminare in quanto non giuridica.

Se è vero che il diritto positivo non offre definizioni del *soggetto*, è anche vero che vi sono disposizioni che, nel linguaggio dei giuristi, vengono indicate da tale *nomen*. Ciò significa che una definizione dottrinale è necessaria. Anzi, poiché tali norme sono diverse e nulla consente di ritenere che esse utilizzino un unico concetto di *soggetto*, allora le definizioni di quest'ultimo possono essere eterogenee e ugualmente valide. Il contenuto di tali definizioni, i *definientes*, risiedono nell'imputazione degli atti e nell'ascrizione dei diritti della soggettività. Quando ci si chiede se un'entità sia un *soggetto*, allora, bisogna avere ben chiaro a quale definizione si sta facendo riferimento.

È vero quanto affermato dalle dottrine ricordate *supra*, ossia che, ai fini della trascrizione, la qualità *occulta* del fondo, il suo essere soggetto o oggetto, è irrilevante. La pubblicità immobiliare, però,

è soltanto uno dei settori normativi nel cui ambito di operatività i fondi comuni possono venirsi a trovare. Non si possono dimenticare il diritto dei contratti, quello successorio, quello della responsabilità personale, il processo civile, di cognizione e di esecuzione.

Anche per essi si potrebbe sostenere che valgono le medesime ragioni che portano a escludere l'opportunità scientifica dell'indagine sulla soggettività. Come è stato efficacemente rimarcato,

L'alternatività tra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale, tutta basata sul latente assunto che solo ed esclusivamente il soggetto (biologico o artificiale) può essere il termine di situazioni giuridiche attive o passive, non trova riscontro nella realtà giuridica e fattuale e deve essere radicalmente ridimensionata in favore di una concezione secondo cui le categorie evocate non solo non sono distanti, ma addirittura si pongono in relazione di interscambiabilità tra di esse<sup>24</sup>.

A mio avviso, è questa innegabile *interscambiabilità*, quest'omologia funzionale, a essere stata malamente intesa dalla dottrina.

Al termine del Capitolo II, ho dimostrato che il patrimonio – primario o secondario – è, strutturalmente, sempre uguale a se stesso. Ragionare della diversa natura di questo o di quel patrimonio, come se essi fossero eterogenei, non ha senso. Esso sarà pur sempre un insieme di situazioni giuridiche, identificate sulla base di diversi criteri, soggettivi o oggettivi. Proprio per questo, ho concluso che, quando il discorso giuridico indaga la natura (primaria o secondaria) del patrimonio, esso, in realtà, sta indagando la posizione del gestore<sup>25</sup>. Egli è titolare o no del diritto sul quale può compiere efficaci atti di disposizione?

Questa domanda, che, per una sineddoche, è la vera essenza dell'interrogativo sulla natura del fondo, non può essere considerata un quesito ontologico o inutile. Anzi, soltanto se il gestore è anche un titolare, può immaginarsi che la sua estinzione apra una successione universale nella quale sarà coinvolta anche la situazio-

---

<sup>24</sup> A. SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit.

<sup>25</sup> Capitolo II, § 14.

ne giuridica affidata alla sua gestione. Soltanto se il fondo comune vanta i diritti della personalità, esso può dirsi «soggetto» secondo una delle definizioni di questo termine. Per questo, mentre la natura del patrimonio è costante, le variabili normativamente rilevanti sono a esso estrinseche, consistendo nelle posizioni del gestore e nella natura soggettiva o oggettiva dei predicati identificativi.

Stabilito questo, ne discende che la pretesa *interscambiabilità*, non potendo essere riferita ai patrimoni, sempre identici a se stessi, è, in realtà, in forza della suddetta sineddoche, attribuita alle posizioni del gestore, di cui, tuttavia, abbiamo dimostrato l'eterogeneità. Pertanto, l'*interscambiabilità*, essendo riferita a posizioni gestorie diverse, si riduce a un'omologia funzionale, intercorrente, ad esempio, tra colui che sia divenuto proprietario in virtù di un negozio fiduciario e il gestore del patrimonio acefalo. A tale omologia funzionale non si accompagna un'identità strutturale e disciplinare.

L'interrogativo intorno alla titolarità del fondo comune d'investimento, allora, è tutt'altro che *inutile*, sebbene sia stato inutilmente *drammatizzato*<sup>26</sup> in merito alla trascrizione. Ad altri effetti, quell'interrogativo è inevitabile e impone la ricerca dei criteri che abbiamo elaborato per distinguere il patrimonio entificato, quello acefalo e quello separato (*rectius* la situazione dei relativi gestori e la natura dei predicati identificativi). Tra una tesi giurisprudenziale che assolutizza l'importanza del titolare, e un'antitesi dottrinale che ne assolutizza l'irrilevanza, propongo una sintesi che relativizzi i concetti, consentendone l'adeguamento alla mutevolezza del diritto positivo.

La necessità di semplificare il discorso giuridico e il conseguente rifiuto degli eccessi di analisi e delle superflue moltiplicazioni di enti, dunque, non possono spingersi sino a obliterare le distinzioni strutturali e disciplinari tra le diverse posizioni del gestore. È sufficiente anche una sola diversità disciplinare, come quella che abbiamo appena esemplificato in ambito successorio, per rendere l'indagine strutturale scientificamente imprescindibile.

---

<sup>26</sup> I corsivi sono tratti da A. SCANO, *Fondi comuni immobiliari*, cit.



La pubblicità immobiliare ha dunque causato, all'interno della discussione, un'illusione ottica. Se l'art. 36, comma 4 TUF impone la separazione patrimoniale bilaterale e se quella separazione non è conseguibile, alla luce del principio di tipicità della trascrizione, mediante la pubblicità della destinazione, ma soltanto grazie a quella del trasferimento, allora il Testo Unico impone di configurare un trasferimento e di inquadrare il fondo come patrimonio distinto da ogni altro insieme di situazioni giuridiche.

L'argomentazione è pregevole, ma può essere estesa ad altri ambiti disciplinari soltanto dopo aver dimostrato che, anche in tali settori, il Testo Unico della Finanza impone un'unica soluzione. Ciò non solo è indimostrato, ma è contraddetto proprio dalle conseguenze disciplinari dell'estinzione della SGR, che non sono prescritte dal citato Testo Unico.

È quindi dimostrato che il soggetto è concettualmente e normativamente rilevante, sebbene non sia necessario, né sotto forma di gestore (es. eredità vacante), né sotto forma di titolare (es. fondi comuni d'investimento). Non si può quindi accettare di «[...] dichiarare [...] l'insufficienza o irrilevanza del soggetto [...]»<sup>27</sup>. Esso è sufficiente, sebbene non necessario, all'identificazione dei diritti, e la sua esistenza è rilevante, indicando conseguenze normative diverse rispetto a quelle proprie alla sua assenza (diritti della personalità, responsabilità conseguente all'imputazione degli atti).

Il fondo, pertanto, è un predicato che identifica le situazioni giuridiche che vi sono incluse.

Esso non è un soggetto ove questo termine venga riferito all'entità cui sono imputati degli atti. Il Testo Unico, infatti, non imputa alcun atto della SGR al fondo<sup>28</sup>. A quest'ultimo sono imputati soltanto gli effetti degli atti gestori compiuti dalla SGR.

Può poi dirsi che esso sia un soggetto in virtù dell'altra definizione di tale termine, giacché al fondo spettano alcuni diritti della

<sup>27</sup> F. ALCARO, *Unità del patrimonio*, cit., 106; P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo*, cit.; R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

<sup>28</sup> In questo senso si è espressa anche S. CORSO, *Azione di responsabilità*, cit., riferimento alla nota 38.

soggettività, tra cui, senza dubbio alcuno, quello al nome.

Queste due ultime qualificazioni, tuttavia, saranno irrilevanti nei successivi capitoli, giacché non indicano altra conseguenza normativa che non sia quella, alquanto limitata, insita nel loro *definiens*.

Ciò che sarà invece fondamentale è la circostanza per cui è la denominazione del fondo a costituire il predicato che identifica i diritti in esso inclusi. Il fondo integra quindi un patrimonio primario, non invece un patrimonio separato della SGR.



DIRITTO COMPARATO E  
DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: § 1. Premessa metodologica. – § 2. Stati Uniti. – § 3. Diritto dell'Unione Europea. – § 4. Regno Unito. – § 5. Francia. – § 6. Germania. – § 7. Lussemburgo. – 8. Conclusione: i problemi italiani nascono dal disallineamento tra tecnica legislativa e tradizione giuridica.

1. *Premessa metodologica*

Questo capitolo non intende offrire al lettore uno studio integrale dei diritti statunitense, europeo, britannico, francese, tedesco e lussemburghese in materia di fondi comuni di investimento. Un tale sforzo, oltre che superfluo, sarebbe infatti controproducente. Ammassando una gran quantità di elementi, un'analisi siffatta alzerebbe talmente tanta polvere da far perdere di vista le questioni fondamentali per l'inquadramento dei profili funzionali e strutturali dei fondi comuni in Italia.

Occorre infatti considerare che molti dei problemi sistematici, interpretativi e applicativi affrontati nel corso di questo lavoro non sussistono *sub specie aeternitatis*, ma sono il portato della particolare strutturazione della legislazione italiana e, in particolare, del TUF. Se all'interno del nostro ordinamento esistesse una definizione di soggetto giuridico e il Testo Unico della Finanza fosse stato redatto diversamente, infatti, le problematiche affrontate dalla prassi e dalla giurisprudenza non si sarebbero poste o avrebbero ricevuto soluzioni differenti.

La presenza di elementi legislativi accidentali è naturalmente presente in ogni tema giuridico. Lungi dal voler sostenere la conseguenza per cui la comparazione non avrebbe mai senso, intendo affermare che questo tipo di studio va condotto avendo ben pre-

sente l'obiettivo che si prefigge. Non può divenire un esercizio di scuola da replicare all'infinito e acriticamente. Deve essere invece adattato al conseguimento di ciò che è necessario per comprendere meglio il proprio sistema, le strade alternative che avrebbe potuto percorrere, le opzioni interpretative, sistematiche e logiche che potremmo eventualmente imitare.

Di conseguenza, non mi cimenterò in un esame di dettagli ancillari, come i procedimenti di costituzione degli organismi di investimento all'estero o l'impatto della vigilanza delle autorità pubbliche. Mi limiterò piuttosto a evidenziare quegli elementi che, dallo studio del diritto altrui, mi sembrano fondamentali per comprendere noi stessi.

Tali sono, alla luce di quanto emerso sin qui, i rapporti tra il gestore e gli investitori in merito alle situazioni giuridiche gestite e l'insensibilità dei loro tratti fondamentali alla distinzione tra organismi di investimento contrattuali e societari.

Tratteremo in primo luogo gli Stati Uniti, dato il loro primato mondiale nel settore dell'investimento collettivo del risparmio<sup>1</sup>. Passeremo poi al diritto dell'Unione Europea e quindi a un confronto con gli ordinamenti di alcuni Stati Membri.

## 2. *Stati Uniti*

Negli Stati Uniti, la gestione collettiva del risparmio è regolata principalmente dall'*Investment Company Act* e dall'*Investment Advisers Act* del 1940. Occorre poi ricordare il *Securities Act* del 1933 e il *Securities and Exchange Act* del 1934<sup>2</sup>, la cui applicazione può influire sulle operazioni, più che sulla strutturazione degli organismi di investimento, i quali possono assumere la forma di *trust*, di *limited partnership*, di *limited liability company* o di *corporation*<sup>3</sup>. Ai nostri fini, è opportuno sottolineare come il citato *Investment Company Act*,

---

<sup>1</sup> S. PUEL, *France*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 172.

<sup>2</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 95.

<sup>3</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 95.

adottando un approccio funzionale, fornisca una definizione di *investment company* comprensiva di tutte queste forme giuridiche<sup>4</sup>.

La possibilità di costruire in termini funzionali la definizione dell'organismo di investimento è dovuta alla presenza di alcuni elementi costanti nelle diverse forme giuridiche e in particolare alla distinzione tra l'organismo di investimento e la *management company*.

L'essenza di tale distinguo è descritta da Morley:

[...] the fund will own what I am calling “investment” assets and liabilities and the management company what I am calling “management” assets and liabilities. Investment assets typically (though not always) consist of things like securities, currency, real estate, and assorted financial instruments, and investment liabilities consist of things such as outstanding loans and unperformed derivative obligations. Management assets include the written and unwritten contracts that entitle management companies to the services of workers (such as portfolio managers, accountants, and secretaries), as well as physical assets such as office space and computers and intellectual property such as corporate logos. Management liabilities include obligations under office leases, employment contracts, and other commitments [...]. The risks associated with these vast assets and liabilities will turn out to be especially important in explaining the separation of funds and managers in financial conglomerates<sup>5</sup>.

Negli organismi di investimento organizzati in forma di *trust*, la titolarità delle situazioni giuridiche che compongono il fondo è ascritta ai *trustee*, i quali, secondo i principi generali che reggono la materia, le detengono a esclusivo beneficio degli investitori (*bene-*

<sup>4</sup> S.A. JONES, L.M. MORET, J.M. STOREY, *The Massachusetts Business Trust and Registered Investment Companies*, in *Delaware Journal Corp. Law*, 1988, vol. 13, n. 2, 449; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 95.

<sup>5</sup> J. MORLEY, *The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation*, in *Yale Law Journal*, vol. 123, 2013-2014, 1239, citato da F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 96.

*ficiaries*). Tra i *trustee* e gli *investment manager* intercorre un rapporto contrattuale che ricalca quello dell'*agency*<sup>6</sup>.

Le forme statutarie sono imperniate sui modelli societari ordinari che vengono però piegati al conseguimento delle esigenze proprie di questo settore della finanza. Le deviazioni più rilevanti si incontrano, non a caso, in merito ai doveri e alle responsabilità degli amministratori, assai vicine a quelle che spettano ai *trustee*. Ciò è tanto vero che da più parti si sostiene come tali entità siano societarie soltanto all'apparenza, costituendo piuttosto un *trust* a cui sono attribuite alcune caratteristiche societarie ancillari<sup>7</sup>. Tale sostanza fiduciaria non è in alcun modo scalfita dal fatto che, a differenza di quanto avviene nei *trust*, la titolarità della situazione giuridica è imputata alla società invece che a una separata entità<sup>8</sup>. La particolare conformazione dei doveri e delle responsabilità degli amministratori, che devono agire nell'esclusivo interesse degli investitori, consente infatti di garantire una funzionalizzazione dei poteri gestori pari a quella che si realizza nei *trust*.

Da un canto, dunque, si è di fronte a due diversi percorsi, contrattuale e societario, intrapresi per giungere al medesimo risultato. Due strutture per così dire opposte che, mediante opposti correttivi, vengono incanalate verso il medesimo scopo, costituendo pertanto degli omologhi funzionali. Incontreremo questo fenomeno anche nello studio degli ordinamenti di alcuni Stati membri dell'Unione europea, ciò che dimostrerà come l'approccio dei sistemi stranieri esaminati sia tendenzialmente funzionale. Sarà, questa, una fonte d'ispirazione di non poco momento.

Dall'altro canto, in entrambi gli omologhi statunitensi, le situazioni giuridiche che compongono l'organismo di investimento sono espressamente imputate. L'istituto del *trust* offre infatti al legislatore statunitense le cautele necessarie affinché i diritti possano essere ascritti a un soggetto diverso da quello titolare dell'interesse gestito. Lo stesso è accaduto, come vedremo nel prosieguo di

<sup>6</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 99.

<sup>7</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 99.

<sup>8</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 99.

questo Capitolo, nel Regno Unito. L'imputazione legislativa delle situazioni giuridiche è stata dunque considerata opportuna anche in ordinamenti di *common law*. Che, poi, l'imputazione legislativa sia davvero necessaria in Italia, lo si è già escluso al termine del Capitolo IV. La sua omissione ha tuttavia cagionato quelle diatribe che, come diremo nel corso di questo Capitolo, avrebbero coinvolto anche gli altri Paesi, di *civil* come di *common law*, ove i rispettivi Legislatori non avessero deciso di usare prudenza e quindi di chiarire la titolarità delle situazioni giuridiche gestite.

### 3. *Diritto dell'Unione Europea*

Come già chiarito nel corso del Capitolo I, il Testo Unico della Finanza rinvia le proprie fonti, a livello europeo, nella Direttiva 85/611/CEE (cd. Direttiva UCITS<sup>9</sup>) e nella Direttiva 2011/61/UE. Quest'ultima concerne i fondi *alternativi* (cd. Direttiva AIFM o AIFMD)<sup>10</sup>, ossia i fondi che non sono amministrati dai soggetti che gestiscono organismi di investimento sottoposti alla Direttiva del 1985 e alle sue successive modifiche (così l'art. 4, comma 1, lett. a, AIFMD)<sup>11</sup>. A queste normative si aggiunge, con un ambito applicativo ancor più generale, la Direttiva 2004/39/EC, cd. MIFID (*Markets In Financial Instruments Directive*).

Soprattutto in virtù della AIFMD, definibile come un *crisis-era phenomenon*<sup>12</sup>, la disciplina degli OICR si incentra più sui soggetti gestori che sui prodotti oggetto della gestione<sup>13</sup>, mentre va ricor-

<sup>9</sup> *Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities*, tradotta nell'acronimo OICVM: Organismi di Investimento Collettivo in Valori Mobiliari.

<sup>10</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 1, il quale dà conto di come la prima Direttiva sia stata oggetto di quattro aggiornamenti, l'ultimo dei quali è intervenuto con la Direttiva 2014/91/UE.

<sup>11</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 9, che esprime le proprie perplessità in merito a tale tecnica normativa.

<sup>12</sup> N. MOLONEY, *EU Securities and financial markets regulation*, Oxford, 2014, 269.

<sup>13</sup> N. MOLONEY, *Op. cit.*, 197: «*the AIFMD does not, apart from indirectly, regulate CISs [ndr collective investment schemes]: it addresses the manager and the depositary [...]*».



dato che la UCITS concerne entrambi gli aspetti<sup>14</sup>. La AIFMD, inoltre, emanata in seguito alla crisi finanziaria del 2008, non è ancorata alla struttura degli OICR o ai prodotti negoziati, ma ai profili funzionali e perciò economici della gestione, così da poter attraversare tutte le forme giuridiche assunte dagli organismi di investimento collettivo<sup>15</sup>.

La maggior specificità della Direttiva UCITS fa sì che la maggior parte dei fondi sia sottoposta alla AIFMD (cd. FIA). I fondi sono quindi prevalentemente qualificati come «FIA»<sup>16</sup>.

Tralasciando la gestione di portafoglio individuale, la gestione collettiva può essere efficacemente riassunta nei termini seguenti:

A CIS is a form of investment vehicle which pools investors' funds and which delivers returns related to pre-set asset-selection and risk-management criteria. While CISs can take myriad forms, three predominant types can be identified. Scheme assets can be owned by a company in which investors are given a share representing their investment. Scheme assets can also be held within a structure without separate legal personality and held by a trustee on behalf of investors. Contractual schemes represent a third form of CIS. They are closely related to the trust structure, in that an independent legal personality is not created on establishment of the scheme. Whatever the structure adopted, risk and asset management by the CIS manager will be separate from the safe-keeping (custody) of the assets by the CIS depositary which will also monitor the manager.

---

<sup>14</sup> N. MOLONEY, *Op. cit.*, 200.

<sup>15</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 6 ss.

<sup>16</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 113-114. Per un esame dell'evoluzione della legislazione dell'Unione in materia di investimento collettivo, v. N. MOLONEY, *op. cit.*, 194-198, che, a pagina 197, chiarisce che «the management of CISs in the EU is governed by the 2011 AIFMD. It addresses asset management for all CISs, apart from those authorised under the UCITS directive; as the UCITS directive is an opt-in regime, in that CISs and their managers choose to adopt a CIS fund design model which brings them within the UCITS regime, the AIFMD accordingly provides the default regime for collective asset management in the EU».

The CIS share or unit gives the investor the right to participate in the profits or income which arise from the CIS' investment activities and which form the return on the CIS<sup>17</sup>.

Gli obiettivi della legislazione europea in materia – arricchita da alcuni Regolamenti delegati della Commissione, tra cui spicca il Regolamento 231/13<sup>18</sup> – sono sia la protezione del consumatore, sia la tutela della stabilità dei mercati<sup>19</sup>.

L'ambito della AIFMD, essendo definito in negativo per opposizione alla UCITS<sup>20</sup>, è particolarmente ampio, ricomprendendo *property fund, commodity fund, infrastructure fund, equity fund, hedge fund*<sup>21</sup>. Occorre tuttavia tenere presente che, a livello europeo, gli *asset under management* (AUM) che ricadono nel sistema UCITS sono pari a tre volte quelli assoggettati alla AIFMD<sup>22</sup>.

Le due discipline, per molti aspetti – quali la gestione del rischio, i profili organizzativi, le regole di condotta e la posizione del depositario – sono simili. Ciò non può ovviamente far dimenticare le differenze che vi intercorrono, essendo la UCITS maggiormente funzionale alla tutela dell'investitore e la AIFMD prevalentemente orientata alla stabilità dei mercati<sup>23</sup>.

Avendo promesso di non indugiare in dettagli superflui, ci concentriamo ora sulla ricerca di eventuali disposizioni europee che possano essere di ausilio nell'inquadramento dei fondi italiani. Prima di apprestarci a tale tentativo, conviene premettere che la dottrina e la giurisprudenza, nell'affrontare la *vexata quaestio*, non

<sup>17</sup> N. MOLONEY, *op. cit.*, 196-197.

<sup>18</sup> Il Regolamento contiene un centinaio di articoli che trattano i seguenti aspetti: «calculation of AUM [...]; calculation of leverage; the initial own funds regime; operating conditions form AIFMs; investment in securitized positions; organizational requirements; valuation; delegation; the depositary; transparency requirements; third country rules [...]» (N. MOLONEY, *op. cit.*, 284).

<sup>19</sup> N. MOLONEY, *op. cit.*, 197.

<sup>20</sup> Il cui ambito di applicazione è fissato all'art. 1 UCITS, al quale si rimanda.

<sup>21</sup> N. MOLONEY, *op. cit.*, 283, secondo cui «the range of assets, investment strategies and risk profiles engaged by the AIFMD is immense».

<sup>22</sup> N. MOLONEY, *op. cit.*, 283.

<sup>23</sup> N. MOLONEY, *op. cit.*, 283.

hanno mai fatto leva sulle fonti europee<sup>24</sup>. È questo un fenomeno, come stiamo per vedere, non casuale.

Un primo elemento si ritrova nel considerando n. 6 della direttiva UCITS:

nei casi in cui una disposizione della presente direttiva impone all'OICVM di adottare misure, tale disposizione dovrebbe applicarsi alla società di gestione se l'OICVM è costituito come fondo comune d'investimento gestito da una società di gestione e se il fondo comune non può agire autonomamente in quanto non ha personalità giuridica<sup>25</sup>.

Tenendo a mente che i considerando non hanno efficacia giuridica vincolante, ma costituiscono uno strumento per l'interpretazione delle norme contenute nella parte dispositiva delle fonti europee, è degno di nota che la direttiva UCITS contempli espressamente la mancanza di soggettività giuridica<sup>26</sup> del fondo comune di investimento. Ciò nondimeno, il considerando in esame non si premura di imputare il fondo ad alcun soggetto.

Venendo alla parte dispositiva della direttiva UCITS, l'art. 1, comma 3 stabilisce che,

---

<sup>24</sup> Ogni riferimento a un determinato contributo dottrinale o a uno specifico provvedimento sarebbe riduttivo. Non si può che invitare il lettore a sincerarsene egli stesso.

<sup>25</sup> È il caso, ad esempio, dell'art. 84, comma 2, lett. a), secondo cui «un OICVM può sospendere provvisoriamente, ai sensi del diritto nazionale applicabile, del regolamento del fondo o dell'atto costitutivo della società di investimento, il riacquisto o il rimborso delle proprie quote».

<sup>26</sup> Ci si obietterà che il considerando n. 6 ragiona, in realtà, di *personalità giuridica*. Ritengo che ciò sia dovuto a una non precisa traduzione del testo inglese (*legal personality*), che da anni costituisce ormai il testo di lavoro, l'originale su cui le istituzioni coinvolte nel procedimento legislativo lavorano e che viene poi tradotto nelle altre 23 lingue ufficiali dell'Unione. Con questo non intendo certo negare che ciascuna versione linguistica faccia egualmente fede, ma semplicemente attribuire all'espressione *personalità* un significato diverso da quello che tecnicamente assume nel discorso giuridico italiano.

conformemente al diritto nazionale, gli organismi di cui al paragrafo 2 possono assumere la forma contrattuale (fondo comune di investimento, gestito da una società di gestione) o di *trust* (*unit trust*) oppure la forma statutaria (società di investimento).

Ritroveremo continuamente questa distinzione, già incontrata nell'ordinamento italiano, nello studio dei sistemi giuridici di Regno Unito, Francia, Germania e Lussemburgo.

Non vi è, nel resto della direttiva UCITS, alcuna disposizione che si riferisca alla natura del fondo comune di investimento, né alla sua eventuale imputazione.

Passando ora alla direttiva AIFMD, il considerando n. 6 afferma che

l'ambito di applicazione della presente direttiva dovrebbe essere limitato ai soggetti che esercitano abitualmente l'attività di gestione di FIA — indipendentemente dal fatto che il fondo sia di tipo aperto o chiuso, prescindendo dalla forma giuridica dello stesso o dal fatto che il fondo sia o meno quotato [...].

Emerge qui quanto la soggettività del fondo non preoccupi il Legislatore europeo, dato l'approccio funzionale che gli è proprio nella regolamentazione dell'investimento collettivo.

Il considerando n. 20 stabilisce che

in funzione della forma giuridica, i FIA dovrebbero poter essere gestiti sia esternamente sia internamente. La gestione dovrebbe essere considerata interna quando è esercitata dal consiglio di amministrazione o da ogni altra risorsa interna del FIA. Laddove la forma giuridica del FIA consenta la gestione interna e il consiglio di amministrazione del fondo scelga di non nominare un GEFIA esterno, il FIA è allo stesso tempo GEFIA e pertanto dovrebbe soddisfare tutti i requisiti previsti per i GEFIA ai sensi della presente direttiva ed essere autorizzato in quanto tale. Un GEFIA che è un FIA gestito internamente non dovrebbe tuttavia essere autorizzato alla gestione esterna di altri FIA. La gestione dovrebbe essere considerata esterna quando una persona giuridica esterna è stata nominata

in qualità di gestore dal o per conto del FIA e, in virtù di tale nomina, è responsabile della gestione del FIA.

Questo considerando, che va letto assieme all'art. 5, comma 1, lett. b), è rilevante nella parte in cui distingue la gestione interna da quella esterna, cui sono necessariamente assoggettati i fondi comuni italiani stante la mancanza di una struttura organizzativa in grado di condurre la gestione. Esso, tuttavia, non offre ulteriori elementi.

La parte dispositiva della direttiva AIFMD, inoltre, tace in merito alla natura del fondo e alla sua imputazione.

Risulta chiara, allora, la ragione per cui la dottrina e la giurisprudenza italiane non abbiano fatto riferimento alla normativa europea per tentare di risolvere i propri dubbi circa la natura giuridica dei fondi. Tale natura, per il legislatore europeo, non è meritevole di approfondimento giacché non incide sul raggiungimento dei due scopi principali del diritto unionale in materia: tutela dei risparmiatori e stabilità dei mercati.

Emerge allora come i singoli Stati membri abbiano potuto recepire le suddette direttive inquadrando il fondo comune d'investimento talvolta come *trust*, talvolta come società, talaltra come comunione tra investitori. Tale eterogeneità non ha mai spinto la Commissione europea a ritenere sussistente una violazione degli obblighi di recepimento incombenti sugli Stati, né conseguentemente ad agire nei loro confronti dinanzi alla Corte di Giustizia UE. Indizio piuttosto forte della compatibilità di questi mezzi rispetto agli scopi delle citate direttive e dunque della necessità di un approccio funzionale.

#### 4. Regno Unito

Nella legislazione Britannica – che è attualmente il risultato di un *copy out approach* rispetto alla AIFMD<sup>27</sup> – l'organismo di inves-

---

<sup>27</sup> D. ROUCH, *United Kingdom*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 129.

timento collettivo è denominato *Collective Investment Scheme* (CIS), definito dalla *section 235* del *Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA) come

any arrangements with respect to property of any description [...] the purpose or effect of which is to enable persons taking part in the arrangements (whether by becoming owners of the property or any part of it or otherwise) to participate in or receive profits or income arising from the acquisition, holding, management or disposal of the property or sums paid out of such profits or income<sup>28</sup>.

I paragrafi 2 e 3 del medesimo articolo così proseguono:

the arrangements must be such that the persons who are to participate (“participants”) do not have day-to-day control over the management of the property, whether or not they have the right to be consulted or to give directions. The arrangements must also have either or both of the following characteristics: (a) the contributions of the participants and the profits or income out of which payments are to be made to them are pooled; (b) the property is managed as a whole by or on behalf of the operator of the scheme.

L'ambito di tale definizione è ridotto da numerose eccezioni, «including arrangements involving the issue of debt instruments satisfying certain criteria, deposits, individual investment management arrangements and bodies corporate that are not open-ended investment companies»<sup>29</sup>.

Alle norme di rango legislativo contenute nel *Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA) si aggiunge la regolamentazione dovuta alla *Financial Conduct Authority* e contenuta nel *Collective Investment Scheme Sourcebook*<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 86. Secondo D. ROUCH, *op. cit.*, 124, «the concept of “collective investment scheme” is very broadly defined [...]».

<sup>29</sup> D. ROUCH, *op. cit.*, 125.

<sup>30</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 86.

Costituisce una profonda differenza rispetto all'ordinamento italiano la circostanza per cui, «except in case of closed-ended bodies corporate, the legal form of an arrangement is not relevant to whether it is a collective investment scheme. It is simply necessary to establish that the various elements in the definition are satisfied»<sup>31</sup>.

I CIS si distinguono infatti in *regulated* (*unit trust, limited partnership, pooling arrangements*) e *unregulated*, ossia tutti quegli organismi che non assumono la forma dei *regulated*<sup>32</sup>.

Gli *authorised unit trust* (AUT) sono costituiti in forza di un *trust deed* che intercorre tra un *investment manager* e un *trustee*. Il *manager* è responsabile della gestione e dell'operatività del fondo, mentre al *trustee* spetta la titolarità degli *assets* del *trust* nell'interesse degli investitori. Il *trustee* non può svolgere le funzioni di *investment manager*, giacché quest'ultimo deve essere un soggetto diverso e indipendente dal primo<sup>33</sup>.

Le *Collective Investment in Transferable Securities (Contractual Scheme) Regulations* del 2013 hanno introdotto l'*authorised contractual scheme* (ACS). Due possono essere le forme degli ACS. Il *co-ownership scheme* sorge in virtù di un accordo tra un *fund manager* e un depositario. Gli investitori non sono inizialmente parte del *deed*, ma vi aderiscono impegnandosi mediante la sottoscrizione delle quote del fondo. Al *deed* della seconda forma di ACS, ossia del *limited partnership scheme*, partecipano il *general partner*, nella veste di *fund manager* autorizzato (con possibilità di delegare a terzi alcune funzioni gestorie) e un *nominated partner*, il quale è l'unico *limited partner* del rapporto contrattuale nella fase di costituzione. Gli investitori aderiscono poi al fondo in qualità di *limited partners* e la titolarità delle situazioni giuridiche spetta, anche qui, al depositario<sup>34</sup>.

Ulteriore strutturazione è quella della *limited partnership*, che va costituita secondo le regole generali contenute nel *Limited Partner-*

<sup>31</sup> D. ROUCH, *op. cit.*, 125.

<sup>32</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 86.

<sup>33</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 86.

<sup>34</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 86.

*ship Act* del 1907, riformato dalle *ACS Regulations* per consentire una maggiore flessibilità a vantaggio degli ACS ascrivendo loro tre caratteristiche che costituiscono altrettante deviazioni dai principi: i *limited partner* possono ottenere il rimborso della propria quota anche senza richiedere lo scioglimento della complessiva *partnership*, dovendosi però assicurare la presenza di almeno un *limited partner*; il *general partner* non assume responsabilità per le obbligazioni della *limited partnership* se non in caso di illeciti a lui imputabili; le modifiche della *partnership* non richiedono pubblicità<sup>35</sup>.

Va poi ricordata la *open-ended investment company* (OEIC), denominata anche *investment companies with variable capital* (ICVC), la cui disciplina è costituita dalle *Open-Ended Investment Companies Regulations 2001* (*OEIC Regulations*). La partecipazione a tale organismo, strutturato in forma societaria, è rappresentata da azioni. Il presidente del consiglio di amministrazione deve essere un *authorised corporate director* (ACD), autorizzato dalla FCA. L'organismo deve nominare un depositario che sia indipendente dallo stesso OEIC e dai suoi amministratori. A tale depositario è attribuita la titolarità delle situazioni giuridiche di cui si compone l'organismo<sup>36</sup>.

Dagli elementi selezionati, quello più interessante è l'imputazione della titolarità delle situazioni giuridiche che compongono il fondo al depositario/*trustee*, il quale deve essere necessariamente diverso e indipendente dal *manager*. Nel diritto positivo italiano, al contrario, le situazioni giuridiche – il cui insieme viene detto *fondo* – non sono esplicitamente imputate. Questa differenza non nasce per caso, ma è il portato del fatto che la nostra tradizione giuridica, non conoscendo il *trust* e in particolare le tutele di cui i *beneficiary* godono in *equity*, attribuisce al depositario unicamente obblighi di custodia e sorveglianza, non la titolarità di un diritto funzionalizzato (es. proprietà). Emerge così la ragione profonda per cui sull'interpretazione del TUF *in parte qua* si è aperta una lunga diatriba. La necessità del Legislatore di distinguere il gestore dal depositario e la difficoltà, sistematica e tradizionale, di concepire un *trust*, hanno

<sup>35</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 86.

<sup>36</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 86.



ingenerato tra i pratici, immersi in quella stessa cultura secolare, il dubbio sull'individuazione del titolare del fondo. Il Regno Unito, avendo a disposizione uno strumento concettuale del calibro del *trust* e avendo quindi potuto imputare senza troppe remore le situazioni giuridiche al depositario, non ha conosciuto questi problemi.

Questo elemento – che conferma l'esigenza di applicare il TUF alla luce dei profili funzionali dei fondi comuni e segnatamente delle relazioni tra potere/dovere gestorio e interesse dei partecipanti – ha inciso sulle dinamiche giurisprudenziali italiane ormai note non autonomamente, ma interagendo con un ulteriore fattore, che emergerà al termine del paragrafo dedicato allo studio dell'ordinamento francese.

### 5. Francia

L'ordinamento francese, precursore, assieme a quelli tedesco e lussemburghese, della disciplina europea in materia di OICR, conosce la *summa divisio* tra organismi statutari (SICAF e SICAV) e contrattuali (*fonds communs de placement*)<sup>37</sup>.

In base all'art. L214-24-34 del *Code monétaire et financier* (CMF),

le fonds commun de placement, qui n'a pas la personnalité morale, est une copropriété d'instruments financiers et de dépôts dont les parts sont émises et rachetées à la demande, selon le cas, des souscripteurs ou des porteurs et à la valeur liquidative majorée ou diminuée, selon les cas, des frais et commissions.

Il medesimo articolo, quasi negando se stesso, stabilisce che «ne s'appliquent pas au fonds commun de placement les dispositions du code civil relatives à l'indivision ni celles des articles 1871 à 1873 du même code relatives aux sociétés en participation». L'organismo contrattuale è quindi qualificato in termini di *comproprietà*, ma le disposizioni la cui applicazione dovrebbe conseguire a tale qualifica sono messe fuori gioco. Quasi, insomma, che il concetto

---

<sup>37</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 82.

di comproprietà non consistesse nella disciplina, ma in un'idea pregiudiziale. Meglio sarebbe stato discorrere, piuttosto, di *contitolarità*.

L'esplicita esclusione della personalità giuridica<sup>38</sup> in capo al *fonds commun* è la diretta conseguenza della ricostruzione dell'istituto in termini di contitolarità tra gli investitori. La ragione di tale esclusione è da taluno considerata di ordine fiscale, giacché, se la personalità fosse stata riconosciuta, l'imposizione tributaria sarebbe stata duplice, gravando sia sul fondo, sia sugli investitori<sup>39</sup>. Di questo è lecito dubitare, giacché al Legislatore che avesse invece riconosciuto la soggettività giuridica al fondo sarebbe stato sufficiente escludere *expressis verbis* il rischio di una doppia tassazione, così agevolmente sancendo il principio di *fiscal neutrality*<sup>40</sup>. Deve piuttosto ritenersi che si sia voluto evitare di costruire un soggetto giuridico privo di qualsiasi sostrato organizzativo e si sia pertanto deciso di imputare le situazioni che compongono il fondo direttamente agli investitori, così da garantirne la separazione dal patrimonio della società di gestione. Si tratta, dunque, di un *patrimoine d'affectation*, ossia di un patrimonio destinato, identificato, in quanto tale, dallo scopo della gestione collettiva cui è sottoposto<sup>41</sup>.

Alla SICAV e alla SICAF, la legislazione di recepimento della

---

<sup>38</sup> Sulla quale si veda anche S. PUEL, *France*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 172, secondo il quale «FCPs are unit trusts with no legal personality of their own». L'Autore aggiunge che «in practice FCPs are the most common form of funds found in the French market», dopo aver chiarito, a p. 170, che «France ranks first in Europe and second worldwide (after the United States) for fund management (with EUR 1,700 billion under management in funds). France also ranks second in Europe (with 17% of the market) and worldwide as a fund domiciliation centre».

<sup>39</sup> TH. BONNEAU, *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil*, in *RTD civ.*, 1991, 24.

<sup>40</sup> Questo principio mira a porre gli investitori in una situazione non peggiore di quella in cui gli stessi si troverebbero ove investissero direttamente: G. DUSEMON, V. HÉMERY, M. MOULLA, *Luxembourg*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 316.

<sup>41</sup> T. CONNEAU, *Les fonds communs de placement*, in *ROTC*, 1991, 1. Sui *fonds communs de placement* si veda anche, con riguardo ad aspetti specifici: A. CERATI-GAUTHIER, *Fonds commun de placement - Obligation du dépositaire de restitution*

Direttiva AIFM ha aggiunto un'ulteriore categoria: gli *autres fonds d'investissement alternatifs*. Ne fanno parte tutti gli organismi che prima del recepimento stesso non rientravano tra quelli vigilati dall'*Autorité des marchés financiers*, purché posseggano tutti gli elementi propri alla nozione generale di *fonds alternatif* delineata dalla Direttiva AIFM. La categoria è dunque ampia e in essa possono essere sussunti anche organismi che non appartengono alle forme tradizionalmente contemplate. Questa categoria aperta discende dall'impostazione della citata direttiva, il cui punto focale consiste nella posizione del gestore, rendendo così possibile l'attribuzione della qualifica di OICR a strutture molto diverse<sup>42</sup>.

Qui affiora l'elemento comparativamente rilevante.

In Francia, l'entità che assuma i tratti – per così dire “minimi” – dell'OICR, non è tenuta a mutare la propria struttura giuridica. Nel sistema italiano, anche a seguito del recepimento della AIFMD, invece, la qualifica di OICR è ascritta esclusivamente a strutture giuridiche esplicitamente nominate: fondi, SICAV o SICAF.

Tale caratteristica dell'ordinamento italiano non ha potuto che aggravare i problemi interpretativi ben noti, interagendo col fattore emerso al termine del precedente paragrafo, ossia la mancanza dello strumento concettuale del *trust* nella tradizione continentale. Non soltanto, infatti, il Legislatore italiano non ha utilizzato quel concetto per costruire una nozione generale di OICR individuata da elementi manifestamente funzionali, ma la rilevanza delle caratteristiche strutturali dell'investimento collettivo è stata enormemente accresciuta dall'irrigidimento delle forme giuridiche a disposizione. In altri termini, non abbiamo utilizzato il *trust* e non abbiamo quindi ricompreso sotto una unica categoria funzionale fenomeni la cui diversità strutturale sarebbe potuta conseguentemente apparire molto meno importante. Come se ciò non bastasse, abbiamo soffocato la libertà di scelta delle strutture societarie, così creando l'impressione che il centro di gravità del fenomeno

---

*des instruments financiers*, in *Revue Lamy droit des affaires*, n. 51, juillet-août 2010, Actualités, 2937, 15.

<sup>42</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 84.

consistesse proprio in quelle stesse strutture. Tale caratteristica dell'ordinamento italiano non ha potuto che aggravare i problemi interpretativi ben noti.

## 6. Germania

L'ordinamento tedesco definisce il fondo comune d'investimento, ossia l'*Investmentvermögen*, come «any scheme for collective investment raising capital from a number of investors in order to invest it according to a specific investment policy for the benefit of its investors and which is not an operative company outside the financial sector»<sup>43</sup>.

La Germania, nel quadro dell'abituale *summa divisio* tra forme contrattuali e statutarie<sup>44</sup>, conosce due tipi di organismi contrattuali, solitamente identificati come *Treubandlösung* e *Miteigentumslösung*, consistenti il primo nella proprietà fiduciaria e il secondo nella comproprietà tra investitori<sup>45</sup>.

Il grande vantaggio pratico della *Treubandlösung* rispetto alla *Miteigentumslösung* deriva dalla diversa imputazione delle situazioni giuridiche ricomprese nell'OICR, giacché la seconda ipotesi costringe a curare una serie interminabile di iscrizioni nei libri fondiari a favore e contro tutti i partecipanti all'investimento collettivo<sup>46</sup>.

In tale quadro normativo, l'elemento comparativamente più interessante è rappresentato senza dubbio alcuno dalla *Treubandlösung*,

<sup>43</sup> C. SCHMIES, *Germany*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 204.

<sup>44</sup> J.-M. KLETT, *Die Trust-Struktur im Vertragsmodell des Investmentsrechts*, Berlino, 2016, 121.

<sup>45</sup> B. LIBONATI,  *Holding e investment trust*, Milano, 1959, 639 ss.; Ch. E. ROUNDS, A. DEHIO, *Publicly-Traded Open End Mutual Funds in Common Law And Civil Law Jurisdictions: a Comparison of legal Structures*, in *NYU Journal of Law & Business*, 2007, 3, 487; M. KLETT, *op. cit.*, 99 ss.; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 89.

<sup>46</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 91. Si tratta, all'evidenza, della problematica implicazione operativa che la dottrina non ha tardato a rimproverare all'orientamento della nostra Corte di Cassazione (v. Capitolo I).

la quale richiama molto chiaramente il *trust*. Questo OICR, infatti, rappresenta un *Sondervermögen*, ossia un patrimonio speciale, separato, privo di personalità giuridica, la cui titolarità è imputata alla società di gestione, detta *Kapitalverwaltungsgesellschaft* (KVG)<sup>47</sup>. Sulla KVG incombono molti dei tipici doveri fiduciari del *trustee*<sup>48</sup>, tra i quali il *duty of loyalty*<sup>49</sup>. La custodia del fondo è affidata a un depositario, con una posizione di indipendenza e una funzione di vigilanza in tutto comparabili a quelle affidategli in Italia, data la comune derivazione dal diritto dell'Unione. La differenza più marcata rispetto alla *common law* è data dalla circostanza per cui i diritti vantati dagli investitori nei riguardi della KVG non sono *equitable* o *quasi-equitable*, come quelli spettanti al *beneficiary* del *trust*, ma contrattuali<sup>50</sup>.

Come notato in dottrina,

the vast majority of German investment funds are established in contractual form, i.e. as a segregated pool of assets managed by an asset management company (KAG) pursuant to a contractual agreement with investors [...]. The KAGB now limits the choice for all German investment funds to three legal basic forms: the contractual fund (*Sondervermögen*), the investment company (*Investmentactiengesellschaft*) and the investment limited partnership (*Investmentkommanditgesellschaft*)<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> A. DEHIO, *Das Sondervermögen des Investmentgesetzes – Ein Trust? Ein Vergleich der Grundlagen des deutschen und US-amerikanischen Investmentrechts*, *Schriften zum Banken- und Kapitalmarktrecht*, Band 8, Hamburg, 2016; M. BERG, *Vernunft von Investment-Sondervermögen im deutschen und europäischen Umsatzsteuerrecht*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, vol. 27, 2012; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 89.

<sup>48</sup> J.-M. KLETT, *op. cit.*, 127 ss.; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 90.

<sup>49</sup> C.R. KAUNE – M.K. OULDS, *Das neue Investmentgesetz*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2004, vol. 16, n. 2, 114 ss. e C. NICKEL, *Der Vertrieb von Investmentanteilen nach dem Investmentgesetz*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2004, vol. 16, n. 3; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 90.

<sup>50</sup> Ch. E. ROUNDS – A. DEHIO, *Publicly-Traded*, cit., 498; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 92.

<sup>51</sup> C. SCHMIES, *op. cit.*, 202.

Gli organismi contrattuali possono essere gestiti unicamente da società esterne: «the contractual fund itself has not legal personality and therefore must be managed by a third party»<sup>52</sup>. Le altre due tipologie di organismi, invece, possedendo una propria struttura organizzativa, possono essere gestite sia dai propri organi, sia da altre società<sup>53</sup>. La forma preferita per l'investimento collettivo, comunque, è quella dell'organismo contrattuale<sup>54</sup>.

È interessante notare, anzitutto, come nell'ordinamento tedesco si presti molta attenzione a imputare esplicitamente i diritti a uno dei soggetti coinvolti nell'investimento collettivo, segno di un ossequio legislativo al dogma della necessaria titolarità delle situazioni giuridiche che abbiamo trattato nel corso del Capitolo II. Nonostante questa tradizione giuridica, propria a tutto il continente, il Legislatore italiano non ha ritenuto di specificare chi sia il titolare delle situazioni che compongono il fondo. Quella stessa tradizione, tuttavia, si è manifestata in seguito nella giurisprudenza e ha prodotto gli effetti negativi che il lettore ormai conosce. Non è da escludere – e, anzi, appare probabile – che, se una tale scelta legislativa fosse stata fatta in Germania, gli stessi problemi interpretativi si sarebbero manifestati nella giurisprudenza e prima ancora nella dottrina tedesche. Con tale Paese, infatti, condividiamo non soltanto il dogma pocanzi richiamato, ma quella mentalità classificatrice e dunque quell'«ansia da imputazione» che sono tra le eredità metodologiche più importanti della pandettistica.

L'imputazione legislativa delle situazioni giuridiche, realizzata espressamente in Francia e Germania, è invece mancata all'Italia, in un contesto giuridico in cui il *trust*, essendo storicamente assente, non poteva correggere le ambiguità cagionate da tale tecnica normativa.

A tale proposito, poi, va notato come l'assenza del *trust* negli ordinamenti continentali non vada considerata una condanna irrevocabile, ma possa essere rimediata, come dimostrato in Germa-

---

<sup>52</sup> C. SCHMIES, *op. cit.*, 205.

<sup>53</sup> C. SCHMIES, *op. cit.*, 206.

<sup>54</sup> C. SCHMIES, *op. cit.*, 206.

nia, dall'introduzione di omologhi funzionali la cui operatività può essere generale o, più prudentemente, limitata a settori specifici della vita economica nazionale.

Credo ciò nondimeno che dal lavoro sin qui condotto sia emerso come il TUF già offra elementi sufficienti, sebbene scarni, per impostare un efficace meccanismo di investimento collettivo in cui le responsabilità siano efficientemente ripartite tra gli attori coinvolti.

### 7. Lussemburgo

La ricorrente distinzione tra organismo contrattuale e statutario è presente anche in Lussemburgo, avendosi i *fonds communs de placement*, le SICAV (*société d'investissement à capital variable*) e le SICAF (*société d'investissement à capital fixe*). La rilevanza comparatistica di questo Paese, nello studio che stiamo conducendo, è dovuta alla capacità di attrarre attività finanziarie a livello internazionale: «Luxembourg has gradually emerged as the EU's main investment funds domicile, starting off as a retail fund centre as of 1988»<sup>55</sup>.

La definizione dell'organismo contrattuale, sottoposto alla normativa lussemburghese in tanto in quanto sia gestito da una società avente sede in tale Stato, è offerta dall'art. 5 della legge del 17 dicembre 2010, recante la trasposizione della Direttiva UCITS:

est réputée fonds commun de placement pour l'application de la présente partie toute masse indivise de valeurs mobilières et/ou d'autres actifs financiers liquides mentionnés à l'article 41, paragraphe (1), composée et gérée selon le principe de la répartition des risques pour le compte de propriétaires indivis qui ne sont engagés que jusqu'à concurrence de leur mise et dont les droits sont représentés par des parts destinées au placement dans le public par une offre publique ou privée<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> G. DUSEMON, V. HÉMERY, M. MOULLA, *Luxembourg*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 313.

<sup>56</sup> C. KREMER, I. LEBBE, *Collective Investment Schemes in Luxembourg. Law and Practice*, Oxford, 2009, 46; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 71.

Si richiama, dunque, come nel diritto francese e a differenza di quello italiano, il concetto di comproprietà, così stabilendosi *expressis verbis* la titolarità delle situazioni giuridiche che compongono il fondo. Il richiamo allo schema della comproprietà, tuttavia, viene immediatamente disinnescato nella parte in cui impedirebbe il buon funzionamento dell'investimento collettivo, secondo una tecnica legislativa che parimenti abbiamo già incontrato nell'ordinamento francese. I partecipanti al fondo e i loro creditori non possono infatti pretendere la separazione della quota, né lo scioglimento del fondo; i diritti di voto sono attribuiti unicamente alla società di gestione; è esclusa la responsabilità illimitata dei partecipanti<sup>57</sup>.

L'ufficio di gestore e dunque i poteri/doveri di amministrazione e disposizione del fondo sono attribuiti alla società di gestione:

la société de gestion gère le fonds commun de placement en conformité avec le règlement de gestion et dans l'intérêt exclusif des porteurs de parts. Elle agit en son propre nom, tout en indiquant qu'elle agit pour le compte du fonds commun de placement. Elle exerce tous les droits attachés aux titres dont se compose le portefeuille du fonds commun de placement (art. 14).

L'art. 15 delinea invece i rapporti tra società e partecipanti, peraltro in modo molto simile a quanto avviene nell'ordinamento italiano, stante il rinvio alla posizione del mandatario a titolo oneroso: «la société de gestion doit exécuter ses obligations avec la diligence d'un mandataire salarié; elle répond, à l'égard des porteurs de parts, du préjudice résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations»<sup>58</sup>.

Parallelamente a quanto previsto dal TUF e in virtù della comune derivazione dal diritto dell'Unione, i titoli devono essere affidati alla custodia e alla sorveglianza di un depositario, terzo e indipendente. Interessante, e alquanto diversa dalla disciplina italiana, è la

<sup>57</sup> C. KREMER, I. LEBBE, *op. cit.*, 51.

<sup>58</sup> Si veda, ad esempio, C. KREMER, I. LEBBE, *Organismes de placement collectif et véhicules d'investissement apparentés en droit luxembourgeois*, Bruxelles, 2007.



dettagliata strutturazione dei rapporti tra depositario e partecipanti, prevista dall'art. 19:

le dépositaire est responsable, selon le droit luxembourgeois, à l'égard de la société de gestion et des porteurs de parts, de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution injustifiable ou de la mauvaise exécution de ses obligations. À l'égard des porteurs de parts, la responsabilité est mise en cause par l'intermédiaire de la société de gestion. Si la société de gestion n'agit pas, nonobstant sommation écrite d'un porteur de parts, dans un délai de trois mois à partir de cette sommation, ce porteur de parts peut mettre en cause directement la responsabilité du dépositaire.

All'interno del nostro sistema, invece, la soluzione a tali questioni può essere esclusivamente dedotta dall'interprete, come vedremo nel Capitolo VII<sup>59</sup>.

La dottrina lussemburghese ritiene che il fondo non abbia personalità giuridica, consistendo espressamente in una comunione tra partecipanti<sup>60</sup>. Ne segue che, nei rapporti con i terzi, la società di gestione compie atti giuridici in nome proprio e nell'interesse del fondo (art. 14). Ciò, tuttavia, rende il fondo assimilabile a una società. Nei rapporti tra società e investitori, invece, il fondo, non avendo una propria volontà e neppure un autonomo interesse, è trattato in tutto e per tutto come un mero patrimonio<sup>61</sup>.

Oltre alla SICAV e alla SICAF, che non presentano particolarità degne di rilievo ai nostri fini, occorre menzionare l'art. 89 della legge 17 settembre 2010, secondo cui, similmente a quanto avviene in Francia (§ 5) e a differenza dell'ordinamento italiano,

est réputé fonds commun de placement pour l'application de la présente partie toute masse indivise de valeurs composée et gérée selon le principe de la répartition des risques pour le

<sup>59</sup> § 4.

<sup>60</sup> G. DUSEMON, V. HÉMERY, M. MOULLA, *Luxembourg*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 320.

<sup>61</sup> C. KREMER, I. LEBBE, *op. cit.*, 51; F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 76.

compte de propriétaires indivis qui ne sont engagés que jusqu'à concurrence de leur mise et dont les droits sont représentés par des parts destinées au placement dans le public par une offre publique ou privé<sup>62</sup>.

Vige quindi un principio di atipicità delle forme che possono essere assunte dagli organismi contrattuali: «Luxembourg law has always permitted the creation of certain types of 'quasi-funds' in the form of non-regulated ordinary commercial companies [...]. It is thus appropriate to differentiate between unregulated and regulated AIFs [...].»<sup>63</sup>.

Un principio, quello di atipicità, opposto a quello che, in Italia, ha accresciuto la rilevanza dei profili strutturali agli occhi degli interpreti.

#### 8. *Conclusion: i problemi italiani nascono dal disallineamento tra tecnica legislativa e tradizione giuridica*

Rilevanti sono gli elementi comparatistici che affiorano da questa indagine e che offrono spunti preziosi per comprendere la difficile situazione italiana.

Affinché la legislazione in materia di investimento collettivo del risparmio possa funzionare efficientemente, ossia essere chiara e ripartire correttamente responsabilità e rischi, è necessario che l'ordinamento di volta in volta esaminato imputi ai *trustee* oppure, in mancanza, agli investitori o alla SGR, con opposti correttivi, le situazioni giuridiche dell'OICR.

Le incertezze teoriche e le aporie applicative sviluppatesi in Italia sono dovute all'assenza di questi elementi. Negli ordinamenti trattati, invece, la giurisprudenza e la dottrina non sono state impegnate in quel dibattito e hanno dunque potuto concentrarsi agevolmente sui profili applicativi<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi*, cit., 79.

<sup>63</sup> G. DUSEMON, V. HÉMERY, M. MOULLA, *Luxembourg*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 318.

<sup>64</sup> Per sincerarsene, il lettore potrà consultare le opere citate nelle note di questo Capitolo e verificare come anche nella giurisprudenza ivi menzionata sia

Dovremmo quindi attendere una riforma legislativa che importi il *trust* o modifichi l'art. 36 TUF introducendovi un'espressa imputazione del fondo agli investitori o alla società di gestione? La risposta è negativa.

Dallo studio sin qui condotto, infatti, emerge come la mancata imputazione legislativa delle situazioni giuridiche non costituisca, in sé e per sé considerata, un ostacolo all'efficiente applicazione del TUF. Il Testo Unico, secondo quanto abbiamo chiarito nel Capitolo IV, offre elementi sufficienti per descrivere sia la fisiologia, sia la patologia dei rapporti tra SGR, terzi e investitori. La mancata imputazione costituisce un ostacolo soltanto nel momento in cui è inserita in un contesto dottrinale e giurisprudenziale convinto della necessità dell'imputazione stessa. Soltanto in questo ambiente, infatti, la mancata indicazione legislativa di un titolare può ingenerare la tendenza a dibattere circa la sua identificazione e distrarre così l'attenzione dagli essenziali e autosufficienti elementi funzionali. Solo in tale contesto, infatti, l'imputazione è ritenuta imprescindibile per la soluzione di tutte le questioni giuridiche in cui il fondo stesso può essere coinvolto. Se, al contrario, si accorda finalmente priorità al diritto positivo e si pone un freno alla *hybris* dei dogmi teorici, i dilemmi pratici non solo possono venire risolti, ma lo saranno in modo efficiente.

Una riprova del fatto che il problema non sia eminentemente legislativo è fornita dallo sviluppo della giurisprudenza e della dottrina in materia. Come ricordato nel corso del Capitolo I<sup>65</sup>, la trascrizione a favore del e contro il fondo comune, teorizzata dal Consiglio di Stato e seguita dal Notariato, consente di separare bilateralmente il fondo stesso e di rendere facilmente esperibile la pubblicità immobiliare. La virata giurisprudenziale inaugurata dalla Corte di Cassazione nel 2010 ha invece vulnerato la corretta implementazione di entrambi gli aspetti della disciplina.

---

totalmente assente il dibattito sviluppatosi in Italia. La differenza emerge già chiaramente dal confronto tra i titoli di quelle stesse opere e quelli dei contributi dottrinali italiani.

<sup>65</sup> § 4 e § 5.

La critica da muovere al legislatore del TUF, pertanto, non è di aver omesso un particolare logicamente imprescindibile per la corretta interpretazione e applicazione della disciplina, ma di non avere tenuto conto del contesto culturale in cui il Testo Unico sarebbe stato recepito e inserito. Correlativamente, il merito dei legislatori statunitensi, britannici, francesi, tedeschi e lussemburghesi non è l'espressa imputazione del fondo in sé e per sé considerata, ma l'aver tenuto in considerazione le ricadute dell'interazione tra l'eventuale omissione di tale elemento e la cultura giuridica con cui essa sarebbe entrata in contatto. In tutti quei sistemi, infatti, la mancata imputazione delle situazioni giuridiche avrebbe sollevato gravi dubbi. Se il fondo non competesse ai *trustee* o, in Europa continentale, alla società o agli investitori, i dubbi applicativi che conosciamo si sarebbero potuti risolvere con la semplicità e la sicurezza che quegli ordinamenti possono attualmente vantare?

Credo che ciò costituisca una lezione che un buon legislatore dovrà tenere sempre a mente: prestare attenzione non soltanto alla coerenza interna del testo e a come esso interagirà con le disposizioni già in vigore, ma anche alla cultura della dottrina e della giurisprudenza a cui esso sarà affidato. Anche questi cd. formanti, infatti, fanno parte di quel complesso sistema di fattori che determina le puntuali soluzioni applicative future e quindi la direzione dell'intero ordinamento.

Si spiega dunque perché nei sistemi giuridici passati in rassegna non si siano avuti i problemi che ormai conosciamo. Ciò non è stato dovuto alla scelta di questa o quella tecnica legislativa, di questo o quell'istituto, ma all'allineamento tra la suddetta tecnica e l'ambiente culturale chiamato a recepirla. Nella *common law*, il ricorso al *trust* implica l'imputazione al *trustee*; nella *civil law*, mancando tale strumento, l'opportunità di un'esplicita ascrizione delle situazioni giuridiche, al fine di prevenire dubbi ricostruttivi, è parimenti pressante.

Quanto affiorato nel corso di questa indagine comparatistica conferma dunque che dobbiamo proseguire nella proposta di un'impostazione culturale diversa da quella ancora presente in vaste porzioni della magistratura, un ribaltamento di prospettiva che

non consenta alla dogmatica, per quanto utile all'interpretazione e alla sistematizzazione, di distorcere la legislazione. Una proposta con cui chiarire che ciò che conta, per l'operatività dei fondi italiani, sono i profili funzionali, consistenti nella distinzione tra poteri gestori e interessi gestiti, mentre il tema della soggettività giuridica, per quanto non possa essere completamente obliterato, va relegato in secondo piano. Ciò, naturalmente, non in virtù dei principi generali operanti ad esempio nel Regno Unito o in Germania, ma alla luce della primazia dell'approccio funzionale che caratterizza, secondo quanto detto nel capitolo IV, anche il TUF.

Questo non deve indurre a complessi di inferiorità rispetto alle culture giuridiche di quei Paesi. L'unica differenza che ci separa da essi è la tecnica legislativa. La cultura giuridica, invece, è, quanto ai principi generali in gioco nei fondi, la stessa. I giuristi francesi e tedeschi possono ancora crogiolarsi nel dogma della necessaria titolarità perché il diritto positivo glielo consente. Il TUF non ha invece concesso questa comodità ai giuristi italiani, i quali, son certo, non mancheranno alla loro vocazione storica di fare, di necessità, virtù.

## I PROFILI SOSTANZIALI DEI FONDI COMUNI

SOMMARIO: § 1. La centralità sistematica del rapporto tra la SGR e i partecipanti al fondo. – § 2. Le due possibili funzioni della SGR: promozione e gestione. – § 3. Segue: la natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la SGR di gestione. – § 4. Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti. – § 5. Le relazioni tra SGR, partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico. – § 6. I trasferimenti dei diritti nel fondo e dal fondo. La proprietà. – § 7. La sostituzione della SGR di gestione. Le deleghe di funzioni *ex art. 33 TUF*. – § 8. La trascrizione. La fusione dei fondi. I comparti. – § 9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi. – § 10. I diritti inclusi nel fondo. – § 11. La banca depositaria. – § 12. Note conclusive circa l'indipendenza della SGR e il credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c. – § 13. Il partecipante al fondo può rivestire la qualifica di *consumatore*.

### 1. *La centralità sistematica del rapporto tra la SGR e i partecipanti al fondo*

Nel tessuto normativo del Testo Unico della Finanza, il rapporto centrale è quello tra la SGR e i partecipanti. Poco è detto riguardo ai terzi (art. 36, comma 4, che concerne i soli creditori). Quanto al fondo, poi, si è dimostrato che esso consiste in un patrimonio primario.

A conferma della centralità sistematica del rapporto tra la società di gestione e i partecipanti, è sufficiente ricordare l'art. 1, lett. j) e k) TUF, secondo cui il fondo è un patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito in monte da un gestore, nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi (ciò che riecheggia nell'art. 36), secondo una politica d'investimento predeterminata da un regolamento (art. 37), l'adesione al quale comporta, in capo alla SGR,

l'assunzione degli obblighi e delle responsabilità del mandatario (art. 36)<sup>1</sup>. L'art. 35 *decies*, poi, stabilisce che

le SGR [...] a) operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli OICR gestiti, dei relativi partecipanti e dell'integrità del mercato; b) si organizzano in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti e, in situazioni di conflitto, agiscono in modo da assicurare comunque un equo trattamento degli OICR gestiti; [...] d) assicurano la parità di trattamento nei confronti di tutti i partecipanti a uno stesso OICR [...].

Il nucleo di questo fondamentale rapporto, il suo centro di gravità, è il fondo che, in quanto patrimonio primario, è sospeso a metà strada tra i due poli della gestione (SGR) e dell'interesse (investitori). La natura di patrimonio primario del fondo è funzionale proprio alla conservazione dell'equilibrio tra questi due poli, a evitare, cioè, che le situazioni giuridiche di cui si compone scivolino troppo verso la società, con lesione dell'*interesse* dei partecipanti, o troppo verso questi ultimi, con conseguente *vulnus* all'*indipendenza* della SGR e dunque alla sua efficienza gestionale e, in ultima istanza, al perseguimento dello stesso interesse degli investitori.

Nella costruzione del rapporto intercorrente tra società e partecipanti, pertanto, è necessario tenere presente la relazione tra funzione e struttura. Se è vero, infatti, che il perseguimento dell'interesse degli investitori è possibile solo se è loro interdetto di ingerirsi nel «governo tecnico del fondo»<sup>2</sup> – cosicché si potrebbe dire

---

<sup>1</sup> Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015, Titolo V.1.13, punto 4.2: «la partecipazione al fondo comune si realizza tramite sottoscrizione delle quote del fondo ovvero acquisto a qualsiasi titolo del certificato rappresentativo delle stesse». Come chiarito da S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 149, infatti, «l'investitore perfeziona la sua partecipazione al fondo tramite l'adesione al regolamento».

Sull'amministrazione delle SGR, M. STELLA RICHTER JR., *La governance delle società di gestione del risparmio*, in *Giur. comm.*, fasc.4, 2009, 670.

<sup>2</sup> L'indipendenza della SGR sembra soffrire di una deroga a causa dell'art. 37, comma 3 TUF, secondo cui «il regolamento dei fondi chiusi diversi dai

che i partecipanti debbano essere protetti da se stessi – è altrettanto chiaro che ciò non può escludere che essi dispongano di strumenti di tutela tali da garantire l'esecuzione dell'obbligo della SGR di agire diligentemente ed esclusivamente nel loro interesse<sup>3</sup>.

Occorrerà quindi trovare un punto di equilibrio tra questi due poli, così da evitare che i partecipanti possano impedire il funzionamento del fondo e che la SGR possa esercitare indisturbata i poteri di cui dispone, sviandoli dall'obiettivo cui devono sempre rimanere strumentali. Una sorta di sintesi tra democrazia e tecnica.

La costruzione dei profili sostanziali e processuali dovrà ispirarsi a questo criterio interpretativo.

## 2. *Le due possibili funzioni della SGR: promozione e gestione*

È necessario verificare, anzitutto, se le posizioni della SGR di promozione e di quella di gestione siano identiche<sup>4</sup>.

---

FIA riservati prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore». Come è facile notare, l'eccezione è soltanto apparente, giacché i partecipanti non possono ingerirsi nelle operazioni di gestione, ma soltanto deliberare la sostituzione con altro gestore, al fine, ovviamente, di mutare l'andamento della gestione medesima.

Una vera e propria deroga all'indipendenza della SGR era invece prevista dalla precedente formulazione dell'art. 37, comma 2 *bis* TUF, secondo cui doveva essere prevista, per i fondi chiusi, la possibilità per i partecipanti di riunirsi in assemblea al fine di adottare delibere vincolanti per la SGR in punto di: sua sostituzione; modifica della politica di investimento; richiesta di quotazione delle quote. Ne dà conto S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 149.

<sup>3</sup> Che questa sia una caratteristica centrale dell'intera architettura disciplinare del TUF in punto di OICR è testimoniato da F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., XVIII, nota 27, che richiama J.D. MORLEY, *The separation of funds and managers: a theory of investment fund structure and regulation*, in *Yale Law Journal*, vol. 123, 2014, 1233, il quale chiarisce come tale separazione vada vista positivamente, in quanto stabilita a favore degli stessi partecipanti.

<sup>4</sup> S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 145-146: «la SGR di promozione si occupa della gestione amministrativa dei rapporti con i partecipanti al fondo e predisporre, con le strutture del collocamento (proprie o di terzi), adeguati flussi informativi per garantire sicurezza e celerità nelle operazioni di investimento e disinvestimento richieste dai partecipanti. L'attività



L'attuale art. 36, comma 3 TUF sancisce che «la SGR che ha istituito il fondo o la società di gestione che è subentrata nella gestione agiscono in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti al fondo, assumendo verso questi ultimi gli obblighi e le responsabilità del mandatario».

È opportuno confrontare la disposizione appena citata con il previgente art. 36, comma 5 TUF: «la società promotrice e il gestore assumono solidamente verso i partecipanti al fondo gli obblighi e le responsabilità del mandatario». La dottrina riteneva che, alla luce di quella disposizione, non vi fosse alcuna limitazione di responsabilità della SGR di promozione e di quella di gestione nei confronti dei partecipanti al fondo<sup>5</sup>. La congiunzione “e”, che univa le due SGR, e ancor di più la previsione di una loro responsabilità solidale, dimostravano la correttezza di quell'interpretazione.

Il Legislatore, tuttavia – con l'introduzione dell'attuale art. 36, comma 3 TUF, avvenuta mediante l'art. 4, comma 6, D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 44 – ha compiuto una palese inversione di rotta: gli obblighi e le responsabilità delle due SGR non sono più solidali.

Nelle controversie con i partecipanti al fondo, pertanto, la *giusta parte* dipenderà da qual è l'oggetto processuale dedotto. Se quell'oggetto consiste nel risarcimento dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi inerenti ai flussi informativi, dovrà essere convenuta la SGR di promozione; qualora, invece, l'investitore si dolga delle scelte d'investimento o il terzo intenda aggredire beni inclusi nel fondo, dovrà essere citata in giudizio la società incaricata della gestione.

In ogni caso, il rapporto sostanziale tra i partecipanti e ciascuna SGR, sia essa di promozione o di gestione, ha natura contrattuale.

---

della SGR di gestione consiste principalmente nell'effettuare le scelte di investimento e disinvestimento per conto dei fondi gestiti [...].»

<sup>5</sup> S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 146: «la presenza di due figure [...] non comporta, nei confronti dei partecipanti, alcuna limitazione di responsabilità in favore di una delle due. L'art. 36, comma 5 [...] stabilisce, infatti, che entrambe le SGR assumono solidamente, verso i partecipanti al fondo, gli obblighi e le responsabilità del mandatario». Il comma 5 citato da questo contributo, tuttavia, ha un contenuto ora incluso nel comma 3 dell'art. 36, il quale, peraltro, non precisa più che la responsabilità delle due SGR è solidale.

Quel rapporto trae la propria origine dall'adesione al regolamento del fondo e dunque da un accordo a contenuto patrimoniale<sup>6</sup>.

L'adozione del modello organizzativo duale – ossia la distinzione tra promozione e gestione – e la sostituzione del gestore *ex art.* 37, comma 3 TUF<sup>7</sup>, se intervenute dopo l'adesione, comportano la successione nei contratti precedentemente intercorrenti tra la società e gli investitori limitatamente alle posizioni negoziali inerenti alla gestione stessa.

Da ciò si ricava anche che la SGR di promozione intrattiene rapporti giuridici sostanziali soltanto con la società di gestione e con i partecipanti al fondo, mentre i terzi entrano in contatto esclusivamente con la società di gestione.

Non è allora corretta l'impostazione della Corte di Cassazione<sup>8</sup>, la quale, dopo aver escluso l'ammissibilità di un patrimonio acefalo e aver ritenuto che la separazione patrimoniale è «la soluzione che meglio sembra rispondere alle esigenze sottese alla costituzione dei fondi comuni d'investimento e che trova più solidi agganci nella relativa disciplina», ha affermato che la titolarità formale dei beni permane in capo alla SGR che ha istituito il fondo, cosicché «ove la società promotrice non coincida col gestore, la suddetta titolarità formale, al pari della legittimazione anche processuale che ne consegue, spettano alla prima [...]».

Una volta sgombrato il campo dagli equivoci cagionati dai concetti di «titolarità formale» e «titolarità sostanziale», è possibile scorgere un qualcosa che dovrebbe essere lapalissiano, ossia che la società di promozione è titolare unicamente degli obblighi di promuovere il fondo e di curare le relazioni amministrative con i suoi parteci-

<sup>6</sup> Sulle diverse ricostruzioni di tale contratto: L. SEMINARA, *Natura dei fondi comuni d'investimento e responsabilità della SGR*, in nota a Tribunale di Milano, 11 febbraio 2015, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1115 ss.; ANNNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., 123 ss.

<sup>7</sup> L'art. 1, lett. q-bis, stabilisce che per «gestore» si intende «la SGR, la SICAV e la SICAF che gestiscono direttamente i propri patrimoni», cosicché la sostituzione, prevista dall'art. 37, può riguardare soltanto la SGR di gestione, non quella di promozione.

<sup>8</sup> Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit.

panti. La gestione del fondo e quindi la legittimazione sostanziale a disporre, al contrario, sono attribuite unicamente alla SGR di gestione, cosicché, come vedremo nel prossimo capitolo, soltanto quest'ultima è legittimata processuale nelle controversie con i terzi.

La SGR di promozione, infatti, non ha alcun rapporto sostanziale con i terzi stessi, né ha una legittimazione sostanziale che possa fungere da base a quella processuale riguardo alla gestione delle situazioni giuridiche incluse nel fondo comune di investimento.

Emerge in modo ancor più dirimente la pericolosità del linguaggio metaforico della Corte di Cassazione<sup>9</sup> e la necessità di abbandonarlo quanto prima per fare chiarezza e creare soluzioni pratiche efficienti e coerenti col diritto positivo.

### 3. *Segue: la natura del rapporto giuridico intercorrente tra i partecipanti e la SGR di gestione*

Alla luce della circostanza per cui la gestione è effettuata nell'interesse dei partecipanti, il rapporto sostanziale tra la società di gestione e questi ultimi potrebbe essere astrattamente inquadrato in diverse categorie: mandato con o senza rappresentanza, *fiducia cum creditore*, *fiducia cum amico*, fiducia germanistica, diritto di credito.

Deve subito escludersi che si tratti di un mandato con o senza rappresentanza.

La volontà del mandante e quella del rappresentato sono rilevanti per il mandatario (art. 1711 c.c.) e per il rappresentante (art. 1388 c.c.)<sup>10</sup>. La SGR, al contrario, è indipendente dai partecipanti al fondo. Sia nel mandato, sia nella rappresentanza, inoltre, la legittimazione sostanziale a disporre attribuita al *gestore* non sostituisce, ma si aggiunge a quella del *dominus*, che, pur con le dovute cautele,

<sup>9</sup> Viene alla mente il monito di F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 187, secondo cui, se le metafore «hanno reso dei servizi alla scienza, le hanno fatto correre dei pericoli se pure non le hanno cagionato dei guai».

<sup>10</sup> È vero che la procura conferisce la rappresentanza e non impone alcun obbligo di compimento degli atti, ma è altrettanto noto che essa fissa anche i poteri che possono essere esercitati dal rappresentante. Nel caso della SGR, invece, tali poteri non sono determinabili da parte dell'investitore.

può continuare a compiere atti di disposizione del diritto (artt. 1716, comma 2 e 1729 c.c.). Il potere di disposizione non spetta ai partecipanti, ma, *ex artt.* 1, lett k) e 36, comma 3 TUF, alla sola SGR.

Non depone in senso contrario l'espressa attribuzione legislativa alla SGR dei doveri e delle responsabilità del mandatario. Queste situazioni giuridiche non esauriscono infatti il rapporto di mandato<sup>11</sup>.

Si deve quindi escludere che il rapporto intercorrente tra i partecipanti al fondo e la società di gestione sia riconducibile al mandato e alla rappresentanza.

Né miglior sorte potrà avere il tentativo di qualificare quel rapporto in termini fiduciari<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> In questo senso già: C. GANDINI, *Gestione e responsabilità nei fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1989, 167 ss.; L. PICARDI, *Impresa e contratto nella gestione del risparmio*, Milano, 2004, 235; M. CAVANNA, *Fondi comuni di investimento e SICAV*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 2008, 37 ss.; P. MAGNO, *Mala gestio e profili di responsabilità del gestore patrimoniale*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, I, Torino, 2011, 931; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2014, 197; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014, 200.

*Contra* G. FERRI JR., *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 51 ss.

<sup>12</sup> Si dice *fiduciario* il negozio con cui un soggetto, detto *fiduciante*, si accorda con un altro soggetto, detto *fiduciario*, affinché il primo trasferisca la piena proprietà di un bene al secondo, il quale dovrà amministrarlo e restituirlo al fiduciante o trasferirlo a un terzo da lui indicato. Al riguardo: S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, 1 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970, 418; S. ROMANO, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980, 1267 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Ciciu e F. Messineo, proseguito da L. Mengoni, Milano, 1988, 421; V.M. TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Roma, 1990, 32 ss.; U. CARNEVALI, voce *Negozio giuridico*, III, *Negozio fiduciario*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990; AA.VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991; F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, in GALGANO, PECCENINI, FRANZONI, MEMMO, CAVALLO BORGIA, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1998, 9-10 e 30 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 711; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 982; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 179 ss.; E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 298 ss. e 315 ss.; L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2009, 200 ss.

Quanto alla *fiducia cum creditore*, essa è identificata da una funzione di garanzia del credito vantato dal fiduciario<sup>13</sup>, credito di cui non si rinviene traccia alcuna in capo alla SGR, eccezion fatta per il pagamento delle provvigioni (art. 37, comma 2, lett. g). Le provvigioni sono però corrispettive rispetto al servizio di gestione del fondo, ciò che ne esclude la funzione di garanzia.

La *fiducia cum amico* sembra configurabile poiché il suddetto trasferimento consente al gestore di disporre del diritto<sup>14</sup>. Considerando tuttavia che il diritto non è imputato alla SGR, ma costituisce

---

L'amministrazione cui è chiamato il fiduciario può essere *statica*, ove il bene da amministrare e trasferire è quello ricevuto, o *dinamica*, qualora il bene ricevuto possa essere alienato e reinvestito, trasferendosi poi il capitale così ricavato: F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 982.

Non bisogna confondere la fiducia (statica o dinamica) con l'amministrazione (statica o dinamica). Nella fiducia statica il bene appartiene già al fiduciario che, con il *pactum fiduciae*, si obbliga ad amministrarlo secondo le sue istruzioni; nella fiducia dinamica, invece, il bene viene trasferito dal fiduciante al fiduciario. F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 9-10, elenca alcune figure che consentono di attuare l'interposizione di persona, ossia «la frapposizione di uno schermo tra l'interessato e i terzi»: 1) interposizione fittizia statica, in cui si verifica una simulazione assoluta; 2) interposizione fittizia dinamica, che costituisce una simulazione soggettivamente relativa poiché l'interessato acquista un bene utilizzando il nome altrui in modo da celare ai terzi l'acquisto; 3) interposizione reale con contratto fiduciario, distinguendosi poi tra fiducia statica e dinamica; 4) interposizione reale mediante mandato senza rappresentanza.

<sup>13</sup> Nella *fiducia cum creditore* (o a scopo di garanzia), il mutuante viene garantito dalla proprietà di un bene che il debitore gli trasferisce. La *figura* pone ovviamente problemi in relazione al divieto del patto commissorio. V. gli Autori citati alla nota 12.

<sup>14</sup> L'esigenza che sta alla base di questo istituto è quella di nascondere ai terzi la proprietà di un bene che potrebbe essere aggredito o confiscato, affidandone la gestione a un altro soggetto: F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 35; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 712-713.

Storicamente, il bene era celato alla pubblica autorità: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 711: «al negozio fiduciario si è [...] fatto ricorso in tempi di persecuzioni politiche o religiose». Lo stesso fenomeno si è verificato in Inghilterra con l'elaborazione del *trust*, in particolare a partire dal regno di Enrico VIII, che vietò l'omologo funzionale precedente, ossia lo *use* – spesso sfruttato per sottrarre beni all'imposizione fiscale sempre più pressante in un

la componente di un distinto patrimonio primario, non è utilizzabile lo schema della cessione del diritto con effetti *erga omnes*, limitati funzionalmente, secondo il tradizionale inquadramento della *fiducia cum amico*, dal *pactum fiduciae*, efficace soltanto *inter partes*<sup>15</sup>, né il fenomeno può essere ricondotto alle più moderne spiegazioni del negozio fiduciario<sup>16</sup>.

---

periodo di ristrettezze erariali – ove non venissero imposti doveri al fiduciario (*Statute of uses* del 1535).

<sup>15</sup> Il contratto fiduciario è accostabile al negozio indiretto, in quanto, alla causa tipica del tipo negoziale prescelto (ad es. vendita), si aggiunge un ulteriore scopo, avuto di mira dalle parti e rispetto al quale l'amministrazione del bene è strumentale. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 711: «il negozio fiduciario è il negozio mediante il quale un soggetto [...] aliena un diritto per uno scopo ulteriore che l'alienatario [...] si obbliga a realizzare [...]».

F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 39, chiarisce che, nel negozio indiretto e «a differenza che nel contratto fiduciario, il diverso scopo risulta realizzabile in forza del solo contratto utilizzato, senza necessità di un separato patto che lo pieghi alla funzione voluta dalle parti»; l'analogia tra le due specie negoziali è poi suffragata dall'Autore considerando che entrambi incontrano il limite rappresentato dalla nullità contrattuale per frode alla Legge, di cui all'art. 1344 c.c.

L. SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 206 ss., sostenendo la tesi per cui la fiducia consiste, non in due negozi collegati, ma in un negozio unitario costitutivo di una proprietà fiduciaria, riconduce tale contratto al *genus* dei negozi indiretti.

La conferma di ciò si trae anche dalla disciplina applicabile alla violazione della fiducia e dunque all'alienazione del bene da parte del fiduciario ai terzi, verso i quali il fiduciante non vanta alcuna azione reale, potendo esclusivamente agire *ex art. 2043 c.c.* verso l'acquirente di mala fede per il risarcimento del danno conseguente alla cooperazione nell'inadempimento del contratto: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 713; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 983.

<sup>16</sup> L'inquadramento del negozio fiduciario è stato oggetto di discussione in dottrina, soprattutto a partire dalla dialettica tra Ascarelli e Santoro Passarelli: il primo sosteneva che il negozio fiduciario, al pari del negozio indiretto, mirasse alla realizzazione di uno scopo ulteriore rispetto a quello costituente la funzione economico-sociale del contratto; il secondo, pur ammettendo l'esistenza economica di tali fenomeni, negava che essi potessero dar luogo a una categoria giuridica, dato che lo scopo ulteriore, o si risolveva nella causa, o ne risultava escluso, consistendo in un mero motivo, in quanto tale irrilevante, salva l'ipotesi di illiceità bilaterale. Per questa discussione: T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930,

L'inclusione nel fondo, infatti, innesca automaticamente l'operatività della disciplina del Testo Unico, con conseguenze *erga omnes* che prescindono da specifici patti. Così, il fatto che i diritti debba-

---

462-477; F. SANTORO PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1931, 753 ss.

Le critiche di Santoro Passarelli, fondate su di un *tertium non datur* per cui non vi sono inquadramenti ulteriori rispetto alla funzione economico-sociale e al motivo, non reggono nell'attuale contesto dottrinale e giurisprudenziale in cui, accanto alla causa in astratto, si è teorizzata la cd. causa in concreto, definita quale funzione economico-individuale del negozio, funzione che appunto si aggiungerebbe a quella sociale, fondando così l'autonomia concettuale del negozio indiretto e di quello fiduciario. Difatti, F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 35, per identificare la *causa fiduciae*, afferma la necessità di fare riferimento alla distinzione tra causa in astratto e in concreto.

Messi da parte i dubbi sull'ammissibilità di tali categorie, la dottrina si è concentrata sulla struttura del negozio fiduciario.

La spiegazione tradizionalmente offerta è la seguente: vi sarebbe un contratto tipico, ad esempio una vendita, collegata a un *pactum fiduciae*, che limiterebbe *inter partes* i poteri insiti nel diritto trasferito con il primo negozio. Il contratto tipico a effetti reali, pertanto, sarebbe eccessivo rispetto allo scopo perseguito, cosicché, per mezzo del *pactum*, al quale sarebbe stretto da un collegamento negoziale, le parti ne ridurrebbero la portata in via obbligatoria entro i limiti delle esigenze che intendono soddisfare. L'opinione tradizionale è ricordata da: F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., II, 459; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 712; P. ZATTI, *Manuale*, cit., 611. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 315, riassume nei seguenti termini il problema posto dalla fiducia romanistica: «il problema sorge [...] dalla discrepanza tra potere e dovere del fiduciario (dovere corrispondente all'interesse del fiduciante), e mira ad attenuarla o a rimuoverla obbedendo all'esigenza di subordinare e adeguare il potere al dovere nell'esercizio del diritto».

F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 33-34, ricorda che questa concezione deriva direttamente dalla Pandettistica. Tra i primi sostenitori italiani di tale teoria vi è senza dubbio F. FERRARA SEN., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, 57 ss., che definiva il negozio fiduciario come quel contratto «che va oltre lo scopo delle parti [...], presta più conseguenze giuridiche che non sarebbe necessario per ottenere quel fine determinato».

In senso contrario si osserva che il mezzo non è eccessivo rispetto allo scopo, poiché quest'ultimo non potrebbe realizzarsi se non mediante l'attribuzione al fiduciario della titolarità del diritto reale: C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e delle sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista diritto commerciale*, 1936, I, 364; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 90; A. GENTILI, *Società*

no essere gestiti dalla SGR nell'esclusivo interesse dei partecipanti vale per qualsiasi terzo a prescindere da qualsivoglia forma di pubblicità<sup>17</sup>.

Ciò potrebbe indurre a sospettare la presenza di una fiducia germanistica<sup>18</sup>, secondo un'architettura già adottata dall'ordinamento

---

*fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, 72 ss. Nel caso di interposizione reale di persona, infatti, lo scopo del fiduciante, che è quello di non apparire quale proprietario del bene, è conseguibile solo trasferendo il diritto al fiduciario (F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 34-35).

Il compito di amministrare il bene, allora, non costituisce lo scopo del negozio fiduciario, ma un *minus*, un elemento accessorio rispetto ad esso, cosicché tale specie negoziale andrebbe definita come quel contratto con il quale le parti perseguono uno scopo diverso dalla causa del tipo adottato, avendo il patto fiduciario «la funzione di piegare il contratto prescelto alla realizzazione dello scopo perseguito» (F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 35).

È prevalso un diverso inquadramento. Ci si troverebbe di fronte a un negozio traslativo a causa esterna e costituente quindi l'esecuzione del patto fiduciario: F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 983. A dire di E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 316: «il complesso rapporto risulta normalmente dalla interferenza di un atto di disposizione per sé astratto e di un negozio obbligatorio causale, che assegna altresì al primo la causa giustificativa».

Come attestato da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 713, i dubbi sulla causa di tale patto, inerenti all'identificazione e alla *suffisance* di essa, sono superati da una giurisprudenza che ammette pacificamente la validità del negozio fiduciario.

<sup>17</sup> In questo senso, A. GALLARATI, *La trascrizione degli acquisti immobiliari perfezionati da SGR e Trustee per conto di fondi privati (o meno?) di soggettività giuridica. Soluzioni non univoche*, in *Dirittobancario.it*, 30, 2016, 4.

<sup>18</sup> Quella che abbiamo descritto sinora è la fiducia romanistica, caratterizzata dal trasferimento della proprietà, funzionale all'esecuzione di atti di amministrazione che discendono da un patto avente efficacia esclusivamente *inter partes*, la violazione del quale consente l'attivazione di rimedi esclusivamente personali: P. ZATTI, *Manuale*, cit., 611; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 983-984.

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 713-714, distingue, tra i terzi, gli aventi causa dal fiduciario e i creditori di lui. Ai primi il *pactum fiduciae* non potrebbe essere opposto in quanto *res inter alios acta*, mentre ai secondi, applicandosi analogicamente l'art. 1707 c.c., sarebbe opponibile ove risultante da atto di data certa anteriore al pignoramento oppure qualora, trattandosi di immobili, sia anteriore al pignoramento la trascrizione della domanda giudiziale *ex artt. 2932 e 2652*, n. 2 c.c.



italiano per le società fiduciarie<sup>19</sup>. A queste ultime è attribuita esclusivamente la legittimazione a disporre del diritto, mentre i poteri di

---

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 712, nota 64, sottolinea, infatti, che la possibilità di abuso ha distinto la fiducia di tipo romano.

Al contrario, nella tradizione germanica, al fiduciario, in vista dell'esecuzione dell'incarico di amministrazione, viene attribuita o una proprietà fiduciaria, ovvero sia un diritto reale che può esercitarsi nel solo interesse del fiduciante, oppure una proprietà ordinaria sottoposta a una condizione risolutiva in cui è dedotta la violazione dei doveri imposti al fiduciario: in ogni caso, non vi è alcuna eccedenza del mezzo rispetto allo scopo, dato che i poteri del fiduciario corrispondono agli scopi della complessiva operazione. In questo senso L. SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 204 ss.

<sup>19</sup> La fiducia germanistica è alla base della costruzione normativa delle società fiduciarie, di cui alla Legge 23 novembre 1939, n. 1966, il cui articolo 1 le definisce come di seguito: «sono società fiduciarie [...] quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni»

Sulle società fiduciarie: U. CARNEVALI, voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di Irti, I, 1980, 455; L. CORSINI, *Società fiduciarie e possesso azionario*, Milano, 1989; L. NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, 203 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 53; F. DI MAIO, *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995, 65 ss.; G. MERUZZI, *Intestazione a società fiduciarie di titoli azionari*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino, 1997, 89 ss.; G. MARICONDA, *Le obbligazioni della società fiduciaria*, in *Corriere giuridico*, 1997, 10, 1189; U. CARNEVALI, *Beni amministrati da società fiduciarie e separazione dei patrimoni*, in nota a Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contratti*, 1998, 23 ss.; F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 31-33; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 984.

L'inquadramento dell'intestazione dei beni della società fiduciaria nello schema della fiducia germanistica è tuttora prevalente e implica che i creditori della società non possano aggredire i titoli ad essa intestati per conto terzi e altresì che i fiducianti possano agire in rivendica contro gli aventi causa della società per recuperare i beni che la stessa abbia alienato in assenza del relativo mandato: F. DI MAIO, *Il contratto fiduciario*, 1979, 36 ss.; U. CARNEVALI, voce *Intestazione fiduciaria*, cit., 461 ss.

Questo orientamento è stato contestato da alcuni Autori: le normative rilevanti avrebbero natura fiscale e non potrebbero suffragare la ricostruzione civilistica prevalente che riconduce il rapporto tra fiduciante e società fiduciaria

godimento permangono in capo al fiduciante<sup>20</sup>. Proprio quest'ultima caratteristica, tuttavia, esclude la prospettabilità di una fiducia

---

al mandato senza rappresentanza. È stato infatti rimarcato che, a differenza di quanto accade col negozio fiduciario, la Legge prevede, in capo alla società di cui stiamo discorrendo, una proprietà fiduciaria: non vi sarebbe una duplicità di contratti funzionalmente collegati o dei quali l'uno costituirebbe l'esecuzione dell'altro, ma un unico contratto, costitutivo della proprietà fiduciaria in capo alla società. Non vi sarebbe dunque alcuno spazio per un mandato senza rappresentanza, giacché le modalità di amministrazione e gestione della cosa sarebbero regolate da un unico titolo, costitutivo di un diritto reale tipico e quindi analogo a quelli aventi efficacia costitutivo-derivativa dell'enfiteusi e della servitù *ex artt.* 957 e 1063 c.c. Per queste osservazioni: F. GALGANO, *Commento sub art. 1414*, cit., 38.

L. SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 205, sottolinea poi l'errore, in cui è incorsa molta dottrina italiana, con cui si è assimilata la fiducia germanistica, consistente nella costituzione di una proprietà fiduciaria o nel trasferimento di una proprietà risolubile, con un altro tipo di fiducia, pure conosciuta dall'ordinamento tedesco, integrata dal mandato senza rappresentanza, con cui si trasferisce la sola legittimazione negoziale.

Occorre infine ricordare che si è sviluppata una presunzione giurisprudenziale per la quale, stante l'estraneità di tale modello rispetto alla nostra tradizione giuridica, il trasferimento fiduciario di azioni fa presumere il trasferimento della proprietà, salvo che si dimostri l'intenzione di attribuire al fiduciario, mediante la sua immissione nel possesso dei titoli, la sola legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati in questi ultimi: F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 984, che cita Cass., sez. I, 16 novembre 2001, n. 14375, in *Giur. it.* 2002, 780. In senso conforme: Corte appello Milano, 3 luglio 1992, in *Vita not.* 1993, 1484; Cass., sez. II, 6 maggio 2005, n. 9402, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 5; Cass., sez. I, 10 aprile 2013, n. 8682, in *Giust. Civ. Mass.* 2013; Cass., sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

<sup>20</sup> La ricostruzione di Santoro, esposta alla nota 18, infatti, è contestata da quanti sostengono che, nella fiducia germanistica, al fiduciario sarebbe attribuita la mera legittimazione a disporre, cosicché il diritto reale permarrrebbe in capo al fiduciante: G. DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, VIII, 1992, 288 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 713 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 984.

L. SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 202 e 204, riferisce un'interessante tesi dottrinale tedesca – quella di R. SCHLESS, *Mittelbare Stellvertretung und Treuband*, Lipsia, 1931 – secondo cui anche l'acquisto del fiduciario di stampo romanistico potrebbe essere limitato con efficacia reale mediante l'apposizione di una

siffatta. I partecipanti al fondo, infatti, non possono continuare a godere dei diritti conferiti.

Non resta, dunque, che il diritto di credito<sup>21</sup>, concetto generale e perciò maggiormente adattabile a nuovi fenomeni, sebbene foriero di corollari meno precisi rispetto a quelli che discenderebbero dalle categorie sin qui escluse.

La tesi della sussistenza del diritto di credito, oltre che dall'esclusione delle *figurae* "concorrenti", è avvalorata dall'art. 36, comma 3, secondo cui la SGR incaricata della gestione assume, nei confronti dei partecipanti, gli obblighi e le responsabilità del mandatario. A questa situazione della società deve allora essere correlativa una situazione giuridica favorevole in capo agli investitori. Tale situazione soggettiva ha ad oggetto l'esecuzione di una prestazione ed è efficace *in personam*, cosicché integra un diritto di credito.

In senso contrario non si potrebbe sostenere che l'ufficio gestorio della SGR consiste in dei doveri, rispetto ai quali i partecipanti non vanterebbero alcun diritto soggettivo. Una tale interpretazione

---

condizione risolutiva, cosicché le due fiducie potrebbero essere ricondotte ad un unico istituto. Per un riavvicinamento delle due fiducie si era espresso, seppure in termini diversi, anche S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 226 ss. Egli riteneva che la distinzione tra fiducia germanistica e romanistica si fosse assottigliata in virtù dell'introduzione dell'art. 2932 c.c., cosicché, mentre nel modello germanistico il trasferimento della proprietà al fiduciante è automatico, in quella romanistica sarebbe ottenibile mediante il processo.

In ogni caso, quale che sia la ricostruzione della fiducia germanistica, non vi è alcuna eccedenza del mezzo rispetto allo scopo: i poteri del fiduciario corrispondono agli scopi della complessiva operazione. È questo l'inquadramento sostenuto da A. SCHULTZE, *Treubhandler*, Estratto dagli *Jhering's Jahrbucher für die dogmatik des bürgerlichen rechts*, XLIII, Jena, 1901, 10, richiamato da L. SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 204.

<sup>21</sup> La tesi del diritto di credito è quella più diffusa in dottrina, come attestato da S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 150.

Per la configurabilità di un diritto di credito si è espresso, tra l'altro, R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010, 204 ss., che, come chiarito dalla A. PAOLINI, *op. cit.*, 21, nota 31, ha utilizzato il termine *credito* in senso lato, intendendo riferirsi a un rapporto di partecipazione. Per la sussistenza di tale rapporto, si veda P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo*, cit., 751 ss.

farebbe della SGR un soggetto investito di una pubblica funzione, quasi al pari di un curatore fallimentare, non tenendo in considerazione né il fatto che la società agisce per il soddisfacimento di interessi privati (pur nel rispetto dell'interesse «dell'integrità del mercato»: art. 35 *decies* TUF), né la circostanza per cui la SGR assume gli obblighi e le responsabilità del mandatario «verso i partecipanti» (art. 36, comma 3 TUF).

4. *Gli oggetti delle due obbligazioni gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti*

Le obbligazioni intercorrenti tra la SGR e il partecipante al fondo sono due.

In primo luogo, dal punto di vista cronologico, vi è l'obbligo di *best execution*, per cui la SGR, nella gestione del fondo, deve agire nell'esclusivo interesse dei partecipanti (artt. 1, lett. j e k, 35 *decies*, 36 TUF: *duty of loyalty* e, più precisamente, *no conflict rule*), adottando una diligenza qualificata (art. 35 *decies*: *duty of care*)<sup>22</sup>, in modo da incrementare il più possibile il valore del fondo.

Vi è poi una seconda obbligazione: la liquidazione integrale della quota al singolo investitore.

Le due obbligazioni sono strutturalmente distinte, ma teleologicamente dipendenti, giacché l'adempimento della prima è strumentale all'esecuzione della seconda.

La relazione di strumentalità tra le obbligazioni non è una novità<sup>23</sup> e, anzi, da tempo solleva non poche perplessità, essendosi sviluppate tre teorie.

<sup>22</sup> La terminologia inglese è tratta dal diritto dei *trust*, di cui esporremo le analogie con i fondi, all'inizio del Capitolo VII.

A proposito delle regole citate: R. EDWARDS, N. STOCKWELL, *Trusts and equity*, Harlow, 2011, 369 ss.

<sup>23</sup> L'ipotesi, per antonomasia, è quella dell'art. 1177 c.c., secondo cui l'obbligo di consegnare una cosa determinata include anche quello, per l'appunto strumentale, di custodirla sino alla consegna. Su questo tema si veda, da ultimo: E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, 75-76.

Secondo una prima opinione, l'obbligazione strumentale non avrebbe alcuna rilevanza giuridica. A parere di altri Autori, invece, l'obbligo strumentale e dunque la fase preparatoria dell'adempimento non rilevarebbero quali obbligazioni autonome, bensì come criteri di valutazione della responsabilità dell'eventuale inadempimento dell'obbligazione principale (cd. fase finale). Una terza corrente ritiene infine che sussista un interesse creditorio autonomo in merito alla fase di preparazione, cosicché essa consisterebbe in una distinta obbligazione, di cui l'inadempimento e le conseguenti azioni giudiziali creditorie sarebbero possibili già prima dell'eventuale inadempimento dell'obbligazione principale<sup>24</sup>.

Ebbene, l'interesse degli investitori all'incremento del fondo, siccome distinto e cronologicamente anteriore a quello alla massimizzazione della propria quota, è previsto espressamente dall'art. 35 *decies*, lett. a) TUF, a norma del quale le SGR operano con diligenza, correttezza e trasparenza nel miglior interesse degli OICR gestiti e dei partecipanti. Già si è dimostrato che l'interesse dell'organismo d'investimento, in realtà, consiste nell'interesse della collettività dei partecipanti alla massimizzazione del valore globale del fondo, mentre l'interesse «dei [...] partecipanti» corrisponde a quello di ciascuno di essi, siccome contrapposto a quello degli altri<sup>25</sup>.

Poiché la discussione intorno all'autonoma rilevanza giuridica della fase preparatoria dell'adempimento s'incetra sulla sussistenza di un autonomo interesse (art. 1174 c.c.) del creditore alla corretta esecuzione di tale fase, e poiché quest'interesse, nel caso dei fondi comuni, è legislativamente previsto dall'art. 35 *decies*, allora la fase degli investimenti compiuti dalla SGR costituisce, per la società, un obbligo autonomo, rispetto al quale sussiste un distinto diritto di credito dei partecipanti.

L'interesse alla fase preparatoria, oltre a essere legislativamente contemplato, è poi imposto da un'ulteriore considerazione. Se,

---

<sup>24</sup> Di questi orientamenti dà conto C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 75-77.

<sup>25</sup> Capitolo IV, § 3.

secondo quanto giustamente affermato dal Tribunale di Milano<sup>26</sup>, una volta causato il danno al fondo non è possibile applicare la *compensatio lucri cum damno*, allora la lesione dell'interesse creditorio avviene già irrimediabilmente ed immediatamente a causa della *mala gestio*, senza che si debba attendere la liquidazione della quota<sup>27</sup>.

Se la SGR cagiona una diminuzione del valore del fondo violando il *duty of loyalty* o il *duty of care*, allora ogni singolo investitore, ancor prima della liquidazione della propria quota individuale, può convenire in giudizio la società al fine di sentirla condannare al risarcimento del danno in favore del fondo<sup>28</sup>.

### 5. *Le relazioni tra SGR, partecipanti e terzi, con brevi digressioni sul rapporto giuridico*

È nei rapporti tra la società di gestione e i terzi che si manifesta la gestione del fondo comune di investimento, attività che può compiersi mediante atti sostanziali e processuali.

<sup>26</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.

<sup>27</sup> In riferimento all'art. 1177 c.c., invece, si è potuto affermare che la violazione dell'obbligo di diligente custodia non integra un inadempimento ove la cosa venga poi comunque consegnata integra al creditore. Si veda ancora quanto riportato da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 75-77.

Nel caso dei fondi comuni, invece, una volta diminuito il valore del fondo, l'impossibilità di applicare la *compensatio* esclude che la consegna possa essere compiutamente eseguita.

<sup>28</sup> Si veda, all'interno di questo Capitolo, anche il successivo § 12.

In dottrina propendono per l'ammissibilità della sola azione individuale con cui il partecipante tutela esclusivamente il proprio diritto alla quota: R. COSTI, L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, Padova, 2004, 435; E. TONELLI, *Le società di gestione del risparmio*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di A. Patroni Griffi, M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 1999, 85 ss.; C. GANDINI, *Gestione e responsabilità nei fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1989, 181 ss.; P. SPOLAORE, *Gestione collettiva del risparmio e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2015, 1161 ss.

Ritengono ammissibile l'azione dei partecipanti a vantaggio del fondo: M. MIOLA, F. BRIOLINI, *Commento sub art. 36*, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, diretto da M. Campobasso, Torino, 2002, 325; E. SABATELLI, *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare. Contributo allo studio del d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 83*, Milano, 1995, 41 ss.

Rimandando la trattazione del processo al prossimo capitolo, occorre in questa sede chiarire quale sia la posizione della SGR nei rapporti con i terzi, e ciò sia riguardo all'attività negoziale e alla corrispondente responsabilità contrattuale, sia in merito alla responsabilità aquiliana.

La posizione dei terzi, nei confronti della SGR, non pone alcun problema che non sia già noto. I terzi, infatti, sono degli ordinari soggetti (persone fisiche, giuridiche, enti non riconosciuti), di modo che essi sono titolari di normali situazioni giuridiche soggettive.

Venendo all'attività negoziale della SGR, essa è parte dell'atto contrattuale, ma non del rapporto che ne scaturisce. La società, difatti, nell'esecuzione delle operazioni d'investimento e disinvestimento, conclude dei contratti «per conto del fondo» (art. 36, comma 4 TUF). Gli effetti di questi contratti si producono sulle situazioni giuridiche incluse nel fondo, costituendole, modificandole o estinguendole. Di conseguenza, se il termine *parti* è considerato sinonimo, non di *soggetti*, ma di *centri d'interess<sup>29</sup>*, il fondo, anche ove gli fossero negati i diritti della personalità e l'imputazione degli atti e dunque la qualifica di *soggetto*, sarebbe una *parte*. Vi possono quindi essere, oltre a parti plurisoggettive, anche parti non soggettive<sup>30</sup>. L'estendersi della *parte* oltre il *soggetto* si verificherebbe allora, oltre che nella trascrizione<sup>31</sup> e nel processo<sup>32</sup>, anche in ambito negoziale.

---

<sup>29</sup> La dottrina, infatti, riconosce quest'ultima definizione del termine *parte*, negandone pertanto la sinonimia con il soggetto di diritto. Tra gli altri: F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927, 11; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 839 ss., in particolare 855.

In senso contrario C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 54-55, il quale – pur dando atto della circostanza per cui il Codice del 1942 non ragiona più, al contrario di quello previgente, di «*persono*», ma di «*parti*» – afferma che, se si ha riguardo alla disciplina del contratto, deve rilevarsi che essa si riferisce ai soggetti, e non a un astratto centro di interessi (es. art. 1428 c.c.).

<sup>30</sup> P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, 359, individua un'ipotesi di parte contrattuale sostanziale non soggettiva nel nascituro, benché la giurisprudenza ivi richiamata, nell'ormai nota tendenza a imputare ogni situazione giuridica, riconosca al nascituro stesso una capacità giuridica speciale.

<sup>31</sup> Capitolo II, § 9.

<sup>32</sup> Capitolo III, § 13.

Il rapporto giuridico, come efficacemente detto, sussiste allora – quale che sia il concetto di *parte*<sup>33</sup> – tra i patrimoni<sup>34</sup>, mentre i soggetti e in generale i predicati cui quei patrimoni sono ascritti rilevano esclusivamente quali criteri per l'identificazione di questi.

Perché, allora, non spingersi persino oltre? Perché non dire che i rapporti corrono, non tra soggetti, e nemmeno tra patrimoni, ma semplicemente tra situazioni giuridiche, non necessariamente soggettivizzate<sup>35</sup>?

---

<sup>33</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 14, ha significativamente sostenuto che la «parte» di cui discorre il primo comma dell'art. 2659 c.c. ben possa corrispondere al fondo, benché la stessa Autrice non ne abbia affermato, e nemmeno escluso, la soggettività.

<sup>34</sup> G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 652 ss.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione*, cit., 97 ss.

<sup>35</sup> PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, *Commento sub artt. 1230-1259*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 400, afferma che i rapporti corrono tra situazioni giuridiche soggettive. Egli spiega in tal modo i diritti privi di titolare, evitando l'aporia cui dava luogo la tesi del rapporto giuridico unisoggettivo, elaborata da S. PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, 395, secondo il quale la mancata estinzione per confusione del credito dell'erede e del debito del *de cuius*, nonostante la loro comune imputazione all'erede medesimo, dipende dalla possibilità di ammettere un rapporto giuridico unisoggettivo, intercorrente tra diversi patrimoni, di cui il successore sarebbe titolare *ex art.* 490 c.c.

F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 458, rifacendosi all'insegnamento di G. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja - Branca*, cit., 339, spiega che «si parla al riguardo di rapporto unisoggettivo, ma dal punto di vista oggettivo e patrimoniale la situazione è del tutto identica a quella ordinaria quando parti del rapporto sono due soggetti diversi».

In merito alla natura dell'eredità beneficiata, v. ancora F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 459, il quale, richiamando U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, *L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, Milano, 1969, 137, ritiene che i creditori personali possano soddisfarsi sui beni ereditari solo al termine della liquidazione, quando i patrimoni si confondono, e purché residui un attivo. La preferenza dei creditori ereditari, allora, non dimostrerebbe né l'unicità del patrimonio, né il fatto che questo sia solo unilateralmente separato. Al contrario, la separazione sarebbe bilaterale in quanto, sino al compimento della liquidazione, i creditori personali non potrebbero aggredire esecutivamente quei beni.



L'affermazione per cui *i rapporti intercorrono tra i patrimoni*, infatti, suona immotivatamente indiretta. Se i patrimoni sono nient'altro che insiemi di situazioni giuridiche individuate da un comune predicato (es. imputazione al soggetto A), allora affermare che gli estremi dei rapporti sono i patrimoni stessi equivale a dire che il rapporto sussiste tra il credito A (*i.e.* componente del patrimonio A) e il debito B (*i.e.* componente del patrimonio B). Il rapporto indica sinteticamente la presenza di due situazioni, l'una attiva, l'altra

---

Un argomento a favore di questo inquadramento si ricava dall'art. 502, comma 3 c.c., secondo cui «i creditori e i legatari che non si sono presentati hanno azione contro l'erede solo nei limiti della somma che residua dopo il pagamento dei creditori e dei legatari collocati nello stato di graduazione». Se i creditori e i legatari che non si sono presentati, pur godendo della preferenza concessa dall'art. 490 c.c., possono essere soddisfatti soltanto dopo l'estinzione dei crediti di coloro che non sono rimasti inerti, allora *a fortiori* i creditori personali possono aggredire i beni dell'eredità solo una volta soddisfatti tutti i creditori ereditari e i legatari, essendosi allora conclusa la liquidazione e determinata la confusione dei patrimoni.

G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 288, nota 616, rinvia alla posizione, parzialmente difforme, di G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, Artt. 456-535, in *Commentario De Martino*, Roma, 1973, 287, secondo cui l'eredità beneficiata sarebbe connotata da un'autonomia patrimoniale imperfetta: «mentre [...] i creditori ereditari non possono concorrere con i creditori personali dell'accettante sul patrimonio personale di questi, viceversa i creditori personali sono posposti, ma non esclusi, nel concorso con i creditori ereditari sul patrimonio ereditario». Si avrebbe allora una separazione meramente unilaterale. La differente impostazione ha risvolti pratici importanti, dato che solo aderendo alla ricostruzione di Prestipino e Capozzi è ammissibile un intervento dei creditori personali dell'erede nell'esecuzione avviata dai creditori del *de cuius* sui beni ereditari.

Lo stesso G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 290, rimarca che la norma dell'art. 490, comma 2, n. 2 c.c. sia quella che contraddistingue la separazione patrimoniale e tiene a precisare che, in virtù del beneficio, l'erede non risponde dei crediti ereditari e dei legati semplicemente *intra vires hereditatis*, ma più significativamente *cum viribus hereditatis*. In altri termini, egli risponde, non con

passiva, in cui determinati eventi, che producono effetti giuridici sulla prima, devono incidere anche sulla seconda<sup>36</sup>.

L'errore alla base della pur utilissima idea per cui i rapporti corrono tra i patrimoni sta nel fatto di ritenere che il patrimonio (ad es. il fondo comune, il *trust fund* o i patrimoni *ex artt. 2645 ter* e *2447 bis ss. c.c.*), *contenga*, quasi fosse una scatola, delle situazioni giuridiche e sia, in quanto tale, distinto da esse. Al contrario, il patrimonio è quelle situazioni giuridiche, cosicché i rapporti corrono tra queste ultime.

Quando si istituisce un fondo comune di investimento, pertanto, non si crea una scatola che verrà riempita dagli atti di dotazione, ma si precostituisce un predicato, il quale indica un interesse dei

---

denaro eventualmente proprio entro il valore dei beni relitti, ma esclusivamente con questi ultimi.

G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 289, poi, ricorda che A. CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano, 1961, 110, nonché G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1977, 386 ss. hanno ritenuto che a seguito dell'accettazione beneficiata si verifichi comunque la confusione, cosicché i rapporti obbligatori non persistono e, piuttosto, ci si trova di fronte a un'«operazione contabile», che impone di tenere conto di quei precedenti rapporti per la liquidazione del *relictum*.

In questo senso anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, cit., 617, il quale trae questo inquadramento da due ragioni: l'erede non può essere creditore o debitore di se stesso; egli non può rappresentare l'eredità, giacché questa non è soggetto di diritto.

G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 289, attesta, infine, come a essere prevalsa sia l'opinione opposta, sostenuta da L.V. MOSCARINI, voce *Beneficio d'inventario*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 125, secondo cui l'eredità beneficiata costituisce un patrimonio separato.

<sup>36</sup> Nell'estinzione per confusione, il fatto che un credito e un debito confluiscono all'interno di un medesimo patrimonio equivale a dire che le due situazioni antitetiche hanno acquisito lo stesso predicato identificativo (es.: imputazione a Tizio), cosicché non sussiste più un conflitto d'interessi che ne giustifichi l'esistenza. Difatti, quando, *ex art. 490 c.c.*, le due situazioni pervengono, *iure hereditatis*, in capo al medesimo erede che abbia accettato con beneficio d'inventario, esse, ove connotate da due predicati diversi (imputazione del credito all'erede, destinazione del debito ai creditori ereditari), continuano a esistere, stante la persistenza del conflitto che le aveva originate.

Sulla rilevanza del conflitto d'interessi per l'esistenza stessa del rapporto giuridico: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 69.

beneficiari e la sottoposizione alla gestione in monte. È per questo che l'utilizzo dell'espressione *diritto incluso nel fondo*, di cui anche io mi sono reso (e continuerò a rendermi) colpevole, può essere accettato solo ove si tenga presente che si tratta di una metafora: la singola situazione giuridica non è un *contenuto* del patrimonio, ma una sua *componente*.

I conferimenti di beni nel fondo comune, realizzati dai partecipanti o dalla SGR, non comportano un trasferimento tra soggetti, ma un trasferimento tra patrimoni, ovvero, in virtù di quanto abbiamo appena detto, il cambiamento del predicato che identifica la situazione giuridica. Poiché le situazioni giuridiche sono identificate, secondo la teoria dell'identificazione delle azioni, non solo da oggetto e titolo, ma anche dalle *personae*, allora il mutamento del titolare non provoca un vero trasferimento, ma il mutamento del diritto. Il linguaggio metaforico usa dire, infatti, che il diritto rimane identico a se stesso nonostante il trasferimento da un soggetto a un altro: ciò è in palese contraddizione con la *triple identité* (*personae*, titolo e oggetto) su cui poggia l'identificazione dei diritti e delle azioni. Solo a-tecnicamente si può parlare di «successione nel diritto controverso»: la successione esiste, ma tra predicati dei diritti e quindi tra i diritti stessi<sup>37</sup>.

È certamente comoda la metafora per cui un diritto è trasferito da un soggetto a un altro come se si trattasse di una mela che passa da una mano all'altra, ma, mentre la mela, in questo passaggio, resta identica a se stessa essendo identificata dalla sola materia di cui si compone, le situazioni giuridiche, oltre che da *causa* e *petitum*, sono identificate da un predicato soggettivo o equipollente.

L'acquisto derivativo non si distingue da quello a titolo originario perché realizza un trasferimento, mancante in ambo le ipotesi, ma perché presuppone un determinato predicato precedente. Questo presupposto fa sì che il diritto successivo sia dipendente da quello precedente secondo le due note regole che governano gli acquisti derivativi (*nemo plus iuris; resolutio iure dantis*).

---

<sup>37</sup> Ne vedremo le implicazioni processualistiche nel Capitolo VII, Sezione II, § 7.

### 6. I trasferimenti dei diritti nel fondo e dal fondo. La proprietà

Secondo un orientamento dottrinale, quale che sia il meccanismo pubblicitario prescelto<sup>38</sup>, l'apporto nel fondo sarebbe costituito da un negozio a efficacia reale anomala, giacché non provocherebbe un trasferimento della proprietà in favore del fondo, ma la cessazione dell'applicabilità della disciplina della proprietà, «sostituita da una disciplina nella quale il bene è nel suo valore strumentale allo svolgimento di un'attività di gestione diretta ad un risultato nell'interesse dei partecipanti»<sup>39</sup>. L'autonomia del patrimonio sarebbe la conseguenza della *funzionalità dell'agire*<sup>40</sup>: è l'attività, e non l'apporto, a predisporre i beni nell'interesse dei partecipanti<sup>41</sup>. La pubblicità, pertanto, dovrebbe essere ancorata, non a un inesistente soggetto titolare del fondo, ma alla funzione della gestione che rende autonomo il fondo stesso<sup>42</sup>. Invece di ricercare un soggetto di diritto, la cui definizione manca nell'ordinamento, ci si dovrebbe affidare soltanto alle disposizioni del Testo Unico. Sulla base dei dati positivi, bisognerebbe allora riconoscere che, all'interno dei fondi comuni, non sussiste un diritto di proprietà e che la situazione giuridica che ne prende il posto non potrebbe essere imputata alla SGR.

L'idea va nella giusta direzione di eliminare le cristallizzazioni e utilizzare, invece che argomenti strutturali, un metodo funzionale, volto alla realizzazione degli scopi imposti dal Testo Unico della Finanza.

Secondo la citata dottrina, all'interno del fondo non esiste un diritto di proprietà *ex art. 832 c.c.* e quindi nemmeno un autentico diritto di credito: per entrambe le situazioni, infatti, godimento,

---

<sup>38</sup> Abbiamo visto, nel corso del Capitolo I, che si fronteggiano due orientamenti principali. Secondo quello di legittimità, la trascrizione andrebbe effettuata a favore della SGR con annotazione a favore del fondo. Secondo la dottrina maggioritaria e la prassi notarile, invece, la trascrizione andrebbe operata a favore del fondo, con annotazione a favore della SGR.

<sup>39</sup> P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo*, cit., 755.

<sup>40</sup> P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio*, cit., 847.

<sup>41</sup> R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

<sup>42</sup> B. LIBONATI,  *Holding*, cit., 538; R. COLAIORI, *La destinazione intrasoggettiva*, cit.

disposizione e responsabilità sono separati. Gli atti di disposizione possono essere compiuti efficacemente dalla sola SGR; i partecipanti possono far propri i frutti dei beni per il tramite della liquidazione della loro quota; la responsabilità, inoltre, grava soltanto sul fondo<sup>43</sup>.

L'argomentazione è condivisibile se si intende adottare il linguaggio dinamico. Tuttavia, da un punto di vista metodologico, appare conveniente, secondo quanto si è detto<sup>44</sup>, utilizzare il linguaggio statico.

In quest'ottica, viene da chiedersi: se davvero la proprietà non esistesse, la SGR che cosa gestirebbe? Che cosa negozierebbe? In che cosa investirebbe o disinvestirebbe?

Se alla SGR è demandato un ufficio gestorio, allora essa deve poter acquistare dai terzi e cedere a costoro delle situazioni giuridiche ordinarie, come un diritto di proprietà pienamente conforme all'art. 832 c.c.

Di conseguenza, il diritto conferito nel fondo resta, in termini statici, un ordinario diritto di proprietà. Dal punto di vista dinamico, invece, diverso essendo il prisma (non più persona fisica, ma fondo comune), le situazioni giuridiche elementari cambieranno profondamente, essendo distribuite tra diversi soggetti. Ciò, però, non è una novità. Lo stesso fenomeno accade per gli acquisti della proprietà da parte delle società, la cui organizzazione fa sì che i profili dinamici del diritto siano alquanto diversi da quelli inerenti al proprietario-persona fisica. Non si può, ciò nonostante, negare che, in termini statici, il diritto acquisito dalla società debba comunque definirsi *proprietà*.

A quanto ho appena affermato potrebbe replicarsi che la proprietà priva di un titolare, ammesso che il fondo non sia un sogget-

---

<sup>43</sup> In realtà, l'idea per cui non vi sarebbe un'autentica proprietà all'interno del fondo in conseguenza della scissione della responsabilità dal godimento e dalla disposizione sconta il seguente errore: la responsabilità patrimoniale, ovvero l'assoggettabilità all'azione esecutiva dei creditori, non è, *ex art. 832 c.c.*, una componente della proprietà, ma, *ex art. 2740 c.c.*, integra un *quid* estrinseco che soltanto il più delle volte si accompagna alla proprietà. I casi d'impignorabilità, infatti, pur escludendo la responsabilità patrimoniale, non stravolgono la proprietà.

<sup>44</sup> V. Capitolo III, § 11.

to, non sia un'autentica proprietà, ma al più un diritto reale atipico, un diritto inesistente, o un transitorio regime legale del bene.

In senso contrario devo ricordare che il nucleo della proprietà, secondo la stessa tradizione, è negativo, consistendo nello *ius excludendi alios* e dunque nell'impossibilità, per chi non sia proprietario, di godere e disporre della cosa in modo pieno e assoluto.

La proprietà non è solo il diritto di escludere gli altri dal godimento e dalla disponibilità della cosa, ma, anzitutto, è la diretta esclusione degli altri. Lo *ius excludendi alios*, infatti, è un mero corollario della natura "negativa" della proprietà, la quale consiste, in primo luogo, nell'esclusione *ex lege* (art. 832 c.c.) di qualsiasi soggetto, che non ne sia titolare, da quel godimento e da quella disposizione. In altre parole, affermare che sussiste una proprietà significa dire, non che Tizio (titolare) ha il diritto di godere e disporre della cosa (ciò che non escluderebbe la presenza di comproprietari), quanto che nessuno, tranne Tizio, ha il diritto di godere e disporre<sup>45</sup>.

L'essenza della proprietà risiede pertanto nell'esclusione dei poteri di godimento e disposizione in capo a tutti coloro che non ne siano titolari. La proprietà, in questa sua versione negativa, è pienamente compatibile con una proprietà acefala, relativamente alla quale, non essendovi un titolare, nessuno può accampare il diritto di godere e disporre della cosa. Pertanto, la proprietà acefala non è atipica.

Né si può scegliere l'unica opzione alternativa alla tipicità o atipicità di una siffatta proprietà (o di uno *ius in re aliena*), ossia l'inesistenza del diritto reale in conseguenza della sua presunta acefalia. Se così fosse, infatti, i beni dell'eredità vacante, come pure quelli

---

<sup>45</sup> Gli atti di disposizione della proprietà, compiuti dal terzo, infatti, sarebbero, anche se realizzati *insciente domino*, inefficaci. Il reato della violazione di domicilio, inoltre, si configura anche quando il proprietario non ne è consapevole.

Scrivono C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, 20: «la nozione tradizionale del diritto soggettivo quale signoria della volontà è [...] certamente superata perché la volontà non risulta essere elemento integrante delle varie situazioni tipicamente qualificate come diritti soggettivi. Il proprietario, ad es., è titolare di una posizione che prescinde dalla sua volontà: l'interesse del proprietario al godimento del bene è già soddisfatto e protetto per legge dal diritto di proprietà senza che occorra alcun atto di volontà».

del fondo comune, non sarebbero oggetto di alcuna proprietà e sarebbero liberamente occupabili, il che non è.

Si potrebbe anche immaginare che l'indisponibilità e l'impossibilità di godimento (dalla quale consegue la non occupabilità) siano la conseguenza di un regime legale che nulla ha a che fare con la proprietà. Ma a ciò sarebbe facile replicare – ricordando la versione negativa della proprietà – che l'impossibilità di disporre del bene e di goderne, stabilita *erga omnes*, corrisponde esattamente alla nozione di «proprietà».

Insomma, «noi troviamo che la proprietà, più che una pretesa ad avere qualcosa da qualcuno, è semplicemente un dovere di tutti, di tutti fuorché di uno, a non fare nulla che turbi il godimento di quell'uno»<sup>46</sup>. Quell'uno, in ottica statica e, quanto all'eredità vacante, persino in prospettiva dinamica, può anche non esistere.

### 7. La sostituzione della SGR di gestione. Le deleghe di funzioni ex art. 33 TUF

A norma dell'art. 37, 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. L'assemblea è convocata dal consiglio di amministrazione della società di gestione anche su richiesta dei partecipanti che rappresentano almeno il 5 per cento del valore delle quote in circolazione e le deliberazioni sono approvate con il voto favorevole della maggioranza assoluta delle quote degli intervenuti all'assemblea. Il *quorum* deliberativo non può in ogni caso essere inferiore al 10 per cento del valore di tutte le quote in circolazione.

Questo limitatissimo spazio decisionale si spiega in virtù dell'indipendenza assicurata alla società dagli artt. 1 lett. k) e 36, comma 3 TUF. L'assemblea, pertanto, non può ingerirsi in alcun modo nella gestione operativa<sup>47</sup> dei fondi, né con atti sostanziali, né con atti

<sup>46</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., 178.

<sup>47</sup> Sulla possibilità per i partecipanti di ingerirsi nella gestione non operativa (es. strategica) del fondo, v. Capitolo I, § 2.

processuali. Preme poi notare che il potere di sostituzione sussiste per i soli partecipanti ai fondi *chiusi*, diversi dai FIA riservati, quasi come bilanciamento dell'impossibilità di ottenere la liquidazione della quota prima del termine stabilito dal regolamento.

Sull'atto deliberativo in sé non sembra che sorgano dubbi. Più complessa è invece la questione degli effetti di quella deliberazione.

Il regolamento della Banca d'Italia del 19 gennaio 2015 (Titolo V.1.13, punto 4.1.1) stabilisce che

il regolamento definisce le ipotesi di sostituzione del gestore e le procedure da seguire, in modo da evitare soluzioni di continuità nello svolgimento dei compiti agli stessi attribuiti. A tale fine, il testo regolamentare prevede che l'efficacia della sostituzione è sospesa sino a che un'altra SGR non sia subentrata nello svolgimento delle funzioni svolte dalla società sostituita.

La medesima normativa secondaria (Allegato V.1.1, Schema di regolamento semplificato, Sezione C, punto III), stabilisce inoltre che

la sostituzione della SGR può avvenire per impossibilità sopravvenuta della SGR a svolgere la sua attività ovvero per decisione assunta dalla stessa SGR di dismettere le proprie funzioni. La sostituzione può essere effettuata solo previa modifica del regolamento approvata dalla Banca d'Italia e avviene con modalità tali da evitare soluzioni di continuità nell'operatività del Fondo.

La disciplina secondaria, quindi, attribuisce un valore fondamentale alla continuità, non della titolarità delle situazioni giuridiche, ma della loro gestione. Per i partecipanti, il fondo comune non integra un patrimonio statico *ex art. 2740 c.c.*, ma un patrimonio dinamico<sup>48</sup>: è fondamentale che esso sia gestito, non che esso sia imputato.

Ricordata la laconica normativa primaria e secondaria in materia, resta da comprendere quale sia l'effetto prodotto dalla delibera-

<sup>48</sup> A. JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico"*, cit., 1253 ss., distingue tra creditori statici, di cui discorre l'art. 2740 c.c., e dinamici, per i quali il patrimonio non vale quale garanzia dei propri crediti, ma quale bene produttivo e dunque quale oggetto della propria partecipazione al rischio d'impresa.



zione dell'assemblea dei partecipanti. Si direbbe che la risposta sia quasi lapalissiana: la sostituzione del gestore precedente con una nuova società. Ma che cosa si intende per *sostituzione*?

La risposta – che sinora, come visto nel corso del Capitolo I, è stata tormentata – può essere offerta sfruttando le conclusioni cui sono giunto in merito alla natura dei fondi comuni e alla qualificazione giuridica dei due rapporti obbligatori intercorrenti tra la società di gestione e i partecipanti.

Poiché il fondo comune è un patrimonio primario, la sostituzione della società non dà luogo a un fenomeno traslativo dei diritti in esso inclusi. Ciò che muta è la titolarità dell'ufficio gestorio, ossia la titolarità dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità di cui all'art. 36, comma 3 TUF<sup>49</sup>.

A prima vista, questa vicenda non sembra integrare una cessione dei contratti che corrono tra la società di gestione e i partecipanti. Non vi sarebbe, infatti, una parte che sostituisce un'altra *a se stessa ex art. 1406 c.c.*, ma una parte (gli investitori) che sostituisce, mediante la deliberazione assembleare, la propria controparte (società sostituita) con un'altra (società sostituta).

Resta ferma, invece, la posizione di parte della SGR di promozione nel diverso rapporto contrattuale intercorrente tra quest'ultima e gli stessi partecipanti. L'art. 37, infatti, non discorre genericamente della sostituzione della SGR – ciò che potrebbe ricomprendere anche la società di promozione – ma soltanto della sostituzione «del gestore».

Non si ha neppure una successione nelle singole posizioni di debito e credito mediante, rispettivamente, degli accolti e delle cessioni *ex art. 1260 c.c.* L'art. 37, infatti, ragiona di sostituzione «del gestore», così riferendosi alla complessiva posizione di parte contrattuale.

La sostituzione della SGR non è neppure riconducibile alla sostituzione del mandatario prevista dall'art. 1717 c.c., che, come

---

<sup>49</sup> La dottrina prevalente è conforme: A. LENER, *Le società di gestione del risparmio nel regolamento Consob di attuazione del TUF*, in *Società*, 1998, 1121 ss.; M. MIOLA, *La gestione collettiva nel TUF: profili organizzativi*, in *BBTC*, 2001, I, 312; A. PAOLINI, *op. cit.*, 8-9.

noto, non prevede una cessione del contratto, ma un subcontratto, con azione diretta del mandante nei confronti del sostituto<sup>50</sup>.

Per la riconducibilità all'art. 1717 non è infatti dirimente il disposto dell'art. 36, comma 3 TUF, secondo cui la SGR assume, nei confronti dei partecipanti, gli obblighi e le responsabilità del mandatario. Si è già dimostrato<sup>51</sup> che il rapporto contrattuale che corre tra questi soggetti non è un mandato, ostandovi l'indipendenza che il Testo Unico assicura alla società di gestione. L'applicazione diretta dell'art. 1717 è dunque fuori luogo.

Nemmeno l'applicazione analogica del citato art. 1717 c.c. è prospettabile.

L'inquadramento in termini di subcontratto della fattispecie dell'art. 1717, infatti, discende dalla circostanza per cui il mandatario originario rimane parte del contratto, cosicché non si verifica una sua uscita dal rapporto e una conseguente successione a titolo particolare nella posizione di parte contrattuale<sup>52</sup>. Tale impostazione è confermata da diversi elementi. Il primo comma dell'art. 1717 parla di sostituzione, non nel contratto, ma nella sua esecuzione. Il secondo e il terzo comma, inoltre, prevedo-

---

<sup>50</sup> In questo senso: E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 578; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 728 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1179.

Per il ricorrere di un contratto a favore di terzi: G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1957, 62; R. DE LUCA, M. COGLIANDRO, M. D'AURIA, T. RONZA, *Dei singoli contratti*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di G. Capozzi*, II, Milano, 2001, 115; P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, cit., 425.

Contro la qualificazione del subcontratto quale contratto a favore di terzi si è espresso F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1044, il quale ha fatto notare che i due contraenti non hanno per scopo quello di favorire il terzo. L'Autore, al pari di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 730, critica anche la teoria – sostenuta da R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Commentario Schlesinger al Codice civile*, 2004, 77 – del collegamento negoziale, di cui fa difetto il presupposto della strumentalità di differenti negozi alla realizzazione di un programma unitario.

<sup>51</sup> Si veda, all'interno di questo Capitolo, il § 3.

<sup>52</sup> Che sia questo il *discrimen* tra cessione e subcontratto è confermato da: BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 729; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1043; P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, cit., 424-426.

no delle responsabilità automatiche del mandatario originario per l'inadempimento degli obblighi da parte del subentrante, mentre l'art. 1410, in tema di cessione del contratto, stabilisce l'automatica liberazione del cedente, salvo patto contrario. L'ultimo comma dell'art. 1717 c.c., infine, sancisce un'azione «*diretta*» del mandante nei confronti del sostituto, cosa che, più di ogni altra, implica la sussistenza di un subcontratto (come nell'art. 1595 c.c.) ed esclude, in quanto incompatibile, la presenza di una cessione del contratto *ex artt.* 1406 ss. c.c.<sup>53</sup>.

La scarsa disciplina della sostituzione del gestore, al contrario, nulla dice intorno a un'azione diretta degli investitori nei confronti della SGR subentrante. In secondo luogo, il regolamento di Bankitalia del 19 gennaio 2015 afferma che il regolamento del fondo stabilisce le procedure da seguire per evitare «soluzioni di continuità» nella gestione del fondo. A tal fine, infatti, il regolamento del fondo deve prevedere che l'efficacia della sostituzione è sospesa sino al subentro nello svolgimento delle funzioni. La sostituzione, inoltre, è riferita, sia dal TUF, sia dal regolamento di Bankitalia, all'ufficio di gestore, non alla sua esecuzione.

Non si ha quindi un subcontratto, ma la successione nella posizione di parte contrattuale.

A riprova di tutto ciò, sta una considerazione sistematica: l'indipendenza della SGR è stabilita principalmente con riguardo ai partecipanti, ma non esclusivamente nei loro confronti<sup>54</sup>. L'indi-

---

<sup>53</sup> La previsione dell'azione diretta è considerata la prova definitiva di un'ipotesi di subcontratto e quindi dell'esclusione della cessione. In quest'ultima, infatti, non avrebbe alcun senso prevedere un'azione diretta, giacché l'esperibilità di un'azione nei confronti del subentrante discenderebbe automaticamente dal suo subentro nel rapporto contrattuale. In questo senso, v. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1044: «sul piano concretamente disciplinare, l'unica regola desumibile dal codice civile è l'azione diretta che al titolare della posizione attiva del contratto base spetta nei confronti del titolare della posizione passiva del subcontratto».

<sup>54</sup> L'indipendenza dagli investitori è sancita dall'art. 1 lett. k), mentre l'art. 36, comma 3 TUF prescrive che la SGR di gestione agisca in modo indipendente, senza specificare rispetto a chi debba sussistere tale autonomia.

pendenza, infatti, è strumentale all'efficienza del mercato dei fondi comuni, che sarebbe vulnerata irrimediabilmente se nella gestione potessero ingerirsi più soggetti, siano essi degli investitori o altre società di gestione. Ne sarebbe compromessa l'«unità del comando» sul fondo.

La sostituzione della SGR di gestione realizza pertanto una sostituzione della parte contrattuale.

Si potrebbe tuttavia addurre la distinzione, all'interno dell'ufficio gestorio, tra il potere di disporre e l'obbligo di disporre. La sostituzione, allora, riguarderebbe soltanto il potere, mentre l'obbligo di disporre dei diritti inclusi nel fondo, sussistente nei confronti dei partecipanti, permanerebbe in capo alla SGR originaria. Si costituirebbe, così, un nuovo obbligo, in capo alla subentrante, di gestire il fondo, ma tale rapporto obbligatorio correrebbe soltanto tra le due SGR. La legittimazione a disporre sarebbe perciò conferita a una nuova SGR, senza che la precedente esca dal contratto con gli investitori. Non si avrebbe, allora, una sostituzione della parte contrattuale, bensì un subcontratto, analogo a quello dell'art. 1717 c.c., con un'architettura che consentirebbe di conservare l'unità del comando sul fondo.

La spiegazione, in sé ragionevole, è, però, priva di supporto normativo. La prova della sussistenza di un subcontratto e, quindi, dell'assenza di una sostituzione della parte contrattuale, deriva dalla previsione normativa di un'azione diretta. Tale previsione manca del tutto.

Si confronti inoltre la disciplina della sostituzione del gestore con quella concernente la delega di specifiche funzioni.

L'art. 33, comma 4 TUF, prevede che

le SGR, le SICAV e le SICAF possono delegare a soggetti terzi specifiche funzioni inerenti alla prestazione dei servizi di cui al presente capo. La delega è effettuata con modalità tali da evitare lo svuotamento di attività della società stessa ed è esercitata nel rispetto delle disposizioni in materia di esternalizzazione di funzioni previste in attuazione dell'articolo 6, comma 1, lettera c-*bis*, numero 8), e comma 2-*bis*, ferma restando la

responsabilità della SGR, della SICAV e della SICAF nei confronti degli investitori per l'operato dei soggetti delegati.

Il contratto con il quale la SGR conferisce l'incarico al delegato è inoltre disciplinato dal Regolamento congiunto di Bankitalia e CONSOB del 29 ottobre 2007. Dalla normativa primaria e secondaria si ricava che la delega comporta un diverso regime di responsabilità del delegato rispetto ai partecipanti. Il delegato assume infatti obblighi e responsabilità esclusivamente nei confronti della società delegante, la quale resta l'unica responsabile dell'operato nei confronti degli investitori<sup>55</sup>. A differenza della suddivisione dei compiti tra la società di promozione e la società di gestione, inoltre, le deleghe di gestione concernono soltanto specifiche scelte di investimento e possono essere affidate, oltre che alle SGR, anche agli intermediari autorizzati alla gestione di portafogli individuali.

Le differenze disciplinari rispetto alla sostituzione sono allora relevantissime: soltanto nell'art. 33 si discorre di «delega» e soltanto qui si prevede che resti ferma la responsabilità del delegante per le operazioni compiute dal delegato, analogamente a quanto previsto dall'art. 1717, commi 1 e 2 c.c.

Nel caso della sostituzione *ex art.* 37 TUF, invece, il conferimento dell'incarico a una nuova SGR non realizza una delega.

Esclusa questa possibilità, la sostituzione può provocare una pluralità di mandati o la revoca del precedente mandato. Poiché la prima ipotesi spezzerebbe l'unità del comando sul fondo, allora non resterebbe che intendere la sostituzione come composta da due negozi: la revoca dell'ufficio gestorio della precedente SGR; il conferimento di quel medesimo ufficio a una nuova società.

Ciò esclude che si verifichi quanto abbiamo sinora immaginato, ossia una successione a titolo particolare e *inter vivos* nella posizione di gestore del fondo. Se vi è, in forza di una delibera dei partecipanti, una revoca del mandato e poi un suo conferimento a una nuova SGR, allora non c'è alcun trasferimento dell'ufficio da una società all'altra.

---

<sup>55</sup> S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 147.

La soluzione del dilemma dipende da qual è la fonte della sostituzione. Si tratta della delibera assembleare, di un successivo atto demandato alla SGR uscente o di un contratto tra quest'ultima e la subentrante?

L'art. 37 TUF e il regolamento di Bankitalia del 19 gennaio 2015 disciplinano unicamente i modi di convocazione dell'assemblea, il *quorum* deliberativo nonché il momento in cui la sostituzione si verifica. Nulla è detto, invece, su quale sia la fonte della sostituzione.

Questa fonte, tuttavia, può desumersi dai principi generali e soprattutto dall'art. 1372 c.c.: l'assunzione dell'ufficio gestorio da parte della SGR subentrante è subordinata al consenso di questa. Peraltro, se l'assunzione dell'incarico di gestore conferito dalla SGR di promozione e il conferimento delle deleghe di cui all'art. 33 TUF richiedono un accordo tra le due società, allora il consenso è richiesto *a fortiori* per il perfezionamento dell'atto di sostituzione di cui all'art. 37.

Questo consenso della subentrante, tuttavia, costituisce un atto unilaterale di accettazione della nomina a nuovo gestore, oppure dà luogo a un contratto con la SGR sostituita?

La prima opzione è preferibile. Il consiglio di amministrazione della SGR subentrante, infatti, delibererà di accettare la nomina assembleare e tale delibera sarà poi manifestata all'esterno nei confronti della SGR uscente. La sostituzione implica una miriade di questioni tecniche che sarebbero irrisolvibili ove non concordate con la SGR uscente, di modo che si addivene a un accordo tra le due società. Questo accordo, ciò nondimeno, non è la fonte della sostituzione, bensì la sua conseguenza. La vera fonte risiede nell'incontro della volontà dell'assemblea dei partecipanti con quella della SGR sostituita.

Il consenso della SGR sostituita è caratterizzato da margini di discrezionalità soltanto in merito alle modalità della sostituzione. La sostituzione in sé, invece, per tale società è obbligatoria, stante il carattere vincolante della deliberazione dell'assemblea dei partecipanti.

La sostituzione può avvenire anche senza la deliberazione assembleare di cui all'art. 37 TUF e, dunque, anche per i fondi non riconducibili ai «fondi chiusi diversi dai FIA riservati». In tali ipotesi, la sostituzione trova la propria fonte in un contratto intercorrente tra le due SGR. In questo secondo ordine di ipotesi, si può parlare di cessione in senso proprio ai sensi degli artt. 1406 ss. c.c.

Nella prima ipotesi, ossia in presenza della delibera assembleare prevista dall'art. 37 TUF, invece, non si ha una vera e propria cessione: manca un contratto tra cedente e cessionario. Ciò nondimeno, la posizione contrattuale si trasferisce da una SGR all'altra per volontà del ceduto, cosicché si ha comunque una successione a titolo particolare nel ruolo di gestore.

In ogni caso, quindi, la sostituzione integra una successione nel contratto (*rectius* nei contratti esistenti con tutti i partecipanti al fondo) e, dunque, una successione *inter vivos* a titolo particolare nell'ufficio di gestore, che comprende le seguenti situazioni giuridiche: legittimazione a disporre (verso i terzi); obbligo di disporre (nell'interesse dei partecipanti); obbligo di liquidare le quote (a favore dei partecipanti).

L'applicazione della disciplina degli artt. 1406 ss. c.c. alla sostituzione di SGR, allora, è diretta nel secondo ordine di casi e analogica nel primo. A ogni modo, tale applicabilità sussiste nei limiti della compatibilità con il Testo Unico della Finanza.

Non sarà compatibile, ad es., l'art. 1407 c.c., secondo cui la cessione è efficace, ove sia stata preventivamente autorizzata dalla controparte ceduta, dal momento in cui è stata notificata a quest'ultima o essa l'ha accettata. Secondo il citato regolamento di Bankitalia, la sostituzione sarà efficace soltanto nel momento in cui la società subentrante comincerà ad esercitare le proprie funzioni. Non si richiede, inoltre, un assenso dei partecipanti nel caso in cui la sostituzione non avvenga ai sensi dell'art. 37.

Le norme più rilevanti, in ogni caso, saranno quelle degli artt. 1408-1410 c.c., inerenti ai rapporti tra cedente, cessionario e ceduto, ovvero sia, *mutatis mutandis*, tra società sostituita, sostituta e partecipanti al fondo. Così, varrà la disposizione dell'art. 1408 c.c.,

per cui «il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei confronti di questo», sebbene tale momento coinciderà con quello in cui la società subentrante esercita la gestione<sup>56</sup>.

Lo stesso inquadramento e le stesse conseguenze disciplinari proprie della sostituzione in assenza di delibera assembleare valgono nel caso previsto dall'art. 36, commi 1 e 3. Qualora la separazione delle funzioni di promozione e gestione avvenga in seguito all'istituzione del fondo, l'ufficio gestorio è trasmesso dalla società originaria – che in seguito sarà detta *di promozione* – alla *società di gestione*, con effetti analoghi alla sostituzione del gestore. Anche qui, infatti, si avrà una cessione dei contratti intercorrenti con i partecipanti. Questa cessione, tuttavia, è parziale, poiché non ha ad oggetto tutte le posizioni contrattuali della SGR originaria, ma soltanto quelle relative alla gestione.

Il conferimento dell'incarico gestorio da parte della società di promozione a un'altra società, comunque, integra una sostituzione del gestore identica, negli effetti, a quella disciplinata dall'art. 37, comma 3 TUF.

La sostituzione, in entrambi i casi, incide soltanto sulla titolarità dell'ufficio gestorio e non produce alcun trasferimento delle situazioni che compongono il fondo, mancando così il presupposto della trascrizione e potendosi procedere unicamente all'annotazione, al contrario di quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, esaminata nel Capitolo I<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Non è invece ipotizzabile l'applicazione del secondo comma del medesimo articolo: «tuttavia il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte». Né il Testo Unico della Finanza, né la normativa regolamentare, infatti, prevedono, per gli investitori, la possibilità di opporre una tale eccezione.

<sup>57</sup> § 6.



8. *La trascrizione. La fusione dei fondi. I comparti*

Qualora i diritti inclusi nel fondo siano sottoposti a un sistema di pubblicità, quali sono le modalità con cui effettuare la trascrizione (o l'intavolazione) e l'iscrizione?

Si è già detto che la soluzione della giurisprudenza di legittimità, consistente nella trascrizione a favore della SGR con annotazione a favore del fondo, è insostenibile, giacché l'annotazione non può avere efficacia dichiarativa<sup>58</sup>. Quella soluzione, pertanto, snatura l'annotazione oppure distrugge la separazione bilaterale tra il fondo e il patrimonio della società, proclamata dall'art. 36, comma 4 TUF.

La soluzione che, al contrario, è coerente con quella separazione patrimoniale è quella del Notariato e della dottrina prevalente<sup>59</sup>.

Tale orientamento, tuttavia, non è ancora riuscito a fare breccia nella giurisprudenza, probabilmente a causa delle dispute sui suoi fondamenti, ossia sul concetto di soggettività giuridica, sui criteri per determinarla e sulla presunta necessità che ogni situazione giuridica sia imputata a un soggetto affinché la pubblicità immobiliare possa operare.

Lo studio condotto nel Capitolo II dimostra che il funzionamento della pubblicità immobiliare non presuppone l'imputazione delle situazioni giuridiche<sup>60</sup>. La trascrizione costituisce, anzi, la mi-

<sup>58</sup> In merito alla prassi che prevede la trascrizione a favore del *trustee*, con annotazione in favore del *trust*, F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo*, cit., 3, esorta a «non impasticciare, quanto al vincolo, con la formulazione della nota e con il mitico quadro D, che non ha alcuna autonomia».

<sup>59</sup> Per i riferimenti bibliografici, si veda il Capitolo I.

<sup>60</sup> In senso contrario si è espressa sia la Corte di Cassazione, sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit., sia il Consiglio Nazionale del Notariato tramite A. PAOLINI, *op. cit.*, 10, secondo la quale «il sistema della trascrizione [...] è organizzato su base soggettiva, e dunque anche se la natura del fenomeno mal si presta a far ravvisare un “proprietario”, bisogna prendere posizione sulle modalità di effettuazione delle trascrizioni relative a immobili oggetto di apporto a fondi immobiliari, ed individuare il “soggetto” a favore del quale effettuare la formalità. Ed è proprio in questa ricerca che si corre il rischio di ipostatizzare il concetto di “soggetto” in base a presunti requisiti, in realtà non presenti nel dato normativo [...]. È invece dall'esame obiettivo della disciplina positiva che dovrebbe

gliore dimostrazione dell'infondatezza del dogma della necessaria titolarità delle situazioni medesime.

La pubblicità immobiliare, infatti, si fonda, non sull'imputazione delle situazioni e dei patrimoni, ma sull'identificazione dei patrimoni stessi, che può avvenire anche mediante predicati oggettivi. Alla luce di quanto affermato<sup>61</sup> sulle relazioni logiche tra le situazioni giuridiche e il patrimonio, nonché sull'inerenza del rapporto giuridico alle prime e non al secondo, inoltre, si può affermare che la trascrizione<sup>62</sup> si fonda sull'identificabilità delle situazioni giuridiche<sup>63</sup>. L'identificabilità del patrimonio è infatti soltanto un *posterius*, derivando dall'identificazione delle singole situazioni di cui esso si compone<sup>64</sup>.

---

desumersi se e con quali modalità sia individuato un centro di imputazione. Ciò non al fine di interrogarsi sui fondamenti ontologici dei fondi e sulla natura della loro struttura ma, ben più limitatamente, per chiarire se e in quale misura possa parlarsi di un soggetto al fine dell'applicazione della disciplina in questione, e cioè quella della pubblicità immobiliare. Posto, cioè, che la disciplina del rapporto SGR-fondi mal si attaglia ad essere ricompreso nello schema dominicale tradizionale, occorre capire in quale misura “forzare” il dato obiettivo per ricondurlo nel sistema della trascrizione, che su quei principi è costruito».

<sup>61</sup> Nel presente Capitolo, § 5.

<sup>62</sup> Parlerò d'ora in avanti di trascrizione, come esempio più rilevante di pubblicità immobiliare.

<sup>63</sup> Ciò – si badi – non sulla base della *hybris* del cd. diritto vivente, contro la quale si è giustamente scagliato F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, I, 14 ss., ma alla luce delle stesse indicazioni del diritto positivo, il quale consente al curatore dell'eredità giacente di alienare i beni ereditari e non preclude la trascrizione di tali atti, né ne subordina l'efficacia alla comparsa dell'erede.

<sup>64</sup> Con ciò non si intende negare la rilevanza del patrimonio. Vi osterebbe, ad esempio, l'art. 2901 c.c., che subordina l'azione revocatoria alla lesione della garanzia patrimoniale generica, ovvero sia all'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare il credito vantato nei suoi confronti. Peraltro, proprio la trascrizione – effettuata, ad esempio, *ex art. 2645 ter c.c.* – può ledere la garanzia che assiste i creditori. Nel testo, perciò, non escludo la rilevanza del patrimonio, ma il fatto che esso sia un qualcosa di diverso dalle situazioni giuridiche di cui si compone. Dire, infatti, che il patrimonio è divenuto insufficiente a garantire i creditori, equivale ad affermare che il valore complessivo delle situazioni giuridiche di cui si compone è inferiore a quello dei crediti.

La pubblicità dichiarativa e quella costitutiva, allora, possono operare anche quando la situazione giuridica è acefala. Così come è possibile trascrivere contro l'eredità giacente e così come l'acquisto del terzo, in quell'ipotesi, è immediato, così la pubblicità immobiliare può essere effettuata a favore e contro il fondo comune d'investimento.

L'annotazione, in piena coerenza rispetto alla prassi notarile, deve quindi avere a oggetto la menzione della SGR incaricata della gestione. Questa pubblicità, effettuata mediante il quadro D della nota di trascrizione<sup>65</sup>, ha un valore meramente integrativo delle informazioni contenute nel resto della nota medesima. Essa non produce alcun effetto autonomo, ma si limita a indicare l'unico soggetto rilevante per i terzi, ovverosia la SGR di gestione. L'annotazione, dunque, non rende opponibile l'inclusione della situazione giuridica nel patrimonio separato del cd. *proprietario formale*, ossia della società di promozione.

Il trasferimento della situazione giuridica tra i fondi o tra questi e i terzi, allora, è oggetto di una trascrizione, mentre la sostituzione del gestore – accada ai sensi dell'art. 37, comma 3 oppure in virtù dell'art. 36, commi 1 e 3 – è annotata.

In merito alle fusioni e alle scissioni dei fondi<sup>66</sup>, si procede – secondo quanto indicato dal Consiglio Nazionale del Notariato<sup>67</sup> – mediante voltura, adottando le modalità previste per il cambiamento di denominazione e per le operazioni straordinarie delle società.

La fusione dei fondi è concettualmente analoga a quella delle società, giacché le tre teorie concernenti le operazioni societa-

---

<sup>65</sup> Ai sensi dell'art. 17 l. 27 febbraio 1985, n. 52, il quadro D della nota di trascrizione è una sezione nella quale devono essere riportati condizioni o patti di natura reale, nonché altri contenuti dell'atto che il redattore della nota «dovesse ritenere opportuni, se non necessari, per un'informazione più completa sulla vicenda o sul rapporto giuridico che si vuole pubblicizzare».

<sup>66</sup> Per le fusioni, v. Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015, V.5.1 e seguenti. Al punto 5.6, si prevede che la fusione e la scissione non possano avere effetto prima che siano decorsi 40 giorni, né dopo che sia decorso un anno, dalla data in cui il documento informativo è fornito ai partecipanti.

<sup>67</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 14.

rie straordinarie<sup>68</sup> presuppongono un titolare, di cui si afferma la modificazione o, secondo la preferibile tesi del trasferimento dei diritti<sup>69</sup>, la sostituzione. Lo stesso ragionamento, poi, vale per le

---

<sup>68</sup> Secondo una prima teoria, minoritaria, la fusione consisterebbe nella sola unificazione strutturale delle società partecipanti e non darebbe quindi luogo al trasferimento dei beni dall'una all'altra: P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza Comm.*, 1991, I, 1065 ss.; F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010, 199 ss.

Secondo la dottrina maggioritaria, invece, la fusione realizza una successione universale *inter vivos*: G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1991, 505 ss.; L. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2501 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1403.

La giurisprudenza, invece, facendo leva sull'art. 2504 *bis* c.c. – il quale, a seguito della riforma del diritto societario, non discorre più di estinzione delle società, ma di prosecuzione dei loro rapporti – afferma che la fusione non cagiona l'estinzione della società fusa, né la creazione di un nuovo soggetto, bensì la modificazione del soggetto-titolare, che conserva la propria identità nonostante il nuovo assetto organizzativo, cosicché il fenomeno non comporta l'interruzione del processo. In questo senso: Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Diritto e Giustizia online* 2006; in *Riv. notariato* 2006, 4, 1135, con note di Scalabrini e Trimarchi; in *DeG - Dir. e giust.* 2006, 11, 31; in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2; in *Giust. civ.* 2006, 6, I, 1171; in *Giur. it.* 2007, 2, 414; in *Giust. civ.* 2007, 11, I, 2499, con nota di F. D'Alessandro; in *Giur. comm.* 2007, 4, II, 787, con nota di Milanese.

<sup>69</sup> Considero tale tesi preferibile rispetto alle altre due, sostenute in dottrina e in giurisprudenza, in virtù delle considerazioni di L. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, cit., I, 2501 ss., che conviene qui riportare: «[...] tra più costruzioni possibili merita adesione quella più semplice, più chiara, più aderente alla disciplina, capace di rappresentarne il maggior numero di aspetti col minor numero di adattamenti ed eccezioni. Ora, a me sembra che [...] la concezione modificativo-evolutiva si imbatte in difficoltà insuperabili quando si tenti di applicarla alla scissione. Col corollario che, dopo l'introduzione di quest'ultima figura nel nostro ordinamento, l'adesione alla concezione modificativo-evolutiva è possibile solo all'ulteriore costo di rinunciare a una costruzione unitaria di fusione e scissione, contro la universale propensione a vedere un'affinità assai stretta tra le due figure. Per dimostrare la tesi appena enunciata, conviene prendere le mosse dalla considerazione, ovvia, che i fenomeni di cui si tratta - fusione e scissione - assolvono a funzioni speculari di concentrazione e, rispettivamente, deconcentrazione di imprese. Da un punto di vista strutturale, com'è altrettanto ovvio, la differenza si manifesta intanto in ciò, che la fusione riduce il numero dei soggetti, mentre la scissione tende ad accrescerlo. Ma si manifesta soprattutto, dal

scissioni, alle quali consegue un trasferimento di diritti, a titolo universale (scissione in senso proprio) o particolare (scissione per incorporazione)<sup>70</sup>.

---

nostro punto di vista, nel fatto che la fusione riunisce patrimoni in origine distinti, mentre la scissione divide per definizione il patrimonio della società che si scinde; di guisa che per effetto di essa quel patrimonio farà capo per parti a due o più soggetti diversi. Orbene, escludere che una vicenda siffatta comporti alcun passaggio circolatorio è tesi che [...] si rivela foriera di aporie tali da renderla del tutto inutilizzabile. Invero, il postulato di cui qui si discute (nessun bene circola; sono i soggetti titolari dei beni che si modificano), quando applicato alla scissione, esige evidentemente che si veda in ciascuna di una pluralità di società, titolari di quote o parti del patrimonio suddiviso dalla scissione, la continuatrice dell'unica identità della società che si è scissa. Dunque nella scissione totale ciascuna delle due o più società beneficiarie, non importa se preesistenti o costituite per l'occasione, dovrà considerarsi come continuatrice dell'individualità della società che si è scissa (la quale non dovrà aversi per estinta, ma, appunto, come sopravvivate in ciascuna delle società beneficiarie). Nella scissione parziale, l'individualità della società che si è scissa continuerà non solo, come ovvio, in questa medesima, ma anche, simultaneamente, nella società beneficiaria o nelle società beneficiarie. Questo fenomeno di rifrazione [...] di un'unica individualità in molte non solo è ancora una volta (come e assai più di quello speculare del confluire di più individualità in una sola, onde si vorrebbe caratterizzata la fusione) controintuitivo; ma, come anticipato, comporta anche difficoltà a mio giudizio insuperabili, in primo luogo dal punto di vista della tenuta concettuale della costruzione, in secondo luogo e soprattutto da quello, fondamentale, della sua traduzione in regole. Per renderse-ne conto, basta por mente soltanto al fatto che la costruzione in discorso dimentica una delle funzioni fondamentali cui assolve l'identità del soggetto di diritto: quella di stabilire un nesso tra un insieme di rapporti obbligatori (tutti i debiti riferiti a quel determinato soggetto) e un insieme di beni (tutti i beni riferiti a quel medesimo soggetto), al fine di permettere l'applicazione della regola che vuole il secondo insieme costituire la garanzia generica del primo. Infatti, se si assume per esempio che in una scissione totale a profitto di due società beneficiarie non abbia luogo alcuna vicenda circolatoria e che entrambe le società beneficiarie debbano reputarsi continuazione dell'identità della società scissa, non vi è più modo di applicare ad esse la complessa disciplina degli art. 2506-*bis* ss. c.c., perché non vi è più modo di distinguere il patrimonio e i debiti dell'una da quelli dell'altra. E lo stesso vale, con gli opportuni adattamenti, per ogni altra ipotesi di scissione. Che non sia questo il funzionamento dell'istituto mi pare non richieda dimostrazione».

<sup>70</sup> L. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, cit., I, 2501 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1405. In senso contrario, P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., 1065 ss.

Ciò non significa, ovviamente, che siano applicabili *sic et simpliciter* gli artt. 2501 ss. c.c., ma che le conseguenze della ricostruzione dottrinale preferibile potranno valere, *mutatis mutandis*, anche per le analoghe operazioni cui siano assoggettati i fondi<sup>71</sup>.

Quanto detto sin qui non dà luogo all'*entificazione monofunzionale* del fondo, prospettata dalla dottrina<sup>72</sup>.

L'art. 2659 c.c.<sup>73</sup>, infatti, stabilisce che nella nota di trascrizione devono essere indicate, tra l'altro, le *parti* dell'atto di cui si richiede la trascrizione. Che queste parti non debbano necessariamente essere dei soggetti, ma possano anche essere dei patrimoni acefali, è confermato, in primo luogo, dalla trascrivibilità degli atti compiuti dal curatore dell'eredità giacente. Conviene inoltre citare Paolini, la quale, nello studio affidatole dal Notariato, scrive:

non vi sono difficoltà a far rientrare nel concetto di parte anche il fondo, in quanto centro di imputazione di un'attività, sintesi di un patrimonio specificamente individuato, qualificato espressamente dal legislatore come "autonomo", centro di interesse per i partecipanti al fondo. Non può essere ritenuto decisivo il fatto che l'art. 2359 [ndr 2659], primo comma, n. 1, faccia esclusivo riferimento alle persone fisiche, alle persone giuridiche, alle società di persone ed alle associazioni non riconosciute, in quanto l'elenco non può essere ritenuto tassativo,

<sup>71</sup> Ne vedremo le implicazioni processuali nel Capitolo VII, Sezione II, § 11.

<sup>72</sup> G. BARALIS, *op. cit.* Nello stesso senso si è espressa A. PAOLINI, *op. cit.*, 14.

<sup>73</sup> «Chi domanda la trascrizione di un atto fra vivi deve presentare al conservatore dei registri immobiliari, insieme con la copia del titolo, una nota in doppio originale, nella quale devono essere indicati: 1) il cognome ed il nome, il luogo e la data di nascita e il numero di codice fiscale delle parti, nonché il regime patrimoniale delle stesse, se coniugate, secondo quanto risulta da loro dichiarazione resa nel titolo o da certificato dell'ufficiale di stato civile; la denominazione o la ragione sociale, la sede e il numero di codice fiscale delle persone giuridiche, delle società previste dai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto e delle associazioni non riconosciute, con l'indicazione, per queste ultime e per le società semplici, anche delle generalità delle persone che le rappresentano secondo l'atto costitutivo. Per i condominii devono essere indicati l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale [...]».

come confermato dalla giurisprudenza che ritiene, ad esempio, effettuabile la trascrizione immobiliare in capo ad un comitato<sup>74</sup>.

Se tuttavia il concetto di *parte* è compatibile anche con un patrimonio la cui soggettività è discussa, allora la trascrizione, nello stesso pensiero di Paolini, prescinde dalla soggettività delle parti. L'entificazione monofunzionale non ha dunque motivo di prospettarsi.

La posizione di Paolini, dunque, pur connotata da grande acume teorico e non casuale senso pratico, mostra di non essersi ancora affrancata completamente dal dogma di necessaria titolarità delle situazioni giuridiche e dall'impostazione esclusivamente soggettiva della pubblicità immobiliare. Si è infatti immaginata un'entificazione monofunzionale del fondo agli effetti della trascrizione, pur essendo consapevoli che quest'ultima non richiede l'imputazione dei diritti.

È allora necessario sganciarsi da quei dogmi e andare oltre, dichiarando che si danno diritti privi di titolare, il cui trasferimento può trascriversi a favore del patrimonio acefalo. Il termine *parti*, impiegato dall'art. 2659, pertanto, non indica soltanto i soggetti, ma qualsiasi predicato che identifichi la situazione giuridica soggettiva oggetto dell'atto da pubblicizzare. Nella pubblicità immobiliare la parte ha perciò un significato analogo a quella che essa manifesta nel processo e nel contratto.

In questo modo, la trascrizione si adatta alle esigenze dell'economia contemporanea, rispettando allo stesso tempo il diritto positivo, il quale non ragiona di soggetti, ma di *parti*. Soltanto così la trascrizione, conservando la propria funzione tradizionale, assume anche quella che il mutato contesto economico richiede, ovverosia di far da strumento all'attività imprenditoriale e, nel caso particolare dei fondi, di garantire il buon funzionamento della gestione collettiva del risparmio, mediante la pubblicità della separazione patrimoniale bilaterale di cui all'art. 36, comma 4 TUF in favore dei partecipanti al fondo (creditori dinamici) e dei terzi (creditori statici)<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> A. PAOLINI, *op. cit.*, 14.

<sup>75</sup> Per questa ulteriore funzione della trascrizione: S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957, 395; G. MARICONDA, *La trascrizione immobiliare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, To-

Questa pubblicità, concernendo un trasferimento – e non una separazione interna al patrimonio primario – non è costitutiva della separazione come negli artt. 2447 *bis* e 2645 *ter* c.c., ma dichiarativa del trasferimento del diritto<sup>76</sup>. Stante il principio di tipicità della trascrizione<sup>77</sup>, infatti, la pubblicità della destinazione, non essendo ammessa espressamente da alcuna norma del Testo Unico, non è immaginabile. L'unico modo per realizzare la separazione patrimoniale consiste dunque nella trascrizione del trasferimento al patrimonio primario del fondo, trasferimento che, ricadendo nell'ipotesi dell'art. 2643, n. 1 c.c., rispetta il predetto principio di tassatività e costituisce, se letto alla luce della sola responsabilità patrimoniale, un omologo funzionale dell'istituzione di un patrimonio secondario.

Pur esistendo una somiglianza tra il patrimonio destinato della società per azioni e il fondo comune di investimento, in quest'ultimo fenomeno la trascrizione non rende opponibile una destinazione allo scopo e non costituisce la separazione del patrimonio (*rectius* dei creditori funzionali da quelli generali) *ex* art. 2740, comma 2 c.c.

È poi la stessa idea del trasferimento dei diritti ad aver fatto ritenere che la pubblicità dichiarativa presupponga necessariamente

---

rino, 1995, 74-75; D. PARISI, *Trascrizione nei confronti del trust: appunti per una rilettura dell'art. 2659 c.c.*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, 378; A. DI SAPIO, *Trust e modalità di esecuzione della pubblicità immobiliare, Parte Seconda*, in *Vita notarile*, 2015, 704.

<sup>76</sup> Al contrario, Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, cit., equiparando la separazione patrimoniale del fondo a quella dei patrimoni destinati *ex* 2447 *bis* c.c., così si esprime: «in siffatte situazioni non si dubita che il patrimonio separato (o destinato) sia pur sempre da ricondurre alla titolarità del soggetto (persona fisica o giuridica che sia) dal quale esso promana».

Sui patrimoni di cui all'art. 2447 *bis* c.c., v., tra gli altri: F. DI SABATO, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Società*, 2002, 665 ss.; F. FIMMANÒ, *Il regime dei patrimoni dedicati di SPA tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Le Società*, 2002, 960 ss.; ID., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, *passim*.

<sup>77</sup> Il principio, secondo F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 986, si desume dall'art. 2672 c.c. ed è sempre più discusso.

Per un'interessante resoconto dello stato del dibattito: G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, consultabile all'indirizzo internet: [www.gaetanopetrelli.it](http://www.gaetanopetrelli.it), consultato il 13 novembre 2018.



dei soggetti e un passaggio tra di essi. Ciò che, invece, è reso opponibile dalla pubblicità dichiarativa non è un passaggio, ma la costituzione di un diritto diverso da quello che si estingue e che sussisteva in capo al cd. dante causa, oggettivamente identico a questo e da esso dipendente secondo le regole degli acquisti derivativi.

Sia i partecipanti ai fondi, sia i finanziatori *ex art. 2447 bis*, lett. b) sono creditori dinamici e sia il fondo, sia il patrimonio destinato della società per azioni sono, rispettivamente a questi soggetti, dei patrimoni dinamici<sup>78</sup>. Ciò nonostante, la distinzione tra patrimonio primario e secondario segna un discrimine fondamentale tra i modi di arricchimento del gestore. Solo nel caso dei patrimoni destinati delle S.P.A., infatti, il gestore si arricchisce dei proventi della gestione che vengono inclusi in un patrimonio separato di cui è titolare. Nel caso dei fondi, invece, il patrimonio, che è comunque produttivo, è tale soltanto per gli investitori, mentre al gestore i proventi derivano dalle sole commissioni, non da una quota dei risultati di gestione<sup>79</sup>.

La creazione di un comparto, invece, pur potendo essere economicamente omologa alla scissione del fondo, non ha la stessa struttura giuridica, giacché non cagiona la costituzione di un ulteriore patrimonio primario, bensì di un patrimonio secondario. A una separazione bilaterale, derivante dal fatto che il fondo è un patrimonio primario, se ne somma un'altra, *ex art. 2740*, comma 2 c.c., in cui il comparto assume, per il fondo medesimo, la stessa funzione che il patrimonio *ex art. 2447 bis* c.c. riveste rispetto alla società per azioni.

L'identità funzionale, tuttavia, non è automaticamente accompa-

---

<sup>78</sup> Rivestendo invece la tradizionale funzione di patrimoni statici di cui all'art. 2740 c.c. per ogni diverso creditore. Il fatto che i partecipanti siano dei creditori dinamici è confermato dall'art. 57, comma 3 TUF, secondo cui costoro, in sede di liquidazione coatta amministrativa del fondo, «hanno diritto esclusivamente alla ripartizione del residuo netto di liquidazione in misura proporzionale alle rispettive quote di liquidazione».

<sup>79</sup> R. EDWARDS, N. STOCKWELL, *Trusts and equity*, cit., 464, ricordano, in materia di *trust*, una regola identica, ossia la *liability to account for gains*, espressa da Lord Herschell in *Bray v. Ford* (1896): «it is an inflexible rule of a Court of Equity that a person in a fiduciary position [...] is not, unless otherwise expressly provided, entitled to make a profit».

gnata da quella disciplinare. Mentre, infatti, l'art. 2447 *bis* consente la trascrizione di quella particolare separazione, nessuna disposizione del TUF ammette esplicitamente tale forma pubblicitaria per il trasferimento dei diritti tra comparti, cosicché si ripropone, per questi ultimi, il dubbio intorno alla trascrizione dei trasferimenti tra fondi: annotazione senza separazione (con violazione della separazione a ogni effetto imposta dall'art., comma 4 TUF) o separazione garantita da una trascrizione non esplicitamente prevista (con violazione del principio di tassatività della trascrizione)?

La soluzione non può che consistere nella seconda alternativa, la quale non richiede un'entificazione monofunzionale, ma il passaggio dal principio di tassatività a quello di tipicità della trascrizione. Il secondo principio, a differenza del primo, consente la trascrizione in presenza di una norma giuridica, anche implicita, che richieda tale pubblicità per gli atti che producono effetti verso i terzi in forza del diritto sostanziale<sup>80</sup>. Tale è l'art. 36, comma 4 TUF, che, per essere osservato, deve essere interpretato nel senso di aver implicitamente e inequivocabilmente previsto la trascrizione dei trasferimenti tra comparti, in analogia con quanto disposto dall'art. 2447 *bis* c.c. I comparti, pertanto, lungi dall'entificarsi, restano, «a tutti gli effetti», dei patrimoni secondari.

Immagino che mi si rimprovererà di aver dapprima ritenuto che l'espressione «*a tutti gli effetti*» imponga di inquadrare il fondo in termini di patrimonio primario, e poi, relativamente al comparto, che io abbia considerato quella stessa espressione compatibile anche con un patrimonio secondario. La contraddizione è soltanto apparente. La qualificazione del fondo in termini di patrimonio primario è imposta dall'espressione «*a tutti gli effetti*» e non trova alcun ostacolo, data l'infondatezza del dogma della necessaria titolarità. Quella stessa qualificazione, se intesa allo stesso modo con riferimento al comparto, pone invece l'interprete di fronte a un'indigesta alternativa: o il comparto è un patrimonio primario all'in-

---

<sup>80</sup> G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, in [www.gaetanopetrelli.it](http://www.gaetanopetrelli.it), *passim*.

terno di un altro patrimonio primario (fondo), il che è logicamente assurdo, oppure costituisce un patrimonio primario esterno al fondo comune. Di questa seconda opzione, foriera di una scissione del comparto dal fondo, ci si sarebbe aspettati, data la gravità, una qualche traccia nel TUF. In mancanza di un tanto, non resta che considerare l'espressione in discorso come a-tecnica nella parte in cui è riferita al comparto. Va infatti riconosciuta prevalenza alla distinzione che, *ex art. 2740*, comma 1, connota il fondo. Il comparto ne è un *posterius* logico, cosicché la sua qualificazione non è sullo stesso piano, ma si muove unicamente all'interno degli spazi lasciati liberi dall'inquadramento del fondo comune d'investimento<sup>81</sup>.

### 9. I rimedi contro gli atti traslativi viziati dal conflitto d'interessi

*Quid iuris* se la SGR aliena, versando in conflitto d'interessi con i partecipanti, una proprietà inclusa nel fondo? I partecipanti hanno diritto a che il terzo restituisca il bene o ne risarcisca la perdita?

L'esperibilità di un'azione revocatoria è senz'altro fuori luogo. I partecipanti sono dei creditori dinamici, cosicché il fondo non costituisce la loro garanzia patrimoniale generica *ex artt. 2740 e 2901 c.c.*

La possibilità di agire contro i terzi per recuperare il bene dipende dall'opponibilità, nei loro confronti, del diritto di credito degli investitori verso la SGR. Quest'opponibilità potrebbe desumersi dalla circostanza per cui l'inclusione nel fondo è sottoposta alla pubblicità immobiliare, ma il problema non è la trascrizione, bensì lo stesso diritto di credito, il quale non ha a oggetto la futura acquisizione del bene da parte dell'investitore, ma la *best execution* e la liquidazione della quota.

Posta fuori gioco la pubblicità immobiliare, non resterebbe che immaginare una responsabilità dei terzi per lesione del credito dei partecipanti, nella forma del concorso nell'inadempimento commesso dalla SGR. Ciò ovviamente presuppone che si riesca a dimostrare il dolo dei terzi.

---

<sup>81</sup> Per l'a-tecnicità di tale espressione nella parte in cui è riferita al comparto, Capitolo IV, § 6.

Sarebbe possibile immaginare la più pregnante tutela, per così dire «reale», dell'art. 1394 c.c.?

Secondo questa disposizione, «il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo».

Tutto si appunta sulla possibilità di estendere analogicamente la disposizione ai fondi comuni d'investimento, in cui non esiste un fenomeno rappresentativo giacché i partecipanti non sono titolari delle situazioni giuridiche gestite dalla SGR e non possono dunque essere dei rappresentati. Ci si trova di fronte, infatti, alla scissione tra legittimazione a disporre (SGR), attribuzione del diritto (fondo) e interesse gestito (partecipanti).

Quanto al *trust*, la dottrina ha escluso l'applicazione analogica dell'art. 1394: vi osterebbe proprio la mancanza di un fenomeno rappresentativo e, ancor prima, di una dualità soggettiva tra *trustee* e *trust fund* (il quale costituisce un patrimonio separato, imputato al *trustee*)<sup>82</sup>.

Quest'affermazione, in realtà, non è sufficiente per risolvere il dubbio.

La dualità soggettiva, infatti, potrebbe esistere e riguardare la relazione tra il gestore e il soggetto titolare dell'interesse gestito. Vi sarebbe allora da chiedersi quale sia la *ratio* dell'art. 1394 c.c.: la tutela dell'interessato alla gestione o quella del rappresentato in senso tecnico?

Prima di esaminare il punto, conviene notare che, qualunque sia l'esigenza alla base della disposizione citata, la sua estensione analogica sembra impedita dal principio di tassatività delle ipotesi di annullamento. I partecipanti al fondo potrebbero quindi ottenere l'annullamento del contratto concluso dalla SGR con i terzi soltanto sulla base di un'applicazione diretta dell'art. 1394 c.c.

È invece evidente che la SGR possa ottenere l'annullamento degli atti compiuti dai propri amministratori, *ex art.* 1394 c.c.

L'art. 2391 c.c., infatti, regola il conflitto d'interessi che inficia le delibere consiliari, non gli atti a rilevanza esterna che non siano

<sup>82</sup> F. CORSINI, *Il trustee*, cit., 188 ss., cui si rinvia anche per la giurisprudenza in materia.

stati preceduti da tali delibere, cosicché la dottrina e la giurisprudenza ammettono che tale lacuna normativa sia colmata ricorrendo al rimedio generale previsto dal citato art. 1394<sup>83</sup>. La società di gestione, al pari di qualsiasi altra società per azioni, potrebbe dunque valersene. Quest'ipotesi, tuttavia, pone un problema: la SGR dovrebbe dimostrare che l'amministratore ha agito perseguendo

---

<sup>83</sup> C. ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 135; V. SCALI, *Il contratto dell'amministratore in conflitto di interessi*, in *www.dircomm.it*; D.G. MAFFEIS, *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni*, in *I Contratti*, 5, 2006, 442 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1450.

In senso contrario: G. FERRI, *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, 35.

La giurisprudenza fa costantemente proprie le tesi della dottrina prevalente: Cass., sez. III, 10 aprile 2000, n. 4505, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 764; Cass., sez. I, 26 gennaio 2006, n. 1525, in *Obbligazioni e contratti* 2007, 2, 136, con nota di Fede; Cass., sez. I, 13 febbraio 2013, n. 3501, in *Giust. civ. Mass.* 2013. Per le massime contenute in queste sentenze, sia sufficiente citare Cass., sez. III, 26 settembre 2005, n. 18792, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 9: «l'orientamento dottrinale prevalente ed una giurisprudenza consolidata (*ex plurimis* da ultimo Cass. 10.4.2000, n. 4505) ritengono che gli artt. 1394 e 2391 c.c. si pongono in una relazione di reciproca esclusione, ciascuno avendo un proprio ambito di operatività. L'art. 1394 si applica agli atti compiuti dal rappresentante della società di capitali quando manchi una deliberazione del consiglio di amministrazione con la determinazione del contenuto del contratto; si applica, invece, l'art. 2391 nel caso in cui il conflitto di interessi emerga in sede deliberativa, anche quando l'attuazione del contratto sia affidata all'amministratore in conflitto di interessi con la società. Conseguentemente il contratto è suscettibile di venire annullato ai sensi dell'art. 1394 se sia concluso dall'amministratore unico (ipotesi nella quale manca il consiglio di amministrazione) o dall'amministratore munito di potere di rappresentanza (come nella specie il presidente del consiglio di amministrazione) che, delegato o no, agisca senza una preventiva deliberazione consiliare. In ogni altra ipotesi la conclusione del contratto è deliberata dal consiglio di amministrazione ed il conflitto di interessi si manifesta già nella fase deliberativa, sicché trova applicazione l'art. 2391 e l'annullamento del contratto è possibile solo se sia prima annullata la deliberazione che ne ha deciso la conclusione, previa dimostrazione della mala fede del terzo. Ne deriva una minore tutela della società rispetto all'ipotesi di contratto concluso dall'amministratore al di fuori di deliberazione consiliare; tale minore tutela si giustifica, ove sia posta in relazione con la maggiore garanzia che assicura il sistema della collegialità».

un interesse proprio, in conflitto con quello dei partecipanti. L'interesse tutelato dall'art. 1394, invece, è quello della società (rappresentata), non quello dei suoi creditori. Come immaginare, allora, che la società di gestione possa convenire i terzi per far annullare gli atti che i propri amministratori hanno compiuto contro l'interesse degli investitori?

Occorre osservare che vi è un doppio rapporto gestorio: un primo rapporto, organico, corre tra amministratori e SGR; un secondo rapporto, meramente gestorio oppure rappresentativo, corre tra la società e i partecipanti.

Poiché gli atti degli amministratori sono imputati alla SGR, e poiché questa può essere chiamata a risponderne con il proprio patrimonio sociale ove sia stato violato il *duty of loyalty*, allora è interesse della SGR compiere atti che non diano luogo a responsabilità nei confronti dei partecipanti. È così possibile riportare l'interesse degli investitori a quello della SGR e quindi rientrare nel tradizionale ambito societario di applicazione dell'art. 1394 c.c.

L'estensione dottrinale e giurisprudenziale dell'art. 1394 alle società per azioni è particolarmente utile, giacché può illuminarne la *ratio*, consistente nella tutela del soggetto i cui interessi sono gestiti, piuttosto che del solo rappresentato in senso tecnico. La rappresentanza organica, infatti, non è vera rappresentanza: non è vi è nemmeno il presupposto elementare della dualità soggettiva.

A questo punto, delle due, l'una: o estendiamo l'art. 1394 – e, con esso, in quanto compatibile, il resto della disciplina della rappresentanza – al fenomeno dei fondi comuni così da tutelare i partecipanti da atti gestori infedeli, oppure dovremo spiegare il perché della disparità di trattamento tra quest'ipotesi e la rappresentanza organica.

Una tale disparità non può essere giustificata dal fatto che la *contemplatio domini* sia presente nella sola rappresentanza organica e non, invece, negli atti gestori compiuti dalla SGR. La *contemplatio* consiste nell'indicazione del soggetto *in nome e per conto* del quale l'atto è compiuto. Quanto all'agire *in nome altrui*, sia nella rappresentanza organica, sia negli atti gestori compiuti dalla SGR, manca la dualità soggettiva. Quanto all'agire *per conto altrui*, sia nella rap-

presentanza organica, sia negli atti compiuti dalla SGR si svolge un'attività negoziale nell'interesse altrui. I titolari di questo interesse sono la collettività dei soci<sup>84</sup> e, rispettivamente, l'insieme dei partecipanti al fondo (artt. 1 lett. k, 35 *decies* e 36, comma 3 TUF).

La mancanza della *contemplatio domini* dipende dall'inesistenza di un soggetto che possa dirsi *dominus*: non il fondo, ove lo si considerasse acefalo; non i partecipanti, che non sono titolari delle situazioni giuridiche. Vi è quindi una dissociazione soggettiva tra l'interesse alla gestione e la situazione giuridica gestita e quindi un'ipotesi simile a quella del mandato senza rappresentanza<sup>85</sup>.

A conferma dell'applicabilità dell'art. 1394 c.c. a tali ipotesi, bisogna ricordare che la rilevanza degli interessi e quindi del loro eventuale conflitto non presuppone la rappresentanza, ma la cooperazione giuridica, ed esistono cooperazioni giuridiche non rappresentative, dette «interposizioni gestorie»<sup>86</sup>. Un tanto è suffragato dalla giurisprudenza<sup>87</sup> secondo cui il contratto, concluso dal mandatario senza rappresentanza in conflitto di interessi col mandante, è annullabile *ex art.* 1394.

---

<sup>84</sup> L'interesse della società, con cui, *ex art.* 2391 c.c., l'amministratore non deve mai essere in conflitto, è, infatti, l'interesse della collettività dei soci. Se, infatti, può immaginarsi un soggetto non umano, non può dirsi che esistano interessi non umani. Il soggetto di creazione giuridica, infatti, non è titolare di interessi, ma di situazioni giuridiche che sono funzionali alla protezione dell'interesse della comunità umana sottostante. Ciò trova conferma nell'analisi linguistica della persona giuridica e nella teoria della doppia imputazione delle stesse situazioni giuridiche a essa attribuite: F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, cit., 553 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1989, 141, nota 71; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 156. La persona giuridica, insomma, è intesa come metafora che, con l'affiancarsi alla *persona naturalis*, diviene mito, secondo le parole di F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Milano, 2010, 25 ss.

<sup>85</sup> Benché in esso la situazione giuridica sia imputata a un soggetto (mandatario).

<sup>86</sup> P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 223.

<sup>87</sup> Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Guida al diritto* 2008, 42, 60, con nota di Piselli.

La mancanza di un meccanismo rappresentativo, pertanto, non esclude che possa sorgere un conflitto tra gli interessi della società di gestione e quelli degli investitori e che quindi costoro vi possano porre rimedio mediante l'azione di annullamento prevista dall'art. 1394 c.c.<sup>88</sup>.

Escludendo l'applicabilità dell'art. 78 c.p.c. al caso in cui la SGR versi in conflitto d'interessi con i partecipanti, il Tribunale di Milano<sup>89</sup> ha statuito che la SGR, la quale agisca contro i propri precedenti amministratori per ottenere il risarcimento arrecato da costoro al fondo, non rappresenta i partecipanti. Essi, infatti, non vanterebbero, prima della scadenza del termine per la liquidazione delle quote, alcun credito risarcitorio; non possono dunque essere rappresentati dalla società in un'azione che ancora non compete loro. Inoltre, «la questione del conflitto di interessi è questione che si pone, sul piano sostanziale, nei rapporti tra rappresentante e rappresentato (artt. 1394, 1395 c.c.). Tuttavia, nel caso di specie,

[...] non si può certo postulare l'esistenza di un rapporto di mandato o di rappresentanza tra la medesima società di gestione

---

<sup>88</sup> La tutela rispetto al conflitto d'interessi ha, infatti, valenza generale in tutti i casi in cui sussiste un conflitto tra un centro autonomo di interessi, anche privo di personalità giuridica, come il fallimento, e il suo gestore, costituito dal curatore fallimentare: Cass., sez. I, 20 novembre 1992, n. 12398, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 11 e in *Fallimento* 1992, 701; Cass., sez. I, 10 marzo 1995, n. 2800, in *Giust. civ. Mass.* 1995, 573 e in *Società* 1995, 1292, con nota di Ciatti.

Per giurisprudenza consolidata, il curatore non è un rappresentante né del fallito, né dei suoi creditori: Cass., sez. I, 14 settembre 1991, n. 9605, in *Giust. civ.* 1992, I, 999; Cass., sez. I, 14 gennaio 1993, n. 404, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 56 e in *Fallimento* 1993, 611; Cass., sez. I, 15 gennaio 2003, n. 508, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 102; *Dir. e giust.* 2003, 6, 99; *Fallimento* 2003, 1075, con nota di Zanicchelli; Cass., sez. III, 9 giugno 2015, n. 11854, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

Il fallimento non è un soggetto, ma riunisce piuttosto gli interessi del ceto creditorio: Cass., sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. comm.* 2012, 2, II, 276, con nota di Fabiani.

È dunque verificata la tesi per cui il conflitto d'interessi legittima l'attivazione dei rimedi contro il conflitto d'interessi anche nelle interposizioni gestorie, ossia nelle cooperazioni giuridiche non rappresentative. In questo senso anche S. CORSO, *Azione di responsabilità*, cit., riferimento alla nota 39.

<sup>89</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.



ed il fondo: perché questo implicherebbe una duplicità soggettiva che non è invece ravvisabile.

Né il conflitto è ravvisabile tra la SGR e i partecipanti ai fondi perché la SGR non è rappresentante dei partecipanti stessi.

L'esclusione della rappresentanza rispetto ai partecipanti e al fondo è corretta. Si è tuttavia dimostrato che il conflitto d'interessi è immaginabile anche per le interposizioni gestorie, talché il richiamo al difetto di rappresentanza non dimostra che sia inconfigurabile un conflitto d'interessi.

L'azione di annullamento *ex art.* 1394 c.c., ciò nonostante, non può essere esperita dai partecipanti.

Se potessero convenire in giudizio i terzi per l'annullamento degli atti di disposizione compiuti dalla SGR, i partecipanti si ingerebbero nella gestione del fondo comune, ossia nel compimento di atti, sostanziali o processuali, incidenti sui diritti inclusi nel fondo medesimo. Allo stesso modo, tuttavia, se quegli atti fossero imputati alla SGR e il conflitto d'interessi sussistesse quindi in capo a quest'ultima – cosicché il rapporto gestorio dedotto in giudizio non sarebbe quello tra amministratori e SGR, ma quello intercorrente tra questa e i partecipanti – allora la società sarebbe costretta ad agire contro se stessa, giacché i legittimati passivi dell'azione *ex art.* 1394 c.c. sono il rappresentante (SGR) e il terzo contraente.

Escluse entrambe queste alternative, non resta che far rientrare il diritto all'annullamento degli atti infedeli della SGR all'interno del fondo, e non nei patrimoni individuali dei partecipanti. Il rapporto gestorio dedotto deve dunque essere quello che intercorre tra la SGR e suoi amministratori. L'azione *ex art.* 1394 c.c. è allora esperita, dalla società, non contro se stessa, ma contro i propri amministratori e gli aventi causa dal fondo. Gli amministratori, tradendo l'interesse del fondo, hanno posto in pericolo la propria società esponendola a un'azione risarcitoria dei partecipanti, così vulnerando l'interesse della stessa SGR. L'azione della società, pertanto, non comporterebbe un «istituzionale» (ossia inevitabile) conflitto d'interessi, come se essa fosse chiamata ad agire contro

se stessa per i danni procurati al fondo<sup>90</sup>. Questo significa che il diritto all'annullamento, per l'appunto, non è imputato ai partecipanti, ma è incluso nel fondo, di modo che esso è sottoposto alla legittimazione esclusiva della SGR, stante l'autonomia gestionale che alla società è riconosciuta dagli artt. 1, lett. k) e 36 TUF. Esso deve essere fatto valere contro gli amministratori della SGR.

È così dimostrato che gli investitori non possono convenire in giudizio i terzi per ottenere l'annullamento degli atti di disposizione compiuti dalla SGR.

L'unica azione che gli investitori vantano nei confronti della SGR al fine di spingerla ad agire *ex art. 1394* nei riguardi dei terzi è quella risarcitoria, di natura contrattuale, in favore del fondo o dei propri patrimoni individuali, per i danni derivanti dal perfezionamento dell'atto infedele e dal suo mancato annullamento. Con quest'azione, infatti, i partecipanti non si ingeriscono nella gestione, ossia negli atti giuridici con cui la SGR ha disposto del fondo comune nei confronti dei terzi, ma deducono un diritto risarcitorio che essi vantano esclusivamente nei confronti della società.

---

<sup>90</sup> Sull'«istituzionalità» di un conflitto d'interessi della SGR che fosse costretta ad agire contro se stessa, conflitto la cui immancabilità deriverebbe dall'inclusione del diritto nel fondo, sottoposto unicamente alla sua legittimazione, v. Capitolo VII, Sezione I, § 2.

Secondo E. SABATELLI, *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare. Contributo allo studio del d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 83*, Milano, 1995, 51, «quando [...] il danno è derivato, non dal fatto di un terzo, ma dalla negligente gestione del fondo, evidentemente non sarebbe possibile affidare l'esercizio dell'azione di risarcimento alla società [di gestione], la quale verrebbe a trovarsi in una situazione di palese conflitto d'interessi, dovendo in tal caso agire contro sé stessa». Il passo è riportato e condiviso da L. SEMINARA, *Natura dei fondi comuni*, cit., nota 77, il quale però esclude che la SGR possa agire contro i propri precedenti amministratori, affermando che «il Testo unico assegna alla SGR la sola funzione relativa alla costituzione e, poi, alla gestione del fondo, la cui titolarità dovrebbe, invece, essere correttamente riferita a una figura d'imputazione *ad hoc*, distinta tanto dai partecipanti quanto dallo stesso gestore; sicché, non potendo dirsi pregiudicata dal danno arrecato a un patrimonio di cui non è titolare, la società di gestione non potrebbe neanche vantare alcun interesse proprio all'iniziativa risarcitoria».

10. *I diritti inclusi nel fondo*

Quando il Tribunale di Milano<sup>91</sup> afferma condivisibilmente che, senza un'azione della SGR verso i terzi, l'interesse dei partecipanti non sarebbe tutelato, non sostiene che i partecipanti abbiano un diritto verso i terzi, né che quel diritto sia imputato alla SGR, ma soltanto che la società può agire (quale legittimata processuale rappresentativa o meramente gestoria)<sup>92</sup> e ottenere una sentenza di merito (ove siano rispettate tutte le condizioni della legittimazione ad agire), contro gli anzidetti terzi.

Esiste sì un diritto dei partecipanti alla massimizzazione del valore del fondo, ma tale credito sussiste soltanto nei confronti della società. Non esiste un diritto risarcitorio della SGR, giacché non può dirsi che essa abbia diritto alla reintegrazione di un patrimonio di cui non è titolare e che deve gestire nell'interesse altrui.

Esiste soltanto un diritto risarcitorio all'interno del fondo, sia esso soggettivizzato o acefalo, che si costituisce affinché sia soddisfatto il diritto dei partecipanti alla massimizzazione del valore del fondo medesimo. Se quel diritto dei partecipanti non sussistesse e se ne mancasse il sostrato, ossia l'interesse creditorio, allora l'obbligazione risarcitoria non potrebbe neppure esistere: vi osterebbe l'art. 1174 c.c.<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.

<sup>92</sup> Capitolo III, § 14.

<sup>93</sup> BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 43: «che l'interesse creditorio sia elemento costitutivo dell'obbligazione deve [...] essere ribadito in quanto ciò risponde ad un principio che deve essere inteso come basilare dell'ordinamento giuridico, ossia il principio che i diritti sono posizioni attribuite al soggetto per la tutela di un suo interesse». Nel corso di quest'opera, si è compreso ancor di più che il diritto è creato per la tutela dell'interesse di un soggetto, senza che ciò imponga che quello stesso diritto sia imputato a un qualche soggetto.

È la stessa esistenza del diritto incluso nel fondo, prima ancora che la sua gestione, pertanto, a essere giustificata dall'interesse degli investitori. Allo stesso modo, è l'esistenza del diritto incluso nell'eredità giacente, prima ancora che la gestione condotta dal curatore, a trovare il proprio fondamento giustificativo nell'interesse dei creditori ereditari e dei successibili.

In entrambe le ipotesi – fondi comuni ed eredità giacente – l'interesse privato tutelato corrisponde a un interesse pubblico, costituzionalmente previsto,

Il diritto sorge allora, da atto lecito o illecito, a titolo contrattuale o extracontrattuale, nei confronti dei terzi ed è incluso nel fondo. L'esercizio del diritto è oggetto di un ufficio privato (potere/obbligo) della SGR e di un diritto di credito dei partecipanti. L'obbligo dei terzi, pertanto, trova la propria giustificazione nell'interesse degli investitori<sup>94</sup>.

Tale diritto, di conseguenza, può essere esercitato dalla sola SGR. I partecipanti non possono esercitarlo né in via diretta, giacché non ne sono titolari, né mediante una sostituzione processuale, che non è prevista e che darebbe luogo a una violazione dell'unità del comando. È precluso, in particolare, anche il ricorso all'azione surrogatoria: i partecipanti sono dei creditori dinamici, rispetto ai quali il fondo non costituisce la garanzia patrimoniale generica di cui agli artt. 2740 e 2900 c.c.

### 11. *La banca depositaria*

Il ruolo di depositario è regolato dagli artt. 37 e 47 ss. TUF, nonché dal Regolamento Bankitalia del 14 aprile 2005 e dal Regolamento del 29 ottobre 2007, ed è affidato a una banca. Essa ha la funzione di tutelare i partecipanti al fondo comune, dovendo salvaguardare l'autonomia patrimoniale del fondo e impedire qualsiasi abuso da parte della società di gestione.

In forza di una convenzione con la SGR, prevista dall'art. 47, comma 1 TUF, alla banca è affidata la custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide del fondo, «con il preciso scopo di sottrarli alla materiale detenzione da parte della SGR»<sup>95</sup>. *Ex* art. 48, comma 1, infatti, «il depositario agisce in modo indipendente e nell'interesse dei partecipanti all'OICR. Esso adotta ogni

---

ossia la tutela del risparmio (art. 47 Cost.) e la persistenza delle situazioni giuridiche nonostante l'estinzione dei loro titolari (art. 42 ult. comma Cost.).

<sup>94</sup> Quest'interesse, riconducibile al principio fissato dall'art. 1174 c.c., influirà sulla causa del contratto come qualsiasi tradizionale interesse «creditorio». Su questa relazione tra interesse alla prestazione e funzione del contratto: BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 45.

<sup>95</sup> S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 147.

misura idonea a prevenire potenziali conflitti di interesse tra l'esercizio delle funzioni di depositario e le altre attività svolte».

Stante la convenzione tra la SGR e la banca depositaria, le reciproche responsabilità hanno natura contrattuale.

Discussa è, invece, la natura della responsabilità della depositaria nei confronti dei partecipanti al fondo, prevista dall'art. 49 TUF. Mentre alcuni la riconducono alla responsabilità aquiliana, secondo altri si tratterebbe di responsabilità contrattuale derivante dal regolamento del fondo<sup>96</sup>, il quale, ai sensi dell'art. 37, comma 1, «indica il gestore e il depositario».

Sussiste, in forza della sottoscrizione di tale regolamento da parte del partecipante<sup>97</sup>, un contratto trilatero tra quest'ultimo, la SGR e la banca depositaria? Qualora ciò dovesse escludersi, il contratto tra SGR e banca potrebbe qualificarsi quale contratto a favore di terzo o, in alternativa, come contratto con effetti protettivi dei terzi?

Il contratto che si perfeziona in forza della sottoscrizione non è trilatero, giacché l'investitore non aderisce a un contratto aperto, intercorrente tra la SGR e la banca depositaria, ma accetta un'offerta al pubblico della sola SGR. Il rapporto contrattuale tra la società di gestione e la banca, di cui all'art. 47, comma 1 TUF, è "chiuso".

È parimenti da escludere che questo contratto tra la banca e la SGR sia da ricondurre alla figura del contratto con effetti protettivi dei terzi. Mentre quella tipologia contrattuale è caratterizzata dal fatto di avere effetti principali tra le parti ed effetti accessori e protettivi verso i terzi<sup>98</sup>, il contratto che qui esaminiamo, alla luce dei

<sup>96</sup> S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 148, dà conto di questa divergenza di opinioni.

<sup>97</sup> Come chiarito da S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, cit., 149, infatti, «l'investitore perfeziona la sua partecipazione al fondo tramite l'adesione al regolamento».

<sup>98</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 571-572, il quale, se ammette un'azione risarcitoria contrattuale da parte dei terzi protetti, nega che essi possano esperire i rimedi contrattuali; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 958-959, che, a p. 954, nega l'esperibilità dei rimedi contrattuali da parte del terzo a favore del quale il contratto sia stato concluso *ex art.* 1411 c.c. Pertanto, a prescindere dall'inquadramento dell'accordo nell'una o nell'altra figura, il terzo diviene titolare, non della posizione di parte contrattuale, ma unicamente di un diritto soggettivo.

compiti attribuiti al depositario dall'art. 48 TUF, sembra produrre effetti esclusivamente a favore degli investitori. Si tratta quindi di un contratto a favore di terzi.

In ogni caso, che l'accordo sia da inquadrare nella fattispecie di cui agli artt. 1411 ss. c.c., o in quello del contratto con effetti protettivi dei terzi, la responsabilità della depositaria nei confronti dei partecipanti è contrattuale. La banca va pertanto annoverata tra i soggetti che possono essere convenuti in giudizio dalla SGR (per il risarcimento dei danni cagionati al fondo) e dai partecipanti (come confermato dall'art. 49, comma 1 TUF, per i pregiudizi arrecati alle loro quote).

La SGR potrà quindi convenire in giudizio la depositaria a tutela dell'interesse del fondo comune o, per meglio dire, della collettività dei partecipanti<sup>99</sup>.

La stessa società, invece, non potrà convenire in giudizio né la banca, né qualsiasi terzo, deducendo i diritti risarcitori dei singoli investitori la cui quota sia stata lesa, giacché tale diritto risarcitorio compete ai soli partecipanti e la Legge non autorizza una loro sostituzione processuale da parte della SGR.

12. *Note conclusive circa l'indipendenza della SGR e il credito dinamico dei partecipanti. Osservazioni sull'applicabilità degli artt. 2391 ss. c.c.*

In virtù di quanto detto, i partecipanti al fondo sono titolari di due situazioni giuridiche: 1) azione contro la SGR, a tutela del

---

Nella giurisprudenza: Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Il civilista* 2011, 4, 47, con nota di Savoia; Cass., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. it.* 2003, 883, con nota di Poncibò, in *Resp. civ. e prev.* 2003, 117, con nota di Gorgoni, in *Nuova giur. civ. commentata* 2003, I, 619, con nota di De Matteis; Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. Civ. Mass.* 2004, 7-8, in *Giust. Civ.* 2005, 1, I, 121, con nota di G. Giacobbe e in *Giust. Civ.* 2005, 10, 2403, con nota di Famularo.

<sup>99</sup> Di ciò si trova conferma sia nell'art. 49, comma 1 TUF, secondo cui «il depositario è responsabile nei confronti del gestore e dei partecipanti all'OICR di ogni pregiudizio da essi subito in conseguenza dell'inadempimento dei propri obblighi», sia nei principi generali, secondo i quali lo stipulante può agire contro il promittente ove costui si sia reso inadempiente nei confronti del terzo a favore del quale il contratto è stato stipulato. In questo senso: Cass., sez. I, 1 marzo 1993, n. 2493, cit.

fondo; 2) azione contro la SGR, a tutela dei propri patrimoni personali<sup>100</sup>. I partecipanti, invece, non possono agire contro i terzi per far valere i loro obblighi e le loro responsabilità nei confronti del fondo, né per ottenere l'annullamento, *ex art.* 1394 c.c., degli atti di disposizione infedeli compiuti dalla SGR di gestione.

A ciò si potrebbero muovere due critiche: a) si consente all'investitore di agire per il risarcimento di un danno cagionato a un patrimonio di cui non è titolare; b) l'indipendenza legislativamente assicurata alla SGR sarebbe violata ove l'investitore potesse, mediante un'azione risarcitoria, ingerirsi nella gestione del fondo.

Contro la prima obiezione si può replicare che il diritto esercitato non è quello del fondo, ma quello dell'investitore alla massimizzazione del suo valore. Il diritto al rimborso della differenza tra il valore globale reale e quello che si sarebbe dovuto avere ove la SGR avesse correttamente investito i contributi dei partecipanti non è incluso nel fondo, ma è imputato ai partecipanti. Quello risarcitorio, infatti, è un obbligo secondario che sorge dalla violazione di quello primario, consistente nella *best execution*. Il rapporto obbligatorio secondario ha gli stessi estremi soggettivi di quello primario e corre, dunque, tra la SGR debitrice e l'investitore creditore<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Sulla responsabilità della SGR per i danni arrecati al fondo gestito: A. BORGIOI, *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1983, 904 ss.; F. DEVESCOVI, *Fondi comuni di investimento: nuove responsabilità per gli amministratori?*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 843; R. COSTI, *I fondi comuni di investimento. Profili organizzativi*, in *I fondi comuni d'investimento*, a cura di P.G. Jaeger e P. Casella, Milano, 1984, 113 ss.; G. MEO, *Azione comune e azione individuale contro amministratori e sindaci di società di gestione di fondi comuni mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 169; G. GENTILE, *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Padova, 1991, 244 ss.; E. SABATELLI, *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare*, Milano, 1995, 103 ss.; E. TONELLI, *Le società di gestione del risparmio*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di A. Patroni Griffi, M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 1999, 83 s.; M. MIOLA, F. BRIOLINI, *Commento sub art. 36*, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, cit., 325 ss.; P. SPOLAORE, *Gestione collettiva del risparmio e responsabilità*, cit., 1148 ss.

<sup>101</sup> Nel senso che l'azione risarcitoria possa avvantaggiare il fondo comune di investimento: E. TONELLI, *Le società di gestione del risparmio*, cit., 86-87; M. MIOLA, F. BRIOLINI, *Commento sub art. 36*, in *Commentario al Testo Unico della Finanza*, diretto da M. Campobasso, Torino, 2002, I, 325-326.

L'adempimento dell'obbligo risarcitorio gravante sulla SGR cagiona l'inclusione di un diritto (es. la somma di denaro o il bene ceduto in virtù del risarcimento in forma specifica) nel fondo. Dall'istante in cui l'obbligo risarcitorio è adempiuto, allora, quella che era una situazione giuridica soggettiva, imputata all'investitore, si trasforma in una situazione inclusa nel fondo, che, in quanto tale, non potrà essere tutelata da azioni giudiziali dell'investitore, ma soltanto su iniziativa della SGR.

Va poi sgombrato il campo da un dubbio che potrebbe sorgere a questo riguardo. Dimostrato che l'azione dell'investitore non viola l'art. 81 c.p.c. con riguardo al fondo, si potrebbe comunque pensare che essa comporti una violazione di quella stessa disposizione con riguardo ai diritti alla *best execution* spettanti ai partecipanti che non abbiano agito in giudizio.

In realtà, il partecipante che chieda la condanna della SGR alla reintegrazione del valore del fondo esercita un diritto proprio, la cui attuazione comporta, in via di mero fatto, il soddisfacimento dell'interesse creditorio dei partecipanti che non abbiano agito. Il fenomeno, allora, può essere qualificato, dal punto di vista processuale, come legittimazione concorrente ad agire.

Si verifica, così, un'eccezionale scissione tra il patrimonio in cui sussiste la situazione giuridica vantaggiosa (patrimonio del partecipante) e quello in cui si produrranno gli effetti vantaggiosi dell'attuazione di quello stesso diritto (fondo comune). Tale scissione dipende, a monte, dallo scollamento esistente tra il patrimonio nel quale si verifica il danno (fondo) e quello in cui esiste il diritto al risarcimento di quello stesso danno (patrimonio del partecipante).

Quanto al secondo profilo, l'indipendenza della società dagli investitori, prescritta dagli artt. 1 lett. k) e 36, comma 3 del Testo Unico, consiste nell'impossibilità di impartire istruzioni (ossia comandi *pro futuro*) e di compiere direttamente gli atti gestori o di caducarli, non

---

Nel senso della risarcibilità del solo danno arrecato al patrimonio individuale del partecipante: G. MEO, *Azione "comune" e azione "individuale" contro amministratori e sindaci di società di gestione di fondi comuni mobiliari*, in *Riv. dir. comm. gen. obbl.*, 1986, 188; A. BORGIOI, *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni d'investimento mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1983, 932.



invece nell'interdizione di azioni giudiziali risarcitorie a tutela del diritto alla *best execution* leso da atti gestori oramai compiuti. Occorre quindi distinguere tre momenti, ovverosia prima della *mala gestio*, tra quest'ultima e la liquidazione della quota, e dopo quest'ultima.

Premesso che la terza fase non dà luogo a particolari questioni – giacché il danno si verifica nel patrimonio del singolo investitore in cui si sia riversata una quota inferiore a quella che ci si sarebbe attesi da una corretta gestione – l'ingerenza posta in essere nella prima fase, ossia prima del compimento degli atti gestori, consisterebbe in un comando *pro futuro*. Poiché tale ingerenza può essere compiuta con atti stragiudiziali, ma anche mediante atti processuali, il partecipante, in virtù degli artt. 1 lett. k) e 36, comma 3, non può esercitare alcuna azione – di tipo preventivo, cautelare o inibitorio – prima del perfezionamento dell'atto gestorio<sup>102</sup>. In questa fase, pertanto, i rimedi giurisdizionali sono interdetti al partecipante, il quale potrà valersi esclusivamente della tutela amministrativa, prestata dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB, le quali fungeranno in un certo senso da filtro alle doglianze degli investitori, intervenendo nei confronti della SGR dopo un vaglio professionale e nei soli casi in cui siano riscontrabili violazioni della Legge o dei criteri di gestione imposti dalla normativa regolamentare.

Venendo alla seconda fase, che va dal compimento dell'atto gestorio alla liquidazione della quota, il partecipante potrà agire contro la SGR in via giurisdizionale per sentir condannare la società al risarcimento dei danni arrecati al valore del fondo.

---

<sup>102</sup> Un'azione siffatta sarebbe affetta da impossibilità giuridica. V. Capitolo III, § 4.

Nel caso in cui l'atto gestorio, invece, non sia immediatamente efficace, si porrà la questione di comprendere se l'azione del partecipante sia ammissibile. La *best execution*, stante l'intervenuto perfezionamento dell'atto (es. negoziale), sarà già stata violata, ma tale violazione, alla luce della provvisoria inefficacia dell'atto medesimo, non avrà ancora prodotto alcun danno al fondo. In quest'ipotesi, l'azione del partecipante verso la SGR non integrerà un comando *pro futuro* e non metterà in dubbio l'indipendenza della società. Si possono quindi prospettare una condanna in futuro, una condanna a prestazione condizionata e un provvedimento cautelare.

Il diritto dell'investitore, allora, non consiste in una titolarità sostanziale o meramente economica delle situazioni incluse nel fondo, né in un diritto reale sul fondo, ma in un diritto di credito, verso la società, avente a oggetto la *best execution* della gestione del fondo stesso. Si evitano in tal modo sia le aporie cui dà luogo l'idea di un diritto sul patrimonio<sup>103</sup>, sia l'obiezione<sup>104</sup> per cui il diritto di credito non rappresenterebbe appieno la situazione dei partecipanti, che non è quella di un tradizionale creditore "statico", riconducibile alla fattispecie dell'art. 2740 c.c., ma di un investitore, che soffre il rischio dell'attività imprenditoriale consistente nella gestione di un fondo comune e quindi di un patrimonio produttivo.

È vero, infatti, che il patrimonio ha due funzioni, una statica e tradizionale, consistente nella garanzia del ceto creditorio, e una dinamica, ovverosia l'essere strumento dell'attività imprenditoriale. È chiaro, così, che a queste due funzioni del patrimonio corrispondano due categorie di creditori, statici e dinamici, a seconda che il loro diritto abbia ad oggetto una prestazione predeterminata, piuttosto che la partecipazione ai rischi e ai benefici dell'attività gestoria<sup>105</sup>. Tutto questo, però, esclude soltanto che il diritto del partecipante nei confronti della SGR sia identico a quello vantato nei riguardi di questa da qualsiasi creditore statico. Non impedisce, invece, che vi sia comunque un diritto di credito, seppure «dinamico», avente a oggetto l'attività, ossia la gestione del fondo, condotta diligentemente e lealmente.

È così possibile evitare le critiche mosse giustamente dalla giurisprudenza a coloro che hanno immaginato di poter ricondurre il fondo comune al patrimonio di cui ragiona l'art. 2394 c.c.:

in proposito vi sarebbe da obiettare anzitutto che i partecipanti al fondo [...] non sono sempre e continuativamente

---

<sup>103</sup> Aporie evidenziate da: V.M. TRIMARCHI, voce *Patrimonio (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 280; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in ID., *Scritti giuridici, Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998, 668; A. JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico"*, cit., 1253 ss.

<sup>104</sup> P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. dir. soc.*, 2002, 131.

<sup>105</sup> A. JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico"*, cit., 1253 ss.

creditori, ma lo divengono solo quando si realizzano le relative condizioni contrattuali, spesso costituite dalla liquidazione stessa del fondo. [...] Inoltre [...] i partecipanti sono creditori della SGR, non del fondo, sicché l'azione *ex art. 2394 c.c.* avrebbe ad inutile riferimento il patrimonio della SGR e non il patrimonio segregato nel fondo. Occorrerebbe poi che si spiegasse quale significato assume il concetto di “insufficienza patrimoniale” rispetto a fondi in cui necessariamente i partecipanti, con l'acquisto della quota, assumono tutti allo stesso modo ed *ab origine* il rischio dell'investimento, talché si potrebbe discutere circa la possibilità di qualificare il fondo come patrimonio del debitore destinato *ex art. 2740 c.c.* a garanzia delle loro ragioni<sup>106</sup>.

Ho già detto che, in realtà, i partecipanti sono creditori anche prima della liquidazione della quota<sup>107</sup>. Quanto al resto del brano citato, invece, è condivisibile l'affermazione secondo cui i partecipanti sono creditori della SGR e non del fondo. Le situazioni vantate dai partecipanti, inoltre, non hanno *a oggetto* il fondo, ma prestazioni (*best execution* e liquidazione della quota) che concernono il fondo e che sono di tipo dinamico.

Una scorretta gestione del fondo, quindi, non incide sulla garanzia patrimoniale generica: la SGR risponde dell'adempimento delle obbligazioni gestorie con tutti i beni, presenti e futuri, del proprio patrimonio sociale (art. 2740 c.c.). È allora quest'ultimo patrimonio che i partecipanti al fondo possono aggredire esecutivamente per conseguire quanto è dovuto a loro o al fondo (art. 2910 c.c.). Non è nemmeno pensabile, pertanto, che il fondo possa costituire il patrimonio della cui incapienza discorre l'art. 2394 c.c.

È dunque evidente quanto la funzione statica sia propria del solo patrimonio sociale relativamente ai creditori della SGR, mentre il fondo comune *di investimento* è – nei confronti dei partecipanti, ma non nei riguardi dei terzi – un patrimonio che rileva non quale

---

<sup>106</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit., esaminata nel Capitolo I, § 8.

<sup>107</sup> § 4.

garanzia dell'adempimento delle obbligazioni, ma come strumento per l'attività di investimento.

Ciò che invece non si può condividere è l'assunto della citata sentenza del Tribunale di Milano secondo cui l'art. 2394 c.c. è totalmente inapplicabile al fenomeno dei fondi comuni.

In realtà, poiché il debitore è la SGR e poiché l'inadempimento dell'obbligo di *best execution* dà luogo al diritto al risarcimento del danno consistente nella diminuzione di valore, e considerando che di tale obbligo secondario la società risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri, allora il patrimonio che potrebbe essere insufficiente alla reintegrazione del fondo e che farebbe quindi da punto di riferimento dell'art. 2394 è il patrimonio sociale.

L'art. 2394 c.c., infatti, è applicabile in materia di fondi comuni, ove ne sussistano i presupposti (responsabilità degli amministratori per l'incapienza del patrimonio sociale), a tutela del credito dei partecipanti alla reintegrazione del valore del fondo comune scorrettamente gestito e al risarcimento del danno sofferto dai propri patrimoni individuali.

Con ciò non si viola l'art. 36, comma 4 TUF, secondo cui «delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la SGR risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo». L'obbligo risarcitorio verso gli investitori non è contratto *per conto del fondo*, ma sorge dall'illecito contrattuale consistente nella *mala gestio*. I partecipanti sono quindi considerati alla stregua di creditori involontari qualora il loro diritto alla *best execution* sia violato colpevolmente dalla SGR, cosicché non è opponibile alcuna limitazione di responsabilità. Ciò ricorda l'art. 2447 *quinquies*, comma 3 c.c.<sup>108</sup>.

Né la possibilità, per i partecipanti, di convenire in giudizio gli amministratori della società di gestione, *ex art. 2394 c.c.*, è incompatibile con l'indipendenza assicurata alla SGR dagli artt. 1, lett. k) e 36 TUF. Anche agli amministratori di una ordinaria società per azioni,

<sup>108</sup> «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».

infatti, è riconosciuta l'assoluta indipendenza, rispetto ai creditori, nella gestione del patrimonio sociale; eppure i creditori medesimi possono agire contro gli amministratori. Pertanto, se tale autonomia non preclude l'azione *ex art.* 2394 c.c. nell'ambito delle ordinarie società per azioni, allora quella stessa autonomia non può esserle di ostacolo nemmeno nel settore dei fondi comuni d'investimento.

Gli amministratori, perciò, assumono verso la società, *ex art.* 2391 c.c., l'obbligo di corretta gestione del capitale sociale, la cui lesione può dar luogo alle azioni previste dagli artt. 2393 e 2394, rispettivamente da parte della società e dei partecipanti al fondo. Ma mentre la società, come pure i suoi soci *ex art.* 2395, possono agire sulla base del pregiudizio al capitale sociale, i partecipanti possono agire contro gli amministratori soltanto se sia il fondo (patrimonio dinamico), sia il patrimonio sociale (patrimonio statico) sono stati pregiudicati da una gestione negligente o infedele<sup>109</sup>. La colpevole insufficienza del patrimonio sociale ai fini del risarcimento del danno cagionato al fondo dà quindi azione *ex art.* 2394 c.c.

Anche il rapporto tra gli amministratori e la SGR in merito alla gestione del fondo è stato oggetto di attenta disamina da parte del Tribunale di Milano<sup>110</sup>:

si impone una lettura degli artt. 72 comma 5 TUB e 56 comma 3 TUF, 84 comma 5 TUB e 57 comma 3 TUF nel senso che, laddove è menzionata la “azione sociale di responsabilità” – espressione che evidentemente richiama il disposto degli artt. 2392, 2393, 2407 comma 3 c.c. – essa debba essere intesa come riferentesi alla legittimazione non solo all'azione per il risarcimento del danno subito, per effetto della *mala gestio* dei suoi amministratori, dal patrimonio della SGR, ma anche all'azione

---

<sup>109</sup> Già il Tribunale di Milano, 24 ottobre 2014, in *IlSocietario.it*, 22 ottobre 2015, con nota di Fainelli, aveva escluso che i partecipanti potessero agire nei confronti degli amministratori della SGR per ottenere il risarcimento del danno cagionato al fondo. Quell'azione spetterebbe infatti alla sola SGR.

<sup>110</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.

per il risarcimento che quegli atti abbiano provocato al fondo, quale patrimonio separato gestito dalla SGR medesima<sup>111</sup>.

<sup>111</sup> Ai sensi dell'art. 56, comma 3 TUF, dedicato all'amministrazione straordinaria, «la direzione della procedura e tutti gli adempimenti a essa connessi spettano alla Banca d'Italia. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 70, commi 2, 3, 4 e 5, 71, 72, 73, 74, 75, 75-*bis* e 77-*bis* del Testo unico bancario, intendendosi le suddette disposizioni riferite agli investitori in luogo dei depositanti, alle SIM, alle imprese di paesi terzi diversi dalle banche, alle società di gestione del risparmio, alle SICAV, alle SICAF e ai GEFIA non UE autorizzati in Italia in luogo delle banche, e l'espressione "strumenti finanziari" riferita agli strumenti finanziari e al denaro».

Il TUB, riguardo alla stessa procedura, prevede, all'art. 72, comma 5, che «l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro i membri dei disciolti organi amministrativi e di controllo ed il direttore generale, nonché dell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti o della revisione, spetta ai commissari straordinari, sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia. Gli organi succeduti all'amministrazione straordinaria proseguono le azioni di responsabilità e riferiscono alla Banca d'Italia in merito alle stesse».

In tema di liquidazione coatta amministrativa, invece, dispone l'art. 57, il cui terzo comma prevede quanto segue: «la direzione della procedura e tutti gli adempimenti a essa connessi spettano alla Banca d'Italia. Si applicano, in quanto compatibili, l'articolo 80, comma da 3 a 6, e gli articoli 81, 82, 83, 84, 85, 86, a eccezione dei commi 6 e 7, 87, commi 2 e 3, 88, 89, 90, 91, a eccezione dei commi 1-*bis* e 11-*bis*, 92, 92-*bis*, 93, 94 e 97 del Testo unico bancario, intendendosi le suddette disposizioni riferite alle SIM, alle società di gestione del risparmio, alle SICAV, alle SICAF in luogo delle banche, e l'espressione "strumenti finanziari" riferita agli strumenti finanziari e al denaro. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 92-*bis* del Testo unico bancario alle società di gestione del risparmio, le disposizioni ivi contenute relative ai clienti iscritti nella sezione separata si intendono riferite ai fondi o ai comparti gestiti dalla società».

In riferimento alla stessa liquidazione coatta amministrativa, l'art. 84, comma 5 TUB sancisce che «l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e di quella dei creditori sociali contro i membri dei cessati organi amministrativi e di controllo ed il direttore generale, dell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, nonché dell'azione del creditore sociale contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, spetta ai commissari, sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca d'Italia».

Dal rinvio che il TUF fa (soltanto) a tali disposizioni, si deduce l'inapplicabilità della legge fallimentare: Tribunale di Milano, 29 giugno 2012, con nota

L'assunto ingenera dubbi alla luce di una contraddizione che emerge anche in un passo precedente:

una volta riconosciuto che le azioni di cui dispongono i partecipanti al fondo non esauriscono la tutela di cui il fondo stesso necessita e che la SGR assume *ex lege* una posizione di garanzia rispetto all'integrità patrimoniale del fondo, i suoi amministratori divengono possibili destinatari dell'azione risarcitoria da parte della SGR *ex contractu* non meno del locatario che abbia danneggiato un immobile del fondo.

Se l'ufficio gestorio attribuitele *ex lege* impone alla SGR di agire contro i propri amministratori, come si può affermare che l'obbligo risarcitorio incombente su quegli stessi amministratori sorge *ex contractu*? Occorre chiarire qual è la fonte dell'obbligo primario (corretta gestione) e di quello secondario (risarcimento): la legge o il contratto?

La contraddizione potrebbe essere soltanto apparente e risolversi nel modo seguente.

L'amministratore assume contrattualmente, nei confronti della società, un obbligo di fedele e diligente gestione sia del patrimonio sociale<sup>112</sup>, sia dei fondi gestiti. Il contratto è d'altronde stipulato con una società di gestione del risparmio, non con una qualsiasi

---

di G. PESCATORE, *Titolarità di un fondo comune di investimento immobiliare e sua (non) rivendicabilità*, in *Iffallimentarista.it*, 22 giugno 2012.

Per l'applicabilità al fondo dell'accordo di ristrutturazione di debiti, v. Tribunale di Milano, 10 novembre 2016, con nota di A. SANTONI, *Crisi del fondo comune di investimento, crisi della SGR e accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2018, 120.

<sup>112</sup> Sulla natura contrattuale della responsabilità degli amministratori verso la società, si veda: Tribunale di Roma, Sez. spec. Impresa, 19 ottobre 2015, n. 20844, in *ilsocietario.it* 2016, 3 marzo; Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, 16 maggio 2016, n. 9894, in *Redazione Giuffrè* 2016; Tribunale di Roma, sez. V, 7 giugno 2016, n. 11487, in *Redazione Giuffrè* 2016.

Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. I, 22 marzo 2010, n. 6870, in *Diritto e Giustizia online* 2010, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 3, 417; Cass., sez. I, 10 aprile 2014, n. 8458, in *Diritto & Giustizia* 2014, 11 aprile, in *Guida al diritto* 2014, 23, 92, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 2014, 3, 578, in *Giust. Civ. Mass.* 2014; Cass., sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

società per azioni. La responsabilità e il conseguente diritto risarcitorio della SGR sorgono *ex contractu*, mentre l'obbligo della società di azionare la pretesa risarcitoria discende dall'art. 36, comma 3 e dunque dall'ufficio gestorio di cui è titolare *ex lege*.

Così apparentemente risolta l'aporia, ci si presenta, però, un'altra questione. Qual è il danno che la società subisce in conseguenza della diminuzione di valore del fondo? L'esistenza di tale danno per la società può essere revocata in dubbio una volta che si noti che il patrimonio depauperato non è imputato alla SGR. Anche qui, dunque, emerge la rilevanza della distinzione tra il patrimonio primario e quello secondario, cui ho dedicato buona parte del Capitolo II, come pure dell'inquadramento del fondo comune nella prima categoria, secondo quanto si è detto nel Capitolo IV.

Non si potrebbe tentare un parallelismo con i partecipanti. Costoro hanno diritto alla massimizzazione del valore di un patrimonio che non appartiene loro, mentre quella stessa massimizzazione, per la società, non costituisce un interesse, bensì un obbligo contrattuale.

Si dovrebbe allora desumerne che l'unico danno-evento che l'amministratore può cagionare alla società è quello derivante dall'inadempimento dell'obbligo di *best execution*, al quale consegue un danno-conseguenza consistente nell'esborso risarcitorio cui la SGR è costretta a seguito della soccombenza nei confronti dei partecipanti. Il semplice inadempimento dell'obbligo di leale e diligente gestione, difatti, non diminuisce in alcun modo il patrimonio sociale.

A questo punto, però, sarebbe confermata una tesi che lo stesso Tribunale di Milano ha rigettato: la SGR potrebbe agire nei confronti dei propri precedenti amministratori soltanto in via di rivalsa, ovvero solamente dopo aver corrisposto il risarcimento in esito alla soccombenza in un eventuale giudizio introdotto dagli investitori<sup>113</sup>.

Esiste quindi una contraddizione all'interno della motivazione adottata dai Giudici milanesi.

---

<sup>113</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.



Da un lato si sostiene che gli amministratori sono responsabili verso la società come qualsiasi terzo e che quindi possono essere convenuti anche prima di una soccombenza della società nei confronti degli investitori. Allo stesso tempo, tuttavia, il Tribunale afferma che gli amministratori assumono *ex contractu*, verso la società, un obbligo di corretta gestione del fondo, cosicché il danno da inadempimento si verifica solo quando il patrimonio sociale è ormai stato impoverito dall'esecuzione del risarcimento in favore del fondo.

Il fatto che il fondo sia un patrimonio primario, rispetto al quale la società assume un obbligo di *best execution* nell'interesse degli investitori, titolari di un diritto risarcitorio a favore di un patrimonio non proprio, dà luogo a un'architettura talmente anomala da non consentire di applicare *sic et simpliciter* le norme di cui agli artt. 2391 ss. c.c.

Devo anzitutto chiarire che i danni ipotizzabili in conseguenza della *mala gestio* degli amministratori sono due: quello al patrimonio sociale e quello al fondo.

Il pregiudizio al patrimonio sociale integra l'ambito operativo tradizionale degli artt. 2391 ss., cosicché non si pone nessuna particolare questione. Va tuttavia ricordato che tali azioni sono esperibili soltanto in via di rivalsa, ovvero dopo che quel patrimonio si sia depauperato in conseguenza del risarcimento eseguito a favore del fondo<sup>114</sup>.

Il danno arrecato al fondo, invece, comporta l'inadempimento degli obblighi gestori contrattualmente assunti dalla società nei confronti degli investitori, cosicché non provoca alcun pregiudizio alla società. A questo proposito, pertanto, gli artt. 2391 ss. c.c. non sono pertinenti. Gli artt. 72, comma 5, e 84, comma 5 TUB, 56, comma 3 e 57, comma 3, TUF, che dettano una disciplina speciale dell'azione sociale di responsabilità, non possono perciò essere riferiti ai danni cagionati al fondo comune di investimento dagli amministratori della SGR<sup>115</sup>. La diminuzione di valore del

---

<sup>114</sup> Oppure in favore degli investitori qualora essi abbiano domandato il risarcimento cagionato ai propri patrimoni personali.

<sup>115</sup> In questo senso, invece, si è espresso il Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.

fondo, pertanto, incide su un patrimonio di cui la SGR non è titolare, ma di cui deve curare la gestione nell'interesse altrui. Tale azione prescinde dalla soccombenza della SGR nei confronti degli investitori.

Allorquando, invece, l'azione sia intentata in via di rivalsa, a seguito dell'esecuzione dell'obbligo risarcitorio in favore del fondo o dei singoli investitori, l'azione è quella dell'art. 2393 c.c., ha natura contrattuale e tende alla reintegrazione del patrimonio sociale, rispondendo all'interesse della sola SGR<sup>116</sup>. Si vede, allora, quanto sia rilevante, dal punto di vista non solo teorico, ma anche applicativo, comprendere che il fondo non è un patrimonio separato della SGR.

La posizione degli investitori è quindi tale da consentir loro di agire contro il gestore già prima di aver ricevuto un pregiudizio al proprio patrimonio personale, a favore di un patrimonio primario, il quale è sottoposto a una gestione che deve essere condotta nel loro esclusivo interesse.

Questo meccanismo è ben conosciuto nel diritto inglese, dove il *breach of trust* può legittimare i *beneficiary* ad agire contro il *trustee* infedele per ottenerne un risarcimento che incrementerà, non i loro patrimoni personali, ma il *trust fund*<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Sul carattere contrattuale dell'azione *ex* art. 2392 c.c. e sulla natura extracontrattuale dell'azione *ex* art. 2394 dello stesso codice: Cass., sez. I, 20 settembre 2012, n. 15955, in *Diritto & Giustizia* 2012, 21 settembre, con nota di Liso; Cass., sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, cit. Nella giurisprudenza di merito: Tribunale di Milano, sez. VIII, 2 maggio 2007, n. 5181, in *Giustizia a Milano* 2007, 9, 61; Tribunale di Roma, Sez. spec. Impresa, 16 maggio 2016, n. 9894, cit.

Le sentenze citate concernono l'esercizio delle suddette azioni da parte del curatore fallimentare *ex* art. 146 L. Fall., cosicché possono applicarsi, *mutatis mutandis*, al caso oggetto della sentenza ripercorsa nel testo (Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.) in cui l'azione contro gli amministratori è stata esercitata dal commissario liquidatore *ex* artt. 57 TUF e 84 TUB.

<sup>117</sup> R. EDWARDS, N. STOCKWELL, *Trusts and equity*, cit., 455 ss.

### 13. *Il partecipante al fondo può rivestire la qualifica di consumatore*

Occorre domandarsi, per completare la disamina dei profili sostanziali dei fondi comuni, se i partecipanti possano rivestire la qualifica di *consumatori* ai sensi dell'art. 3 cod. cons.<sup>118</sup>.

Deve anzitutto escludersi che possa essere consumatore il partecipante che abbia forma societaria.

Venendo alle persone fisiche, la giurisprudenza<sup>119</sup> ha costantemente e giustamente escluso, esaminando l'ambito di applicazione dell'abrogato art. 140 *bis* cod. cons.<sup>120</sup>, l'ammissibilità di una nozione sostanzialistica di *consumatore*, cui potrebbe essere ricondotto ogni soggetto debole, anche non sussumibile nella definizione dell'art. 3, lett. a) cod. cons., secondo cui è tale «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> In merito alla possibilità di considerare quale *consumatore* il *risparmiatore* che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, il dibattito è stato ampio e il quesito riceve prevalentemente e correttamente una soluzione in senso affermativo. A questo proposito: L. KLESTA DOSI, *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 667; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, 36; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Milano, 2005, 60 ss.; F. GRECO, *Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi "continuativi" tra fonte legale e fonte convenzionale*, in *Ilcaso.it*, consultato in data 8 novembre 2018.

<sup>119</sup> Sulla nozione di consumatore utilizzata dall'art. 140 *bis*, che presupponeva evidentemente quella dell'art. 3 Cod. cons.: Trib. Torino, 4 giugno 2010, in *Foro It.*, 2010, 1, 2523; in *Banca Borsa*, 5, 2010, 619, con nota di Cerrato; in *Giur. Comm.*, 2012, 2, II, 315, con nota di M. Lupoi; in *Danno e Resp.*, 2011, 67, con nota di Frata; in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, I, 869, con nota di M. Libertini e Maugeri; in *Giur. It.*, 2010, 12, 2601, con nota di Ronco e Zuffi; in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 1487, con nota di Ruggeri; Trib. Milano, 20 dicembre 2010, in *Giur. di Merito*, 2011, 7-8, 1789, con nota di Gorgoni, e in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 5, 1096, con nota di Perago; App. Milano, 3 maggio 2011, in *Foro It.*, 2011, 12, I, 3423.

<sup>120</sup> La disposizione limitava la *class action* ai soli consumatori e utenti *ex art.* 3 cod. cons.

<sup>121</sup> L'attività di gestione dell'investimento collettivo del risparmio non configura un'attività di impresa, giacché realizza un lucro in senso esclusivamente soggettivo: G. FERRI JR, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 86 ss. L'attività di investimento costituisce pertanto un'attività professionale.

La nozione sostanzialistica di consumatore è stata inoltre esclusa dalla giurisprudenza in relazione ai piccoli azionisti. Se è indiscutibile che costoro, essendo dei risparmiatori, acquisiscano partecipazioni societarie consci della impossibilità di incidere effettivamente sulla gestione dell'impresa, è altrettanto chiaro che, *ex art. 2247 c.c.*, l'entità della partecipazione societaria è irrilevante ai fini dell'identificazione della causa imprenditoriale del negozio di sottoscrizione delle azioni<sup>122</sup>.

In senso contrario non si potrebbe sostenere che lo scopo per il quale il piccolo risparmiatore sottoscrive l'azione sia diverso e vada individuato nell'interesse a far fruttare i propri risparmi. Questo scopo, seppur innegabile, non è giuridicamente rilevante. Esso non è presente in ogni negozio di questo tipo e non è oggettivamente posto a fondamento dello stesso dalle parti. Lo scopo suddetto, pertanto, non integra la causa (in astratto o in concreto) del contratto<sup>123</sup>, ma un motivo unilaterale ed è quindi irrilevante<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> Sia concesso di rinviare a L. IACUMIN, *Class action*, cit., 92-93, dal quale sono tratti molteplici riferimenti bibliografici e osservazioni contenuti in questo paragrafo.

Questo approccio ermeneutico *sostanzialistico* era già stato tentato in un'azione di classe dichiarata inammissibile da Trib. Torino, 4 giugno 2010, cit. Un correntista aveva sostenuto che il rito speciale previsto dall'art. 140 *bis* cod. cons. potesse essere percorso anche da soggetti deboli che non fossero consumatori, giacché l'endiadi «utenti e consumatori» escludeva il ricorso alla definizione contenuta nell'art. 3 cod. cons. Il Tribunale ha rigettato tali argomentazioni. La formulazione anomala dell'art. 140 *bis* era frutto di un mero difetto di coordinamento.

<sup>123</sup> Sulla distinzione di origine dottrinale tra causa in astratto e causa in concreto, si vedano, tra gli altri: G. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Roma, 1968; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Commentario Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 302 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 452 ss.; B. IZZI, *La funzione del contratto come funzione economica individuale*, in *Giust. Civ.*, 9, 2007, 1988 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 808; P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, cit., 655 ss.

Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, in *Foro It.*, 1998, I, 2889; Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. Notar.*, 2007, 1, 180, con nota di Ungari Transatti; Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *DeG online*, 2010, con nota di G. Milizia; in *Banca Borsa*, 2010, 3, II, 257, con nota di Barillà; Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, 388.

<sup>124</sup> Per una panoramica circa lo stato del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito ai motivi e alla sfumata linea di demarcazione tra questi ultimi e la

Tale conseguenza potrebbe essere evitata soltanto ritenendo che, agli effetti dell'art. 3, lett. a), cod. cons., siano eccezionalmente rilevanti i motivi soggettivi per i quali il singolo compie l'operazione.

Contro questo tentativo deve evidenziarsi che il principio d'irrelevanza dei motivi non soffre di deroghe ai fini della qualifica di *consumatore*<sup>125</sup>. Il contratto definito dall'art. 2247 c.c., inoltre, non corre tra la società e i soci, ma soltanto tra questi ultimi, caratterizzandosi sotto il profilo funzionale per essere volto alla realizzazione di uno scopo comune, rappresentato dall'esercizio in forma societaria di una attività imprenditoriale. Ciò impedisce di ritenere sussistente lo scambio, ossia quel rapporto di acquisto e consumo di beni e servizi cui l'art. 1 lett. a) cod. cons. subordina l'applicabilità del Codice stesso<sup>126</sup>.

Destinata al fallimento, inoltre, è qualsiasi questione di legittimità che si appunti sulla pretesa violazione dell'art. 3 Cost. in ragione dell'esclusione dei soggetti deboli, che non siano consumatori, dall'applicazione delle tutele consumeristiche<sup>127</sup>.

---

causa, soprattutto ove intesa in concreto: R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 346 ss.; P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, cit., 732 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 461 ss.

<sup>125</sup> Così G. ALPA e G. CHINÉ, voce *Consumatore*, cit., 545; G. CHINÉ, *Commento all'art. 3*, cit., 23.

Se anche ci si volesse rifare alla distinzione, di origine francese, tra gli atti della professione e quelli meramente relativi alla professione (su cui E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, cit.), ci si imbatterebbe nell'avverso orientamento di legittimità: Cass., sez. III, 13 giugno 2006, n. 13643, in *Giust. Civ.*, 2007, 5, I, 1175; Cass., Sez. un., 20 marzo 2008, n. 7444, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 3, 445.

<sup>126</sup> In questo senso si veda CONFINDUSTRIA (circolare), *Class action. La nuova disciplina dopo i decreti correttivi introdotti dalla Legge Sviluppo*, 16 ottobre 2009, n. 19244, 12; G. NEGRI, A. ZOPPINI, *Azione individuale ed ampia adesione*, in *www.ilsole24ore.com*; C. BRUNO, *Art. 140-bis cod. cons.*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e P. Perlingieri, Napoli, 2009, 773.

<sup>127</sup> Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro It.*, 2003, I, 332, con note di Palmieri e Plaia, ha dichiarato la manifesta infondatezza di una questione di legittimità, con cui si lamentava l'esclusione dalla tutela consumeristica dei soggetti che, pur agendo per scopi professionali, versano in una condizione di debolezza contrattuale analoga a quella del consumatore.

Non resta dunque che riconoscere come agli azionisti sia precluso il ricorso alla tutela consumeristica<sup>128</sup>.

Queste ragioni valgono a escludere da quella complessa tutela anche i partecipanti al fondo?

Costoro, in effetti, al pari dei soci, sono creditori dinamici. Il fondo non costituisce per essi la garanzia patrimoniale generica dell'art. 2740 c.c., ma è un patrimonio produttivo. Il rapporto che si instaura in forza dell'adesione al regolamento del fondo è di tipo *partecipativo*, giacché essi *partecipano* all'organismo di investimento collettivo del risparmio.

La partecipazione di coloro che investano in un fondo, ciò nondimeno, non è riconducibile a quella dei soci. Questi, infatti, concludono un contratto di società, *ex art. 2247 c.c.*, con tutti gli altri soci, non con la società stessa. I partecipanti al fondo, invece, non sono in rapporto gli uni con gli altri, né col fondo, ma esclusivamente con la SGR.

La posizione dei partecipanti si colloca quindi a metà strada tra quella dei soci (imprenditori collettivi), e quella degli obbligazionisti (consumatori-creditori). Conviene quindi verificare, in primo luogo, se per i partecipanti si presentano le stesse questioni che impediscono ai soci di ricorrere alle disposizioni del codice del consumo.

La circostanza per cui chi investe nel fondo partecipa al rischio inerente alla gestione collettiva del risparmio non significa che costui partecipi a quella stessa attività imprenditoriale. Ai sensi dell'artt. 1 lett. k), 32 *quater* e 36, comma 3 TUF, la SGR è l'unico soggetto che possa gestire un fondo e deve procedervi in assoluta autonomia, non ricevendo alcuna direttiva dagli investitori. La sottoscrizione della quota del fondo non ha pertanto una causa sussumibile in quella dell'art. 2247 c.c.: i partecipanti, pur conferendo beni o denaro con lo scopo di trarne un guadagno, non esercitano «in comune un'attività economica». Essi sembrano dunque agire «per scopi estranei all'attività imprenditoriale [...] eventualmente svolta» (art. 3, lett. a cod. cons.).

La posizione dei partecipanti ai fondi è allora analoga a quella degli obbligazionisti, i quali, pur prestando denaro a una società

---

<sup>128</sup> Corte d'appello di Firenze, 15 luglio 2014, in *Giur. It.*, 2015, I, 89 ss., con nota adesiva di L. IACUMIN, *Class action*, cit.

allo scopo di percepire gli interessi sul capitale, non partecipano all'attività economica di questa.

Per la stessa ragione, tuttavia, si potrebbe affermare che anche gli accomandanti di una S.A.S. non possono ingerirsi nell'attività imprenditoriale (art. 2320 c.c.), cosicché sarebbero consumatori, pur essendo soci. La posizione di socio e quella di consumatore, pertanto, non si escluderebbero a vicenda, il che desterebbe non pochi dubbi, giacché la giurisprudenza ricordata pocanzi considera incompatibili le due posizioni.

Forse, al fine di ricondurre la figura dell'accomandante a quella del socio ed escluderne quindi la sussunzione in quella del consumatore, si potrebbe affermare che anche l'accomandante, al pari dell'accomandatario, può percepire i dividendi, ossia una frazione degli utili derivanti dall'attività economica. Così, sebbene l'accomandante non svolga un'attività imprenditoriale, non si può dire che egli sottoscriva un contratto «per scopi estranei all'attività imprenditoriale».

In realtà, nemmeno questa considerazione risolve i nostri dubbi. L'art. 3, lett. a) cod. cons. stabilisce che è consumatore chiunque agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale «eventualmente svolta». Quest'ultimo elemento ci riporta a quanto stavamo dicendo, ossia che i partecipanti al fondo, al pari degli accomandanti, non svolgono alcuna attività economica, giacché non possono ingerirsi nell'amministrazione.

Ciò che esclude ogni sovrapposizione tra la posizione del socio accomandante e quella del consumatore è la considerazione per cui quello di società è un contratto con comunione di scopo, mentre il codice del consumo, alla luce di quanto abbiamo rammentato, concerne i soli contratti di scambio.

I partecipanti ai fondi, al contrario dei soci accomandanti, sottoscrivono un contratto di scambio con la SGR. Questa assume gli obblighi di *best execution* e di liquidazione della quota, verso il pagamento di un corrispettivo da parte degli investitori<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Secondo il Consiglio di Stato, sez. III, 11 maggio 1999, n. 608, cit., la sottoscrizione di quote dei fondi d'investimento immobiliare, subordinata

Riassumiamo allora i risultati dell'indagine. I partecipanti: a) concludono un contratto di scambio che li lega alla SGR e non agli altri investitori; b) pur essendo dei creditori dinamici e pur partecipando al rischio della gestione collettiva dei loro risparmi, non esercitano quell'attività imprenditoriale; c) non hanno diritto ai dividendi (*i.e.* a una quota degli utili), ma a una quota del risultato della gestione di un patrimonio che non è un soggetto societario.

La persona fisica che partecipi a un fondo comune, perseguendo scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, deve pertanto considerarsi un consumatore.

Ne segue l'applicabilità del codice del consumo, in quanto compatibile e fatte salve le esclusioni espressamente previste dalla legge in merito all'operatività di particolari disposizioni<sup>130</sup>.

---

all'apporto dei beni immobili, è parte di un negozio bilaterale a prestazioni corrispettive.

<sup>130</sup> Per esempio art. 47 cod. cons.





## CAPITOLO VII

# I PROFILI PROCESSUALI DEI FONDI COMUNI

## SEZIONE I

### LE *BENEFICIARY DISPUTE*

SOMMARIO: § 1. Introduzione: *summa divisio* delle controversie concernenti i fondi comuni d'investimento. – § 2. Le *beneficiary dispute*. – § 3. La *class action* contro la SGR di gestione. – § 4. La *class action* contro la banca depositaria e la SGR di promozione. – § 5. Le conseguenze della sostituzione di SGR e della separazione tra le funzioni di promozione e quelle di gestione. – § 6. Le esecuzioni.

1. *Introduzione: summa divisio delle controversie concernenti i fondi comuni d'investimento*

Non sarebbe scientificamente corretto porsi l'interrogativo di quali siano, in assoluto, le situazioni processuali del fondo, dei partecipanti e della SGR. La situazione giuridica è l'estremo di una relazione, cosicché la sua natura dipende dal soggetto o dal patrimonio rispetto al quale è correlativa. Così, ricalcando la classificazione inglese delle controversie concernenti il *trust*, il quale costituisce l'“archetipo” degli OICR<sup>1</sup>, distinguerò due tipi di processi: *third party dispute* e *beneficiary dispute*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> F. ANNUNZIATA, *Gli organismi di investimento*, cit., X, nota 3.

<sup>2</sup> La sistematica inglese è stata elaborata nel caso *Alsop Wilkinson v. Neary and others*, in [1995] 1 *All. Engl. Law rep.*, 431. Oltre alle due tipologie di procedimenti ricordate nel testo, la Corte individuò anche le *friendly dispute*, in cui il *trustee* chiede al giudice un'interpretazione autentica dell'atto istitutivo del *trust*, domanda di colmarne le lacune o di correggerne gli errori quando il *settlor* non possa provvedervi, o ancora richiede istruzioni su come amministrarne il fondo. Si tratta, dunque, di procedimenti di giurisdizione volontaria, inerenti all'atto istitutivo del *trust*.

Con la prima espressione indico le controversie sorte tra la società di gestione (omologa del *trustee*) e i terzi, mentre con la seconda mi riferisco ai processi che i partecipanti al fondo (omologhi dei *beneficiary*) avviano contro la SGR di gestione in conseguenza di scelte che questa ha operato nella gestione del fondo comune (omologo del *trust fund*).

## 2. *Le beneficiary dispute*

È opportuno iniziare lo studio dei profili processuali partendo dalle controversie riguardanti il rapporto, sistematicamente centrale, intercorrente tra gli investitori e la SGR.

Le *beneficiary dispute* concernono l'adempimento degli obblighi gravanti sulla società di gestione nei confronti dei partecipanti. Sono quindi prospettabili due oggetti processuali: il diritto alla *best execution* – consistente nell'aumento del valore del fondo secondo i canoni del *duty of care* e del *duty of loyalty* – e il diritto alla liquidazione della quota.

Esaminando i rapporti che legano la SGR agli investitori<sup>3</sup>, ho rilevato le peculiarità dei fondi (previsione normativa dell'interesse alla massimizzazione del valore globale del fondo; impossibilità di ripristinarne il valore mediante la *compensatio*) e ne ho tratto la conclusione per cui gli investitori vantano un autonomo diritto di cre-

---

Le *third party dispute* consistono nei procedimenti che siano avviati dal *trustee* contro i terzi o da costoro contro il *trustee*, ad esempio per responsabilità da illecito contrattuale o extracontrattuale che il *trustee* abbia subito o commesso durante la gestione del *trust*.

Nelle *beneficiary dispute*, la controversia è introdotta dal beneficiario nei confronti del *trustee* e ha ad oggetto la violazione dei *fiduciary duty* incombenti su quest'ultimo. In tali controversie, è richiesta la revoca del *trustee* e inoltre la sua condanna al risarcimento dei danni cagionati al *trust*, o ci si duole del carattere non paritetico della distribuzione dei proventi tra i beneficiari oppure dell'illegittimità di un'alienazione.

Per l'approfondimento di questa classificazione e per il carattere contenzioso di queste due ultime categorie di controversie, v. F. CORSINI, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino, 2012, 9 ss.

<sup>3</sup> Capitolo VI, § 4.

dito, avente a oggetto la *best execution*, il cui mancato assolvimento integra un inadempimento già prima della liquidazione della quota.

Se la SGR, pertanto, cagiona una diminuzione del valore del fondo violando il *duty of loyalty* o il *duty of care*, allora ogni singolo investitore, ancor prima della liquidazione della propria quota individuale, può convenire in giudizio la società al fine di sentirla condannare al risarcimento del danno in favore del fondo.

Le *beneficiary dispute*, soprattutto nel processo di cognizione, non pongono particolari dubbi, giacché sussistono tra due o più soggetti (SGR di gestione e partecipanti).

I partecipanti fanno valere propri diritti di credito. Sono quindi parti sostanziali, parti che stanno in giudizio col nome e, salvo che abbiano designato un rappresentante, parti che stanno in giudizio con l'attività.

Le situazioni giuridiche della società, correlative ai due crediti dei partecipanti, sono dei normali debiti. La SGR quindi sta in giudizio con l'attività e col nome. Essa, inoltre, è parte sostanziale, giacché i debiti che saranno incisi dal giudicato sostanziale le sono imputati.

Di conseguenza, tutti i corollari che discendono dalle tre accezioni del termine *parte* sono quelli ben noti. Spero quindi di aver offerto ai pratici un criterio solido per risolvere i dubbi applicativi che non dovessi eventualmente trattare nel corso dell'opera. Si possono offrire degli esempi circa le conseguenze concrete di tale inquadramento.

Poiché sta in giudizio col proprio nome, la società, ove soccombente, sarà tenuta alla corresponsione delle spese processuali. L'amministratore che la rappresenta in giudizio è incapace a testimoniare *ex art. 246 c.p.c.*<sup>4</sup>.

Riprendendo il parallelismo con il contratto a favore di terzi, ricordo che, secondo la giurisprudenza, lo stipulante può agire contro il promittente per sentirlo condannare all'esecuzione dell'obbli-

---

<sup>4</sup> Per l'incapacità a testimoniare degli amministratori che rappresentano in giudizio le società: Cass., sez. lav., 19 aprile 1980, n. 2580, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 4; Cass., sez. II, 11 novembre 1996, n. 9826, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1497.

gazione in favore del terzo<sup>5</sup>. Lo stipulante non deduce un diritto altrui, ma un diritto proprio alla soddisfazione del diritto del terzo. Pertanto, l'art. 81 c.p.c. è rispettato. Per la stessa ragione, parte sostanziale è solo lo stipulante, non anche il terzo. La prestazione è infatti unica ed è oggetto di due diritti di credito di cui soltanto quello dello stipulante è dedotto in causa.

Parimenti, l'azione esercitata dal partecipante per sentir condannare la SGR, responsabile di *mala gestio*, all'esecuzione della prestazione risarcitoria in favore del fondo, ha a oggetto il diritto di credito del partecipante medesimo. Nel fondo, invece, non sussiste un diritto risarcitorio nei confronti della SGR di gestione. Il credito, diversamente dal contratto a favore di terzi, spetta unicamente al partecipante.

Si obietterà che, allora, all'interno del fondo non dovrebbero esistere nemmeno le situazioni giuridiche sottoposte alla gestione della SGR. Così, o all'interno del fondo non esistono situazioni giuridiche, oppure vi è ricompreso anche il credito risarcitorio verso la SGR.

In realtà, il credito risarcitorio contro la SGR sussiste in capo ai partecipanti, mentre il diritto al risarcimento contro qualsiasi altro danneggiante è incluso nel fondo. Se il diritto risarcitorio contro la SGR non sussistesse in capo ai partecipanti, allora dovremmo ammettere che esso è incluso nel fondo e la SGR lo può (e lo deve) esercitare in quanto gestore. Tale ipotesi configurerebbe in capo alla SGR un "istituzionale" conflitto d'interessi<sup>6</sup>: essa dovreb-

---

<sup>5</sup> A tale proposito, abbiamo citato Cass., sez. I, 1 marzo 1993, n. 2493: Capitolo VI, § 5.

<sup>6</sup> Abbiamo già utilizzato quest'argomentazione per escludere che i partecipanti possano agire, *ex art. 1394 c.c.*, contro la SGR e contro gli aventi causa dal fondo, in vista dell'annullamento degli atti di disposizione compiuti dalla società, in conflitto d'interessi: Capitolo VI, § 9.

Quest'argomentazione fa sì che il profilo della gestione dei diritti incida su quello della loro attribuzione a questo o a quel patrimonio. Quando la gestione della SGR comporta necessariamente un conflitto per cui la società agirebbe contro se stessa, allora, per l'effettività dei diritti, essi devono essere imputati ai partecipanti. Quando tale conflitto può non sussistere, allora i diritti sono

be agire contro se stessa per essere condannata alla reintegrazione del valore del fondo. L'assurdità di tale conclusione non può essere eliminata ricordando la possibilità, che io stesso ho riconosciuto alla SGR, di agire contro i propri amministratori per il risarcimento dei danni cagionati al fondo. Agendo contro costoro, la società non conviene in giudizio se stessa e non versa in un istituzionale conflitto d'interessi. È vero che la SGR può eseguire *sua sponte* il risarcimento in favore del fondo, ma ciò integra l'adempimento di un obbligo e non, invece, l'esercizio di un diritto, incluso nel fondo, che la società eserciterebbe contro se stessa.

Nemmeno si può immaginare che il diritto risarcitorio contro la SGR sia incluso nel fondo e i partecipanti lo possano esercitare. Questa ricostruzione violerebbe gli artt. 1, lett. k) e 36 TUF, consentendo ai partecipanti di esercitare una situazione che esisterebbe all'interno del fondo e che, dunque, dovrebbe essere affidata alla legittimazione esclusiva della SGR.

È parimenti insostenibile che l'anzidetto credito risarcitorio esista all'interno del fondo, ma non sia esercitabile da alcuno. La tesi, infatti, è una contraddizione in termini. Se il diritto esiste, ma nessuno ha il potere di esercitarlo, allora non è possibile pretendere dalla SGR, nemmeno in via giudiziale, l'adempimento dell'obbligo di reintegrare il fondo. Questo significa che la SGR non assume gli obblighi e, soprattutto, le responsabilità del mandatario.

Ciò comporta una violazione dell'art. 36, comma 3 TUF, salvo che si voglia sostenere che il diritto alla reintegrazione del fondo non esiste, sussistendo soltanto il diritto al valore della quota individuale, imputato ai singoli investitori. Questa conclusione, però, è contraddetta dagli approdi cui siamo giunti: esiste un interesse giuridicamente tutelato dei partecipanti alla *best execution*, prima ancora di quello alla liquidazione integrale della quota individuale; dalla violazione della *best execution* sorge un obbligo secondario, in capo alla SGR, di reintegrare il valore del fondo medesimo<sup>7</sup>.

---

inclusi nel fondo e, stante l'autonomia gestionale della società, quest'ultima è l'unica legittimata a farli valere.

<sup>7</sup> Capitolo VI, § 4. Si veda, all'interno del medesimo Capitolo VI, anche il § 12.

Per tentare di comporre l'antinomia tra l'esistenza dell'obbligazione risarcitoria in capo alla SGR e l'inesistenza di un diritto degli investitori, si potrebbe sostenere, infine, che la SGR abbia (non un obbligo, ma) un dovere di risarcimento, di fronte al quale non esiste alcun diritto dei partecipanti. Ciò si scontra col fatto che la SGR è titolare di un ufficio privato, non di un ufficio pubblico: essa, *ex artt.* 1, lett. k), 35 *decies* e 36, deve agire nell'interesse dei partecipanti, rispetto ai quali assume gli obblighi e le responsabilità del mandatario<sup>8</sup>.

Il diritto risarcitorio a favore del fondo, sussistente nei confronti della SGR che si sia resa responsabile di *mala gestio*, è dunque imputato ai partecipanti. L'azione con cui il partecipante agisce contro la SGR per ottenere il risarcimento a favore del fondo rispetta perciò l'art. 81 c.p.c.

Tutto ciò non significa che all'interno del fondo non esista il diritto al risarcimento dei danni cagionati dai terzi. Abbiamo detto che il diritto risarcitorio contro la SGR non può esistere all'interno del fondo, perché ciò implicherebbe un istituzionale conflitto d'interessi in capo alla società. Nel caso in cui il danneggiante sia un terzo, invece, la SGR non agisce contro se stessa.

Il credito risarcitorio nei confronti dei terzi esiste dunque all'interno del fondo comune d'investimento.

### 3. *La class action contro la SGR di gestione*

Occorre indagare la possibilità che le *beneficiary dispute* possano essere oggetto dell'azione di classe<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Capitolo VI, § 3.

<sup>9</sup> La giurisprudenza non considera la *class action* come un nuovo diritto sostanziale, ma come una speciale forma di tutela giurisdizionale, alternativa al processo ordinario di cognizione. Per i precedenti relativi all'art. 140 *bis* cod. cons.: App. Firenze, 14 dicembre 2011, in *DeG online*, 2012, 19 gennaio; Cass., sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, in *Foro It.*, 2012, 9, I, 2304, con nota di F. De Santis. Già l'abrogato art. 140 *bis* cod. cons., comma 1, infatti, chiariva che i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi erano tutelabili «anche» attraverso l'azione di classe.

L'art. 840 *bis* c.p.c., commi 1 e 4, si pone in questo solco disponendo che resta fermo il diritto all'azione individuale.

Non sarebbe utile dedicare pagine e pagine al travagliato cammino di quest’istituto di origine anglosassone<sup>10</sup> nell’ordinamento italiano<sup>11</sup> o alla questione – a mio avviso sistematicamente centrale

<sup>10</sup> Per un raffronto tra l’esperienza italiana e i modelli della *class action* americana e della *group action* inglese: F. DE SANTIS, *La pronunzia sull’ammissibilità della “class action”: una “certification” all’italiana?*, in *Class action*, a cura di R. Lener e P. Rescigno, in *Analisi giuridica dell’impresa*, 2008, 143 ss.; L. RENZI, *Il modello statunitense di class action e l’azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 5, 2008, 1213B ss.; A. FRIGNANI, P. VIRANO, *Le class action nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 2009, 1, 5 ss.; P. CONGEDO, M. MESSINA, *European “class” action: British and Italian points of view in evolving scenarios*, in *Europa e Dir. Priv.*, fasc. 1, 2009, 163 ss.; F. MACARIO, C. STAZI, *L’azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, 65.

<sup>11</sup> La letteratura in materia è vastissima.

Per la dottrina riguardante la formulazione originaria dell’abrogato art. 140 *bis* cod. cons.: C. CONSOLO, *L’art. 140-bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco “opera aperta”*, in *Foro It.*, 2008, V, 205 ss.; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro It.*, 2009, V, 383 ss.; C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l’art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corriere Giur.*, 2009, 1297 ss.; F. SANTANGELI, P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l’azione di classe dopo le recenti modifiche all’art. 140 bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*; F. DE SANTIS, *L’azione di classe a tutela dei consumatori*, in G. CHINÉ, G. MICCOLIS (a cura di), *La nuova class action*, Roma, 2010, 105 ss.; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 595 ss.; L. MEZZASOMA, F. RIZZO, *L’art. 140 bis del codice del consumo: l’azione di classe*, Napoli, 2011; M. BOVE, *L’oggetto del processo “collettivo” all’azione inibitoria all’azione risarcitoria (articoli 140 e 140-bis del codice del consumo)*, in *www.judicium.it*; L. ROSSI CARLEO, *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti e riflessioni a margine dell’ordinanza del Tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, in *www.judicium.it*; V. SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in *www.judicium.it*; S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 140 bis*, in *www.judicium.it*.

In merito alla riforma dell’ora abrogato art. 140 *bis*, introdotta con il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in L. 24 marzo 2012, n. 27: CESARO E., BOCCHINI F., *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti*, Padova, 2012; A. CARRATA, *La “semplificazione” dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, 161; F. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, 532; R. DONZELLI, *Art. 140 bis c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, 1039; F. DE SANTIS, *Modifiche all’azione di classe a tutela del consumatore*, in *Libro dell’anno del diritto 2013*, Roma, 2013; F. DE SANTIS, *La prima sentenza di accoglimento di una azione di classe a tutela dei consumatori*,



– della natura dell’atto di adesione; conviene piuttosto concentrare l’attenzione sulla sussistenza, nell’ambito dei fondi comuni, dei presupposti cui è subordinata l’esperibilità di tale rito.

La legge 12 aprile 2019, n. 31, recante *Disposizioni in materia di azione di classe*, ha introdotto il Titolo VIII *bis*, rubricato ai *procedimenti collettivi*, nel Libro IV del Codice di rito, così inserendo nell’ordinamento un’azione di classe e un’azione inibitoria collettiva non limitate all’ambito consumeristico dell’art. 140 *bis* cod. cons., abrogato dalla medesima legge<sup>12</sup>. Tali disposizioni sono entrate in vigore il 19 aprile 2020 e sono applicabili unicamente alle controversie concernenti condotte illecite successive a tale data, mentre alle condotte antecedenti si applicheranno le disposizioni allora vigenti.

---

in [www.treccani.it](http://www.treccani.it); L. IACUMIN, *Azione di classe e tutela degli azionisti*, in *Giur. it.*, 2015, I, 89 ss., dal quale sono tratti molteplici riferimenti bibliografici e osservazioni contenute nel presente paragrafo.

<sup>12</sup> I contributi dottrinali in materia sono numerosi: C. CONSOLO, *La terza generazione di azione di classe all’italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), aprile 2019; ID., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d’insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. Giur.*, 6/2019, 737; C. CONSOLO, M. STELLA, *La nuova azione di classe, non più consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), n. 12/2018; M. MALAVASI, *La riforma della class action: una prima lettura*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), aprile 2019; P. FLORIO, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 23 giugno 2019; E. GIRINO, *Class action in pillole: vademecum operativo*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), giugno 2019; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno resp.*, 3/2019, 301; G. PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno resp.*, 3/2019, 306; M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno resp.*, 3/2019, 309; P. G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno resp.*, 3/2019; M. MALAVASI, G. RICCIARDI, *La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), settembre 2019; L. CAPUTO, M. CAPUTO, *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Milano, 2019; S. BRAZZINI, P. P. MUIÀ, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019; AA. VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2019.

Per l’origine francese del sistema di adesione successiva all’azione collettiva in forza della sentenza che ne ha deciso l’*an debeat*: P. FLORIO, *op. cit.*, 27; G. BERTOLINO, *L’«opt-out» nell’azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, 475.

I requisiti oggettivi di esperibilità dell'azione di classe sono i seguenti: 1) gli oggetti processuali devono consistere in diritti individuali omogenei, non essendo dunque necessario che essi siano identici, in particolare per quanto attiene al *quantum debeatur*<sup>13</sup>; 2) essi possono avere sia natura contrattuale, sia extracontrattuale; 3) essi, inoltre, devono sorgere da condotte di un'impresa o di un gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità.

Si discute in dottrina se siano esperibili, mediante questo rito, azioni volte a ottenere la condanna del convenuto a eseguire: obblighi di fare, di non fare e di consegna di beni determinati; risarcimento in forma specifica; sentenze di mero accertamento. Controversa appare anche la possibilità di esercitare le impugnative negoziali<sup>14</sup>. Indubbia, invece, è l'utilizzabilità di questo rito per le azioni di risarcimento per equivalente, rilevanti ai nostri fini.

L'innovazione più radicale rispetto all'abrogato art. 140 *bis* cod. cons., tuttavia, consiste nel profilo soggettivo dell'azione, per il quale il rito è percorribile anche da coloro che non siano consumatori e, dunque, anche da imprese, come pure da enti pubblici esponenziali di interessi la cui lesione abbia dato luogo a diritti omogenei<sup>15</sup>. Ai sensi dell'art. 840 *bis* c.p.c., infatti,

un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutarî comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'au-

---

<sup>13</sup> Si è recepita dunque la giurisprudenza formatasi a seguito della riforma del poi abrogato art. 140 *bis* cod. cons., che aveva soppresso il riferimento all'*identità* di diritti in favore di quello alla loro *omogeneità*. Corte appello Milano, 3 marzo 2014, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 4, 1284, con nota di Porcari; Corte appello Torino, 17 novembre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, 1017; Tribunale di Venezia, 12 gennaio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1017; Corte appello Milano, 25 agosto 2017, in *NGCC*, 2018, 1, 10, con nota di Saguato.

È dunque necessario – e sufficiente – che sussista, in merito alla *causa petendi*, comunanza di danno-evento, danno-conseguenza e nesso di causalità, e, quanto all'oggetto delle pretese, comunanza di *petitum* mediato.

<sup>14</sup> M. MALAVASI, G. RICCIARDI, *La nuova class action*, cit., 8-10.

<sup>15</sup> V. VALLEFUOCO, *Anche le imprese possono presentare il ricorso*, in *Come cambia la class action*, *I focus del Sole 24 Ore*, 2019, 11.

tore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Ai fini di cui al periodo precedente, ferma la legittimazione di ciascun componente della classe, possono proporre l'azione di cui al presente articolo esclusivamente le organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia.

Ciò detto in linea generale, occorre ora verificare il ricorrere di tali requisiti in capo a un'azione di classe che i partecipanti al fondo, asseritamente lesi dalla condotta della SGR, volessero intentare.

Mediante la sottoscrizione della quota del fondo o mediante il suo acquisto, il soggetto diviene partecipante e perfeziona un contratto con la SGR. I diritti che i partecipanti ai fondi vantano nei confronti della SGR sono allora contrattuali. Essi, inoltre, sono «omogenei», poiché tutti i partecipanti vantano, nei confronti della società di gestione, gli stessi diritti primari (*best execution* e liquidazione della quota) e secondari (risarcimento dei danni cagionati al fondo o al patrimonio dell'investitore). Vi è perciò omogeneità di *causa petendi* e di *petitum*<sup>16</sup>.

I partecipanti, inoltre, rientrano nel novero dei soggetti legittimati anche a non volerne accogliere la qualificazione in termini di *consumatori*<sup>17</sup>.

Della SGR, tuttavia, si potrebbe contestare la natura di *impresa*, considerandola incaricata di un'attività professionale condotta in forma societaria<sup>18</sup>. Farebbe quindi difetto uno dei requisiti dell'a-

---

<sup>16</sup> La comunanza di *causa petendi* e l'omologia di *petitum* devono essere escluse quando l'investitore agisce per il risarcimento di un danno che sia stato cagionato unicamente al proprio patrimonio personale e non, anzitutto, al fondo. Un esempio potrebbe essere l'errato calcolo della liquidazione della quota di un partecipante. In questi casi, la *class action* non è esperibile. Se, tuttavia, tale errato calcolo si fosse ripercosso su una molteplicità di partecipanti, allora questi potrebbero esercitare la *class action*.

<sup>17</sup> V. Capitolo VI, § 13.

<sup>18</sup> Per G. FERRI JR, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 86 ss., l'attività di gestione dell'investimento collettivo del risparmio non configura un'attività di impresa, giacché realizza un lucro in senso esclusivamente soggettivo. L'attività di investimento costituirebbe pertanto un'attività professionale.

zione di classe. Ritengo tuttavia che la nozione di *impresa* adottata dagli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. non sia da individuarsi in maniera rigorosa sulla sola scorta dell'art. 2082 c.c., ma, tenendo a mente anche la pochezza della tecnica legislativa, possa estendersi a ogni attività economica, anche di natura professionale, che sia esercitata con modalità imprenditoriali. Tale mi sembra essere la gestione collettiva del risparmio condotta dalla SGR<sup>19</sup>. Questo costituisce senza dubbio il profilo piú problematico e forse opinabile dell'azione di classe *in subiecta materia*, ma una diversa opinione creerebbe una disparità di trattamento molto grave e difficilmente giustificabile.

Ne segue l'applicabilità degli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. alle controversie tra partecipanti e SGR per l'asserita *mala gestio* del fondo.

Sorge, però, un ulteriore problema.

Nel corso del Capitolo VI ho affermato che i partecipanti possono agire contro la SGR per il risarcimento dei danni cagionati al fondo. Il diritto risarcitorio esiste nel patrimonio dei singoli investitori. Il suo soddisfacimento, tuttavia, consiste in un risarcimento che si attua a favore del fondo, non dei patrimoni individuali. Ho quindi sostenuto che vi è una legittimazione attiva concorrente dei singoli partecipanti all'azione risarcitoria in favore del fondo. L'esecuzione del risarcimento da parte della SGR soddisfa, con un'unica prestazione, i diritti risarcitori di tutti gli investitori<sup>20</sup>.

Premesso che la *class action* ha sicuramente un senso quando l'oggetto del procedimento consiste nel *risarcimento a favore dei patrimoni*

---

<sup>19</sup> M. MALAVASI, G. RICCIARDI, *La nuova class action*, cit., 13-14, hanno sostenuto che «il riferimento alle “imprese” non parrebbe doversi leggere come mero rinvio all'art. 2082 c.c., che definisce la figura dell'“imprenditore”. Infatti, già con riferimento all'azione di classe consumeristica la giurisprudenza aveva avuto modo di far rientrare nella nozione di “impresa” tanto i professionisti quanto gli enti (di natura pubblica o privata) che, operando con metodo imprenditoriale ed eventualmente anche in assenza di scopo di lucro, erogano servizi pubblici all'utenza». Gli Autori citano in nota 34, oltre ai precedenti giurisprudenziali ai quali si rimanda, la conforme opinione di R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in AA. VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2019, 8 ss.

<sup>20</sup> Capitolo VI, § 4. Si veda, all'interno del medesimo Capitolo VI, anche il § 12.

*individuali dei partecipanti*, non sono sicuro di poter dire lo stesso nel caso in cui l'azione di classe concerna il *risarcimento a favore del fondo*. Se il vittorioso esperimento anche di una sola *azione individuale* è sufficiente a costringere la SGR a un risarcimento che, andando a favore del fondo, soddisfa i crediti risarcitori di tutti i partecipanti, che senso avrebbe un'*azione di classe*?

La *manchezza di senso* di una *class action* siffatta sembra impedire la sua stessa esperibilità. Se un solo processo ordinario di cognizione è in sé sufficiente a consentire a ciascun componente della classe di agire per un risarcimento che va a vantaggio di tutti i titolari dei diritti omogenei, allora la deviazione dal processo ordinario e l'adozione del rito regolato dagli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. appare contraria alla *ratio* di queste disposizioni, che non è quella di predisporre uno strumento liberamente esercitabile, ma uno strumento di tutela della classe ove quest'ultima abbia, come unica alternativa, quella di svolgere una miriade di processi ordinari individuali, che potrebbero eventualmente essere riuniti per connessione impropria *ex* artt. 103 e 274 c.p.c.

La sufficienza dell'azione individuale non esclude tuttavia né la concorrenza degli omogenei diritti degli altri investitori, né, di conseguenza, il rischio che sia introdotta una miriade di azioni individuali. A ben guardare, perciò, sussiste la *ratio* della *class action*, la quale è quindi ammissibile.

#### 4. La *class action* contro la banca depositaria e la SGR di promozione

Benché la banca depositaria e la SGR di promozione non abbiano compiti gestori e conseguentemente le *class action* che le coinvolgono non siano completamente assimilabili ai procedimenti introdotti nei confronti del *trustee*, pare opportuno, stante il loro rapporto qualificato con gli investitori e nel solco dell'esame dell'azione di classe condotto nel precedente paragrafo, trattarne in questa sezione, piuttosto che nella successiva.

L'azione di classe è esperibile ad opera dei partecipanti al fondo nei confronti della banca depositaria e della SGR di promozione, purché siano superati, anche per tali soggetti e come a me pare

opportuno, i dubbi sollevati nel precedente paragrafo intorno alla natura imprenditoriale della SGR di gestione.

I partecipanti non sottoscrivono alcun contratto con la banca depositaria, ma essa ha concluso un contratto con la SGR a loro favore, *ex artt.* 1411 ss. c.c.<sup>21</sup>. I partecipanti vantano quindi, nei confronti della banca, «diritti contrattuali». Alla medesima conclusione si dovrebbe comunque giungere ove si ritenesse esistente un contratto trilaterale tra società di gestione, depositaria e partecipanti.

Se si volesse mettere in dubbio questa ricostruzione, negando che i diritti che il terzo acquista *ex art.* 1411 c.c. siano contrattuali<sup>22</sup>, oppure configurando il contratto tra SGR e banca come un contratto con prestazione a favore di terzo<sup>23</sup>, i partecipanti potrebbero comunque esercitare una *class action* contro la banca, stanti gli ampi

<sup>21</sup> Capitolo VI, § 11.

<sup>22</sup> Il che non è possibile, giacché vi osta la giurisprudenza sviluppatasi sugli artt. 1411 ss. c.c. e secondo cui il diritto del terzo ha natura contrattuale, benché egli non sia parte del contratto, né in senso formale, né in senso sostanziale: Cass., sez. III, 9 aprile 2014, n. 8272, in *Giust. Civ. Mass.* 2014.

<sup>23</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 571 ricorda che la dizione «contratto con prestazione al terzo» si deve a P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, 19 e che la *figura iuris* in discorso può anche essere considerata, secondo U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, 65, come un contratto a favore di terzo con efficacia interna.

F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 958, propone gli esempi dell'art. 1269 c.c., ossia della *delegatio solvendi* in cui al delegato sia stato vietato di obbligarsi nei confronti del creditore, e dell'accollo interno a seguito del quale l'accollante esegua la prestazione *ex art.* 1180 c.c.

Inquadrare il rapporto tra banca e partecipanti nei termini di un contratto con prestazione a favore del terzo non pare corretto, poiché implicherebbe che il partecipante non abbia un interesse giuridicamente tutelato a che la banca esegua i compiti di garanzia affidati dal Testo Unico della Finanza. Il diritto a tale prestazione sussisterebbe soltanto in capo alla SGR. In realtà il Testo Unico impone un depositario per tutelare i partecipanti dalla SGR, non la SGR stessa.

D'altronde, ai sensi dell'art. 49, comma 1 TUF, «il depositario è responsabile nei confronti del gestore e dei partecipanti all'OICR di ogni pregiudizio da essi subito in conseguenza dell'inadempimento dei propri obblighi». Al partecipante spetta un diritto, non un vantaggio economico soltanto indiretto, né egli è mero destinatario di una prestazione oggetto del diritto della sola SGR stipulante.

requisiti fissati dagli artt. 840 *bis* ss. c.p.c., tra cui l'esperibilità del rito anche in relazione a illeciti extracontrattuali.

Il rito in discorso è applicabile ad esempio quando la banca depositaria o la SGR di promozione hanno posto in essere «comportamenti anticoncorrenziali» o «pratiche commerciali scorrette».

In tali categorie potrebbe farsi rientrare la falsità delle informazioni concernenti il valore del fondo<sup>24</sup>. Con riguardo alla parallela ipotesi del falso in prospetto di cui all'art. 94 TUF<sup>25</sup>, tuttavia,

---

<sup>24</sup> Riguardo alle pratiche commerciali scorrette: G. ALPA, L. ROSSI CARLEO, *Commentario del Codice del Consumo*, Napoli, 2005; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, 73; P. CENDON, *Commentario al Codice del Consumo*, Milano, 2010, 171 ss.; E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012.

Per alcune decisioni dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato: Garante concorrenza e mercato, 26 giugno 2013, n. 24422, in *Giust. Civ.*, 2013, 9, I, 1907; Garante concorrenza e mercato, 3 settembre 2013, n. 24509, in *Giust. Civ.*, 2013, 11-12, I, 2658.

Nella giurisprudenza amministrativa: T.A.R. Lazio, 17 settembre 2013, n. 8313, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 9, 2744; T.A.R. Lazio, 17 marzo 2014, n. 2945, in *Red. G. Amministrativo*, 2014, 3, 434.

<sup>25</sup> Conviene ricordare che la responsabilità da falso in prospetto (art. 94 TUF) ha natura aquiliana. La Corte d'appello di Firenze, 14 novembre 2014, cit., ha escluso, con un'argomentazione valida anche nell'ambito delle informazioni inerenti ai fondi comuni, la natura precontrattuale della responsabilità da falso in prospetto, poiché tale qualificazione implica la violazione del canone di buona fede nell'ambito di una trattativa che nel caso di emissione e sottoscrizione di azioni manca del tutto. In senso conforme: Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 6, 892. Insomma, non è possibile ravvisare la violazione di alcun contratto, né la lesione di diritti derivanti da un ipotetico contatto sociale: Cass., 11 luglio 2012, n. 11642, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 7-8, 899. Si ha quindi unicamente la violazione del dovere di *neminem laedere* nei confronti della generalità dei potenziali sottoscrittori: Cass., Sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 4, 559.

Le fattispecie di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. sono ormai costantemente ricondotte alla responsabilità aquiliana: Cass., 7 maggio 2004, n. 8723, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 5; Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e Resp.*, 2005, 597,

la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità degli artt. 18 ss. cod. cons. in virtù del «considerando» n. 7 della Direttiva 29/2005/CE, relativa alle pratiche commerciali scorrette, recepita nell'ordinamento italiano<sup>26</sup>. Secondo questo «considerando», la disciplina comunitaria «non riguarda le pratiche commerciali realizzate principalmente per altri scopi, comprese ad esempio le comunicazioni commerciali rivolte agli investitori, come le relazioni annuali e le pubblicazioni promozionali delle aziende».

Sempre riguardo alle informazioni rese agli investitori, inoltre, conviene rammentare che, secondo la giurisprudenza<sup>27</sup>, il prospetto dell'art. 94 TUF non consiste in un documento promozionale, ma nell'adempimento di un obbligo di legge. Gli artt. 18 ss. cod. cons. sarebbero allora inconferenti.

In senso contrario, già avevo rimarcato<sup>28</sup> che

[...] l'art. 18 c. cons. dà una definizione amplissima del concetto di pratica commerciale, quanto meno sotto il profilo oggettivo, statuendo che essa comprende ogni condotta “posta in essere [...] in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto [...]”. Il prospetto informativo è con ogni evidenza finalizzato, se non esclusivamente, almeno in parte ad attività promozionali. Il fatto poi che ne sia prevista l'obbligatorietà dall'art. 94 TUF non toglie che il prospetto stesso abbia anche la funzione di promuovere la sottoscrizione delle azioni. La rilevanza di tale funzione ulteriore non è esclusa dall'art. 18, giacché esso non ragiona di “attività finalizzate alla promozione” – ciò che renderebbe estranea alla definizione una condotta posta in essere per ragioni differenti, quale l'adempimento di un obbligo di legge – ma di condotta tenuta

---

con nota di Pardolesi; Cass., 18 giugno 2005, n. 13164, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9; Cass., 29 luglio 2011, n. 16735, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 9, 1228.

In ogni caso, stante l'ampio ambito di applicazione delineato dall'art. 840 *bis* c.p.c., l'azione di classe sarebbe esperibile.

<sup>26</sup> L'attuazione della direttiva è avvenuta mediante il D. Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, il quale ha introdotto nel Codice del Consumo gli artt. 18-27 *quater*.

<sup>27</sup> Corte d'appello di Firenze, 14 novembre 2014, cit.

<sup>28</sup> L. IACUMIN, *Class action*, cit., 94-95.



“in relazione alla promozione”. L’espressione non si riferisce quindi all’internò volere del professionista, ma a qualsiasi condotta che, per le proprie caratteristiche oggettive, possa influenzare le altrui decisioni commerciali<sup>29</sup>.

In ogni caso, la SGR di promozione e la banca depositaria possono essere convenute, anche in relazione a errate informazioni rese in merito al fondo, in una *class action* limitatamente ai danni cagionati ai patrimoni personali dei partecipanti. L’azione risarcitoria per i danni cagionati al fondo, infatti, è rimessa alla sola SGR di gestione.

#### 5. *Le conseguenze della sostituzione di SGR e della separazione tra le funzioni di promozione e quelle di gestione*

Nel Capitolo VI<sup>30</sup> ho affermato che sia la sostituzione del gestore *ex art.* 37, comma 3 TUF, sia l’attribuzione della gestione a una SGR diversa da quella di promozione integrano una successione a titolo particolare *inter vivos* nell’ufficio gestorio. Quest’ufficio consiste nelle seguenti situazioni giuridiche: legittimazione a disporre (rilevante per i terzi); obbligo di disporre diligentemente nell’interesse dei partecipanti (cd. *best execution*, cui corrisponde un credito dei partecipanti); obbligo di liquidazione della quota (cui corrisponde un ulteriore credito dei partecipanti).

L’oggetto delle *beneficiary dispute* è il debito risarcitorio imputato alla SGR di gestione. Tale situazione non rientra nell’oggetto dei contratti ceduti, ma è un’obbligazione secondaria che discende dalla loro violazione. La sostituzione, come anche l’attribuzione della gestione del fondo a una società diversa dalla SGR di pro-

---

<sup>29</sup> La dottrina è peraltro conforme a quest’interpretazione oggettivistica dell’espressione «in relazione alla promozione»: E. BARGELLI, *L’ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori* a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 76; R. ANGELINI, *Commento all’art. 18*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. Cuffaro, II ed., Milano, 2008, 104.

<sup>30</sup> § 7.

mozione, non cagiona quindi una successione a titolo particolare e *inter vivos* in tale diritto controverso e non dà luogo all'applicazione dell'art. 111 c.p.c. Allo stesso modo, la sostituta non subentra alla sostituita nei crediti che questa ha maturato nei confronti dei partecipanti come corrispettivo della propria attività gestoria.

L'operatività dell'art. 111 in questi processi presupporrebbe che siano applicabili gli artt. 2558 ss. c.c., i quali prevedono il subentro non solo nei contratti, ma in tutte le situazioni giuridiche inerenti alla conduzione dell'azienda, inclusi i debiti risarcitori<sup>31</sup>. Il fondo comune, però, non è sussumibile nella nozione di azienda, di cui all'art. 2555 c.c. Manca, infatti, un complesso di beni materiali, coordinati all'esercizio di un'impresa. La sostituta potrebbe perciò essere chiamata a risarcire il danno cagionato dalla precedente SGR soltanto ove non avesse agito contro quest'ultima<sup>32</sup>.

Proprio per il mancato subentro nel debito risarcitorio, la sostituta potrà intervenire nel giudizio avviato dai partecipanti contro la sostituita. L'intervento sarà adesivo autonomo, giacché la subentrante agisce, a tutela del fondo, contro la sola SGR uscente.

In virtù della sostituzione del gestore, pertanto, viene meno il conflitto che sussisteva in capo alla precedente SGR, la quale diviene terza rispetto al fondo e, come tale, è destinataria di un'azione del (nuovo) gestore. La sostituzione, di conseguenza, consente di avere un gestore non più in conflitto d'interessi e quindi dotato della legittimazione processuale per la tutela dell'integrità del fondo.

Ciò non preclude ai partecipanti la prosecuzione del giudizio.

Essi hanno agito contro la sostituita nel momento in cui questa era il gestore, facendo valere la violazione del rapporto con-

---

<sup>31</sup> Cass., sez. lav., 7 luglio 2009, n. 15916, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, 1055, ha affermato che il debito risarcitorio del datore di lavoro, verso il lavoratore dipendente, circola con l'azienda cui questi era adibito, cosicché si applica l'art. 111 c.p.c.

<sup>32</sup> È evidente come non si tratti di una successione nel debito o di una responsabilità per fatto altrui, ma di un obbligo risarcitorio conseguente alla mancata tutela del fondo di cui la SGR subentrante si è resa colpevole.

trattuale che li legava alla società stessa. La sostituzione non toglie la persistenza del debito risarcitorio, sussistente *ex contractu* in capo alla sostituita, nei confronti degli investitori. Questi possono quindi continuare a stare in giudizio, assieme alla SGR subentrante, per la tutela del fondo.

Questo è l'unico caso in cui il gestore e gli investitori possono agire, in parallelo, a tutela del fondo comune. Tale anomalia si spiega in ragione del fatto che la precedente SGR, nei confronti dei partecipanti, risponde contrattualmente quale gestore, mentre, nei riguardi della nuova SGR di gestione, risponde come qualsiasi terzo danneggiante. Non ritengo infatti che la metamorfosi della SGR uscente da gestore a terzo possa giustificare l'assunzione di una legittimazione processuale esclusiva in capo alla subentrante e la conseguente estromissione dei partecipanti. La responsabilità fatta valere, infatti, è pur sempre quella di un (ex) gestore e non ha a oggetto l'impugnazione di negozi gestori, bensì il risarcimento dei danni conseguenti al loro indebito compimento.

#### 6. *Le esecuzioni*

I rapporti tra la SGR e i partecipanti sono particolarmente anomali sotto il profilo sostanziale, poiché, in merito alla *best execution*, obbligano a prospettare un diritto risarcitorio degli investitori alla reintegrazione di un patrimonio di cui essi non sono titolari. Ciò nonostante, le ricadute nel processo di cognizione non sono poi così intricate: sia la società, sia i partecipanti rivestono la qualifica di parte in tutte le tre accezioni del termine.

Vedremo nella sezione seguente quanto la situazione si ribalti per le *third party dispute*, in cui i rapporti tra la SGR e i terzi, non eccessivamente complicati dal punto di vista sostanziale, costringono a non pochi aggiustamenti per il funzionamento del processo di cognizione.

Un profilo processuale che, già nelle *beneficiary dispute*, si presenta in maniera singolare è, invece, quello dell'esecuzione forzata. Ciò non sorprenderà se si ricorda che l'esecuzione ha un collegamento strettissimo col diritto sostanziale, il quale, come appena rammen-

tato, è particolarmente anomalo nei rapporti tra società e investitori. D'altronde, non si esegue un titolo esecutivo: si esegue un diritto sostanziale, *sulla base di* un titolo esecutivo<sup>33</sup>.

L'anomalia fondamentale non si manifesta con riguardo all'attuazione del diritto alla liquidazione della quota. In questo caso, infatti, il patrimonio a favore del quale compiere l'esecuzione è senza dubbio quello dell'investitore che sia creditore procedente o intervenuto.

La stranezza si presenta nell'esecuzione del diritto alla reintegrazione del fondo comune. Anche qui il patrimonio aggredito sarà quello della SGR, ma il patrimonio in cui si riverseranno i proventi dell'espropriazione non sarà quello del partecipante procedente o interveniente, bensì il fondo.

Si impongono, quindi, alcuni accorgimenti nell'interpretazione della normativa che regola l'esecuzione forzata e, in primo luogo, dell'art. 475, comma 2 c.p.c.: «la spedizione del titolo in forma esecutiva può farsi soltanto alla parte a favore della quale fu pronunciato il provvedimento o stipulata l'obbligazione, o ai suoi successori, con indicazione in calce della persona alla quale è spedita». La giurisprudenza afferma, a tale riguardo, che il rilascio del titolo in forma esecutiva a una persona diversa da quella a favore della quale il titolo è stato emesso non dà luogo a nullità o inefficacia del titolo stesso, ma integra un'irregolarità che potrà essere fatta valere con l'opposizione agli atti esecutivi<sup>34</sup>. Alla stessa irregolarità dà luogo il fatto che il titolo sia dapprima rilasciato in forma esecutiva a favore di uno dei soggetti a beneficio dei quali è stato emesso, ma sia poi notificato al debitore da un altro di questi soggetti<sup>35</sup>.

L'abituale identità tra il titolare del credito e il titolare del patrimonio che sarà arricchito dalla prestazione dedotta in obbliga-

<sup>33</sup> V. per tutti F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, cit., 32.

<sup>34</sup> Cass., sez. III, 3 settembre 1999, n. 9297, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1897 e in *Riv. cancellerie* 1999, 594; Cass., sez. VI, 18 novembre 2014, n. 24548, in *Giust. Civ. Mass.* 2014.

<sup>35</sup> Cass., sez. III, 3 settembre 1999, n. 9297, cit.; Cass., sez. VI, 18 novembre 2014, n. 24548, cit.

zione comporta che colui a favore del quale è stato pronunciato il provvedimento sia anche colui a favore del cui patrimonio dovrà compiersi l'esecuzione forzata. Quando invece la titolarità del credito non si accompagna a quella del patrimonio «avvantaggiato», il provvedimento è emesso a favore del creditore, ma l'esecuzione forzata non va a favore del suo patrimonio.

È proprio questo ciò che accade nell'esecuzione dei provvedimenti di condanna emessi contro la SGR per la reintegrazione del fondo. Il provvedimento di cognizione è stato emesso a favore del partecipante che ha domandato la tutela del fondo pregiudicato dalla *mala gestio* della SGR e, proprio per questo, l'esecuzione arricchirà il fondo, non il patrimonio personale del partecipante.

La discrasia tra titolare del credito e titolare del patrimonio avvantaggiato dall'esecuzione non avviene soltanto nell'ambito dei fondi, ma anche nel contratto a favore di terzo. A questo proposito già ho ricordato che, secondo la giurisprudenza, lo stipulante può agire contro il promittente per sentirlo condannare all'esecuzione dell'obbligazione in favore del terzo<sup>36</sup>. Sebbene questa giurisprudenza concerna il processo di cognizione, è evidente che, per la natura condannatoria del provvedimento richiesto e quindi per la sua attitudine a costituire un titolo esecutivo, essa si riverbera nell'esecuzione forzata. Di conseguenza, ammettere un'azione di cognizione, a tutela di un diritto proprio, avente a oggetto la soddisfazione del diritto del terzo, implica l'ammissibilità di un'azione esecutiva con i medesimi caratteri.

Questa discrasia, *ex latere creditoris*, tra il patrimonio in cui si trova il credito attuato e il patrimonio che viene incrementato da quella stessa attuazione costringe a un adeguamento di diverse disposizioni.

La spedizione in forma esecutiva (art. 475 c.p.c.), il contenuto del precetto (art. 480 c.p.c.) e dell'atto di pignoramento (art. 492 c.p.c.), la trascrizione di quest'ultimo (art. 555 c.p.c.) come pure del sequestro conservativo che l'abbia eventualmente preceduto (art. 679 c.p.c.) dovranno essere allora interpretate nei modi seguenti.

---

<sup>36</sup> Abbiamo menzionato Cass., sez. I, 1 marzo 1993, n. 2493, nel Capitolo VI, § 6.

Ogniqualevolta i termini «creditore» o «parti» siano utilizzati per indicare il soggetto che compie e riceve gli atti del procedimento, come pure il soggetto che subisce gli effetti di quegli stessi atti (es. spese processuali), quei termini indicheranno il partecipante (precedente o interveniente) e la SGR (es. artt. 475, 480, 555, 679 c.p.c.). È in questo modo che dovrà essere interpretata la gran parte delle norme che governano il pignoramento e la liquidazione del bene.

Qualora quei termini siano invece utilizzati per indicare l'incremento patrimoniale perseguito e quindi il patrimonio a favore del quale l'esecuzione dovrà compiersi, i termini stessi andranno riferiti al fondo.

Così, è impossibile che si applichi, a favore di più partecipanti che agiscano per l'esecuzione di una sentenza di condanna della SGR al risarcimento di un danno cagionato al fondo, l'art. 492, comma 6 c.p.c. Secondo questa disposizione,

qualora, a seguito di intervento di altri creditori, il compendio pignorato sia divenuto insufficiente, il creditore precedente può richiedere all'ufficiale giudiziario di procedere ai sensi dei precedenti commi ai fini dell'esercizio delle facoltà di cui all'articolo 499, quarto comma<sup>37</sup>.

L'intervento di altri creditori implica che al credito del precedente si aggiungano quelli degli intervenienti, ma ciò, nei fondi, a differenza di quanto solitamente accade, non comporta un aumento del *quantum* per cui si procede: la somma dovuta a titolo di risarcimento a favore del fondo resta immutata.

---

<sup>37</sup> Ex art. 499, comma 4 c.p.c., «ai creditori chirografari, intervenuti tempestivamente, il creditore pignorante ha facoltà di indicare, con atto notificato o all'udienza in cui è disposta la vendita o l'assegnazione, l'esistenza di altri beni del debitore utilmente pignorabili, e di invitarli ad estendere il pignoramento se sono forniti di titolo esecutivo o, altrimenti, ad anticipare le spese necessarie per l'estensione. Se i creditori intervenuti, senza giusto motivo, non estendono il pignoramento ai beni indicati ai sensi del primo periodo entro il termine di trenta giorni, il creditore pignorante ha diritto di essere loro preferito in sede di distribuzione».

Le correzioni interpretative di maggior peso si avranno in merito alla fase di distribuzione del ricavato (artt. 509 ss. c.p.c.) e di assegnazione del bene (artt. 505 ss. c.p.c.).

Ad esempio, a mente dell'art. 507 c.p.c. «l'assegnazione si fa mediante ordinanza del giudice dell'esecuzione contenente l'indicazione dell'assegnatario, del creditore pignorante, di quelli intervenuti, del debitore, ed eventualmente del terzo proprietario, del bene assegnato e del prezzo di assegnazione». Il «creditore pignorante» e quelli «intervenuti» corrispondono ai partecipanti. L'«assegnatario», tuttavia, non sarà, al contrario di ciò che ordinariamente accade, un creditore, ma il fondo comune di investimento.

Volendo proporre altri esempi, l'art. 510 c.p.c. sancisce che «se vi è un solo creditore pignorante senza intervento di altri creditori, il giudice dell'esecuzione, sentito il debitore, dispone a favore del creditore pignorante il pagamento di quanto gli spetta per capitale, interessi e spese». Il capitale e gli interessi, consistendo nella prestazione a favore del fondo, sono imputati a quest'ultimo. Le spese, al contrario, devono essere rimborsate alla parte che «sta in giudizio» col nome, ossia al partecipante.

## SEZIONE II

LE *THIRD PARTY DISPUTE*

SOMMARIO: § 1. *Le third party dispute*. Le controversie con la depositaria, la SGR di promozione e gli ex amministratori della società di gestione. — § 2. Il fondo è parte sostanziale e subisce gli effetti degli atti processuali. — § 3. La posizione processuale della SGR di gestione. La competenza. — § 4. La posizione processuale dei partecipanti. — § 5. Il conflitto d'interessi della società di gestione. — § 6. L'identificazione dell'oggetto processuale e i limiti patrimoniali del giudicato. — § 7. Le conseguenze del trasferimento dell'oggetto processuale da un fondo all'altro. — § 8. La sostituzione della SGR interrompe il processo. — § 9. L'intervento della SGR sostituita nel processo introdotto dalla sostituita. — § 10. L'impossibilità giuridica dell'imputazione alla SGR o ai partecipanti dell'oggetto processuale di cui sia allegata l'inclusione nel fondo medesimo. — § 11. La fusione e la scissione dei fondi. La fusione di fondi con SICAV e SICAF. — § 12. Le esecuzioni.

1. *Le third party dispute. Le controversie con la depositaria, la SGR di promozione e gli ex amministratori della società di gestione*

Nel corso del Capitolo VI<sup>38</sup> abbiamo compreso che la legittimazione sostanziale a disporre del fondo compete esclusivamente alla SGR di gestione. Nel Capitolo III<sup>39</sup>, abbiamo dimostrato che la legittimazione processuale meramente gestoria discende, al pari di quella rappresentativa, da quella sostanziale a disporre. Anche questa seconda legittimazione, pertanto, appartiene alla sola SGR di gestione.

Quando la società agisce contro i terzi per ottenere il risarcimento dei danni subiti dal fondo o comunque l'adempimento di un credito ivi incluso, essa non sostituisce processualmente i partecipanti, né li rappresenta.

È vero che l'azione a tutela del fondo è espressione dell'obbligo della SGR di massimizzarne il valore, rispetto al quale sussiste un credito dei partecipanti, ma l'azione medesima non deduce quest'ultimo credito, bensì un diritto ricompreso nel fondo, la cui

---

<sup>38</sup> § 2.

<sup>39</sup> § 14.



sussistenza si spiega, *ex art.* 1174 c.c., in virtù dell'interesse dei partecipanti medesimi<sup>40</sup>.

Ciò vale anche qualora sia convenuta la SGR di promozione, la banca depositaria o la SGR sostituita.

Anche in queste ipotesi la sussistenza di un diritto risarcitorio all'interno del fondo non ingenera alcun conflitto, giacché la società di gestione non agirà contro se stessa. Pertanto, benché i partecipanti al fondo abbiano un diritto contrattuale nei confronti della banca depositaria e verso la società di promozione, essi non potranno agire nei confronti di quelle società per il risarcimento dei danni arrecati al fondo, ma unicamente per i danni arrecati al valore della loro quota individuale<sup>41</sup>. Ai partecipanti, infatti, l'art. 36 TUF interdice la gestione, sostanziale e processuale, del fondo comune.

Quanto detto circa la depositaria e la società di promozione vale anche per gli amministratori della SGR di gestione.

Alla luce di quanto abbiamo compreso nel Capitolo VI<sup>42</sup>, i partecipanti non hanno alcun rapporto contrattuale con gli amministratori della società. L'unica azione che i partecipanti possono intentare contro gli amministratori è pertanto quella regolata dall'art. 2394 c.c. Essa presuppone che la *mala gestio* abbia intaccato sia il fondo, sia il patrimonio sociale, rendendo quest'ultimo insufficiente alla reintegrazione del valore del fondo stesso o delle quote individuali.

La SGR, inoltre, vanta, contro i propri precedenti amministratori, l'azione prevista dall'art. 2393 c.c. soltanto ove sia leso il patrimonio sociale, mentre, nel caso in cui sia stato pregiudicato il fondo, l'azione non è riconducibile a quelle degli artt. 2391 ss. c.c.: la SGR agisce contro il proprio precedente amministratore come si trattasse di un qualunque terzo danneggiante<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Capitolo VI, § 10.

<sup>41</sup> Capitolo VII, Sezione I, § 4.

<sup>42</sup> Capitolo VI, § 12.

<sup>43</sup> Capitolo VI, § 12.

## 2. Il fondo è parte sostanziale e subisce gli effetti degli atti processuali

Nel Capitolo III<sup>44</sup> siamo giunti ad alcune importanti conclusioni sistematiche sulla struttura del procedimento di cognizione.

Il detto per cui *processus est actus ad minus trium personarum* va confermato soltanto in relazione alla parte che sta in giudizio con l'attività, la quale è sia *parte*, sia *soggetto*. In secondo luogo, la capacità di essere parte sostanziale e quella di stare in giudizio col nome non presuppongono la soggettività sostanziale. Le *personae* che identificano l'oggetto processuale, infine, attengono al patrimonio primario<sup>45</sup>, incentrato sulla comune attribuzione di un predicato, soggettivo oppure oggettivo, a più situazioni, che ne sono identificate. Il patrimonio secondario è invece l'insieme delle situazioni che, all'interno di un patrimonio primario, sono sottoposte all'azione esecutiva di soltanto alcuni creditori. Soltanto quando il patrimonio è primario si ha quindi un predicato che è capace di essere parte che sta in giudizio col nome, nonché parte sostanziale, e che, quale surrogato della *persona*, è in grado di identificare l'oggetto processuale.

Il predicato che identifica il patrimonio primario ha allora una rilevanza generale, identificando le situazioni giuridiche tra cui corre il conflitto di interessi che costituirà l'antitesi fondamentale del processo e del rapporto contrattuale. L'identificazione del patrimonio secondario, invece, ha una rilevanza limitata alla sola separazione dei creditori, cosicché inciderà sulla pubblicità e sull'esecuzione, non sul processo di cognizione.

Applicando quegli approdi sistematici alle conclusioni interpretative cui siamo giunti nel Capitolo IV circa l'inquadramento del fondo comune, posso affermare, anzitutto, che il Testo Unico non imputa alcun atto del processo al fondo. Quest'ultimo è quindi privo di soggettività processuale, cosicché non è parte che sta in giudizio con l'attività.

<sup>44</sup> § 13.

<sup>45</sup> Sui due concetti di *patrimonio primario* e *secondario*, Capitolo II, § 9.

In secondo luogo, il fondo comune, a prescindere dalla sua soggettività sostanziale, è parte sostanziale, giacché questa nozione s'incentra, non sul soggetto, ma sul patrimonio e, più precisamente, sulla sua struttura (insieme di situazioni giuridiche), la quale prescinde dalla presenza di un titolare.

Il fatto che l'oggetto processuale della *third party dispute* inerisca al fondo dimostra che questo è l'entità nel cui interesse la SGR compie gli atti processuali. Esso ha quindi una veste analoga a quella della «parte che sta in giudizio col nome». Gli effetti degli atti contrattuali e processuali incidono – costituendole, modificandole o estinguendole – sulle situazioni giuridiche di cui il fondo si compone<sup>46</sup>.

L'imputazione degli effetti al fondo discende dalla legittimazione processuale (rappresentativa o meramente gestoria) che, come vedremo nel prossimo paragrafo, è attribuita alla SGR e che, come ho detto<sup>47</sup>, non richiede un'espressa previsione normativa.

Poiché il discrimine tra la parte che sta in giudizio col nome e la parte che sta in giudizio con la sola attività sta nella titolarità o nell'altruità dell'interesse per cui si agisce<sup>48</sup>; giacché la SGR agisce, ex art. 36, comma 4 TUF, nell'interesse degli investitori alla massimizzazione del valore del fondo; dato che il centro d'imputazione di quell'interesse è il fondo, patrimonio primario distinto da quello dei partecipanti; poiché la *contemplatio* non è richiesta ai fini dell'imputazione degli effetti degli atti processuali al fondo, essendo a tal fine sufficiente l'allegazione della qualità di SGR di gestione; allora il fondo è parte degli effetti processuali, nonostante l'assenza di *contemplatio domini*. Già in merito al *falsus procurator*, d'altronde, si era dimostrato che, pur non stando in giudizio col nome, si può essere destinatari degli effetti degli atti processuali<sup>49</sup>.

Ogni disposizione che s'incentri sulla cd. parte processuale o sulla parte sostanziale, pertanto, andrà riferita, nell'ambito delle *third party dispute*, al fondo comune d'investimento.

<sup>46</sup> Capitolo IV, § 7.

<sup>47</sup> Capitolo III, § 14.

<sup>48</sup> Capitolo III, § 9.

<sup>49</sup> Capitolo III, § 11.

### 3. *La posizione processuale della SGR di gestione. La competenza*

Benché il Testo Unico della Finanza preveda unicamente la legittimazione sostanziale della SGR, la sussistenza, in capo alla medesima società, del potere di compiere gli atti del processo è certa una volta che si applichino i criteri interpretativi già elaborati, in termini generali, nel Capitolo III<sup>50</sup>. Dagli artt. 75 ss. del codice di rito si trae il principio per cui, ove la dualità soggettiva manchi a causa dell'acefalia del diritto dedotto, colui che ha legittimazione sostanziale, ha per ciò solo anche legittimazione processuale<sup>51</sup>. Il Testo Unico – implicitamente, ma inequivocabilmente – stabilisce quindi che la società di gestione sta in giudizio con gli atti<sup>52</sup>.

La non-titolarietà del diritto dedotto dalla SGR è astrattamente compatibile sia con una rappresentanza, sia con una sostituzione.

Per risolvere questo dubbio, conviene ricordare che, ai sensi dell'art. 81 c.p.c., è possibile agire: a) deducendo diritti di cui ci si afferma titolari; b) deducendo diritti altrui in nome e per conto altrui; c) deducendo diritti altrui, in nome e per conto proprio, nei casi espressamente ammessi dalla Legge<sup>53</sup>.

Il caso della SGR è particolarmente anomalo giacché essa deduce diritti che potrebbero considerarsi acefali (al contrario dei casi di sostituzione e di rappresentanza), nell'interesse di altri soggetti (come nel caso della rappresentanza), senza spendere il nome di costoro (come nella sostituzione)<sup>54</sup>. C'è, quindi, una dissociazione

<sup>50</sup> Capitolo III, § 12. Si veda, inoltre, all'interno di quello stesso Capitolo, il § 14.

<sup>51</sup> Capitolo III, § 14.

<sup>52</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.: «è appena il caso di notare che, se non si riconoscesse alla SGR il potere di disporre dei beni del fondo, nemmeno essa sarebbe in grado di svolgere la funzione di gestione che le è normativamente attribuita come connotato essenziale dello stesso istituto dei fondi di investimento. Di qui [...] la legittimazione, anche processuale, della SGR ad esercitare i diritti ed adempiere agli obblighi ricollegati ai beni presenti nel fondo».

<sup>53</sup> Capitolo III, § 8. V. anche, all'interno di quello stesso Capitolo, § 14.

<sup>54</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.: «non si può parlare,

tra interesse e nome, i quali, secondo l'art. 81, sono invece in rapporto di corrispondenza biunivoca.

La SGR, infatti, potrebbe non rappresentare il fondo ove questo non fosse considerato un soggetto. Ove questa qualità gli fosse riconosciuta, invece, il rapporto tra il fondo e la SGR potrebbe consistere in una rappresentanza, simile a quella che intercorre tra la SGR, da un lato, e le SICAV o le SICAF, dall'altro, *ex art. 38 TUF*. È proprio per questo che, nel caso in cui la SGR deduca diritti della SICAV o della SICAF, le tre accezioni del termine «parte» vanno riferite a queste ultime società, e non alla prima. La SGR, ciò nonostante, non potrebbe essere considerata un organo esterno del fondo, giacché gli atti che essa compie non sono imputati a quest'ultimo. Esclusa la rappresentanza organica, deve essere altresì esclusa la rappresentanza volontaria, giacché la disciplina di questa implica una volontà del rappresentato che, alla luce del TUF, è insussistente in capo al fondo. Né può immaginarsi una rappresentanza legale, la quale presuppone l'incapacità delle persone fisiche.

Deve quindi escludersi la sussistenza di un fenomeno rappresentativo.

La posizione della SGR, ciò nondimeno, è più vicina a quella del rappresentante, piuttosto che a quella del sostituto, giacché essa agisce nell'interesse altrui e potrebbe quindi considerarsi, seppure a fini meramente descrittivi e con terminologia impropria, un organo esterno del fondo.

La società vanta una legittimazione processuale primaria piena<sup>55</sup>, conseguente alla capacità processuale. Tale legittimazione consente la produzione degli effetti processuali degli atti.

---

rispetto all'esercizio processuale dei diritti ricollegati ai beni stessi, di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, poiché, mancando il sostituto (il titolare dei beni, che non è né il fondo né sono i partecipanti al fondo), il preteso sostituto (la SGR) nemmeno è tale. Né la SGR sostituisce i partecipanti al fondo nell'azione contrattuale contro i componenti dei suoi organi amministrativi e di controllo, poiché essi partecipanti [...] non hanno azione contrattuale verso costoro».

<sup>55</sup> Capitolo III, nota 109.

Il giudicato sostanziale, inoltre, si produce grazie alla legittimazione processuale meramente gestoria della SGR<sup>56</sup>. Non occorre, comunque, indugiare sulla distinzione tra tale legittimazione e quella rappresentativa, già delineata nel Capitolo III, e sull'attribuzione dell'una o dell'altra alla società di gestione. Esse presentano gli stessi profili applicativi, consentendo in ogni caso la produzione del giudicato sostanziale e l'imputazione al fondo degli effetti degli atti processuali<sup>57</sup>.

La SGR, dunque, non deve chiamare in causa né gli investitori, né il fondo. Si comprende ancor di più, allora, quanto la posizione della società sia prossima, piuttosto che al sostituto processuale, al rappresentante.

La SGR, in ogni caso, affermandosi titolare dell'ufficio gestorio, soddisfa la condizione dell'art. 81 c.p.c., di modo che, ove sussistano tutte le condizioni di decidibilità della causa nel merito, è legittimata *ad causam*<sup>58</sup>.

Conviene notare, per contiguità di argomento, che la competenza del giudice, *ex art. 19, comma 2 c.p.c.*, si determinerà in virtù della sede della SGR di gestione, la quale ha, per quanto sin qui detto, una posizione equiparabile a quella del «rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda». L'art. 37 TUF, peraltro, implicitamente esclude che il fondo possa avere una sede<sup>59</sup>.

#### 4. *La posizione processuale dei partecipanti*

Stante l'indipendenza assicurata alla SGR dall'art. 36 TUF, i partecipanti non possono ingerirsi nella gestione del fondo, né provvedendovi autonomamente, né impartendo direttive alla società di gestione, ma possono agire per ottenere dalla SGR la reintegrazione del valore del fondo e quella della propria quota individuale<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Essa, infatti, non presuppone una legittimazione del *dominus*, che non esiste.

<sup>57</sup> Capitolo III, § 9.

<sup>58</sup> Capitolo III, § 8.

<sup>59</sup> Capitolo IV, § 5.

<sup>60</sup> Capitolo VI, § 12.

Gli investitori non possono intervenire nei giudizi tra la SGR e i terzi, né convenire in giudizio questi ultimi. Una tale azione, infatti, implicherebbe la deduzione di diritti inclusi nel fondo, ovverossia di situazioni giuridiche che, già in astratto, non possono competere ai partecipanti. La domanda sarebbe pertanto inammissibile, in quanto affetta da impossibilità giuridica<sup>61</sup>.

Qualora, tuttavia, il processo sia introdotto dalla SGR affinché i suoi precedenti amministratori risarciscano il fondo comune, i partecipanti possono intervenire in giudizio, contro gli amministratori medesimi, *ex art.* 2394 c.c.<sup>62</sup> per ottenere la reintegrazione del patrimonio sociale, ed *ex artt.* 1218 c.c. e 36 TUF, contro la SGR, per ottenere il risarcimento a favore del fondo stesso<sup>63</sup>.

Questo significa, in primo luogo, che i partecipanti non si inge-  
riscono nella gestione del fondo, ma anche che i diritti che costoro fanno valere sono diversi da quello azionato dalla SGR.

L'anomalia di tale intervento è evidenziata dal seguente dubbio, concernente l'oggetto del provvedimento emesso dal giudice. Egli potrà accogliere tutte le azioni proposte e quindi condannare sia la SGR, sia gli amministratori al risarcimento in favore del fondo, nonché gli amministratori medesimi alla reintegrazione del patrimonio sociale?

<sup>61</sup> Per questo aspetto "soggettivo" della possibilità giuridica, v. Capitolo III, § 4.

<sup>62</sup> Ciò presuppone che l'azione prevista dall'art. 2394 c.c. sia autonoma e non costituisca, invece, un'azione surrogatoria con cui i creditori farebbero valere l'azione sociale di responsabilità. In questa seconda ipotesi, infatti, l'azione andrebbe ricondotta all'art. 2900 c.c., richiedendo quindi l'inerzia della società, inerzia esclusa dall'azione che questa ha intentato contro i propri precedenti amministratori. Ritengo che l'azione non abbia natura surrogatoria, al contrario di quella disciplinata dall'art. 2393 *bis* c.c. In questo senso: Cass., sez. I, 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.* 1999, I, 75, con nota di Salafia; in *Società* 1999, 557, con nota di Funari; in *Foro it.* 1999, I, 1967; in *Resp. civ. e prev.* 1999, 1318, con nota di Balzarini.

Per la natura surrogatoria: Cass., sez. lav., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, 1803.

<sup>63</sup> Sarà, tuttavia, più probabile che siano i partecipanti ad avviare il giudizio contro la SGR *ex art.* 1218 c.c., la quale chiamerà in causa i propri precedenti amministratori a tutela del fondo e a tutela del patrimonio sociale relativamente a quanto la stessa società fosse costretta a sborsare in favore del fondo medesimo.

Queste condanne non si escludono reciprocamente, ma vanno coordinate.

Sussistono due rapporti obbligatori: a) intercorrenti tra diversi creditori (partecipanti e fondo) e differenti debitori (SGR e suoi ex amministratori); b) aventi a oggetto un'identica prestazione (la reintegrazione del valore del fondo); c) funzionale al soddisfacimento di un unico interesse (quello dei partecipanti).

L'eterogeneità dei titolari del lato attivo e passivo delle due obbligazioni esclude la solidarietà nel credito e nel debito. Ciò, tuttavia, non esclude che la SGR e gli amministratori possano essere contestualmente condannati al risarcimento in favore del fondo. Il fenomeno ricorda, dal punto di vista strutturale, i rapporti a catena, in quanto vi sono dei creditori (partecipanti), un debitore (SGR) e un *debitor debitoris* (ex amministratore). Dal punto di vista funzionale, invece, la mente corre proprio alla solidarietà nel debito, giacché, come in quest'ultima e a differenza dei rapporti a catena, i due rapporti obbligatori hanno a oggetto un'unica prestazione (risarcitoria) in favore di un identico patrimonio (fondo comune). Ciò, quanto ai rapporti esterni.

I rapporti interni tra SGR e amministratori, invece, sono regolati dall'art. 2393 c.c., per cui la società deve essere tenuta integralmente indenne dagli amministratori che l'abbiano eventualmente costretta a risarcire il fondo.

Questa complessa architettura comporta che l'esecuzione della prestazione in favore del fondo comune – avvenga essa per opera degli ex amministratori o a cura della SGR – estingue l'interesse alla reintegrazione del fondo medesimo, di modo che il giudice può condannare entrambi i soggetti all'esecuzione della prestazione risarcitoria. La condanna potrà essere eseguita, su istanza dei partecipanti, dalla società di gestione, oppure, su domanda di quest'ultima, da parte degli amministratori. La SGR non potrà opporre ai partecipanti, *ex art. 615 c.p.c.*, l'obbligo degli amministratori di procedere al risarcimento. Sarà la società stessa a dovervi provvedere, salvo poi agire in regresso, *ex art. 2393 c.c.*, contro gli amministratori, per essere rimborsata da costoro.



Sorge però un'obiezione. Se la SGR aveva, durante il processo di cognizione, ottenuto la condanna degli amministratori a risarcire il fondo, com'è possibile che essa agisca esecutivamente contro costoro per ottenerne la reintegrazione del proprio patrimonio sociale? L'obiezione è corretta e impone alla SGR, durante il processo di cognizione e in virtù della domanda proposta nei suoi confronti dai partecipanti, di svolgere un'ulteriore domanda nei riguardi dei propri precedenti amministratori, al fine di sentirli condannare *pro futuro* al risarcimento, *ex art. 2393 c.c.*, di quanto essa fosse costretta a pagare al fondo su istanza dei partecipanti, ove gli amministratori stessi non vi provvedessero per primi<sup>64</sup>.

L'azione dei partecipanti contro gli amministratori, volta alla reintegrazione del patrimonio sociale, è funzionale, in ultima istanza, alla reintegrazione del fondo. Il provvedimento che il giudice dovrà emettere sarà perciò il seguente: a) condannare sia la SGR, sia gli amministratori in favore del fondo; b) ove la SGR l'abbia richiesto, condannare gli amministratori a risarcire la società di quanto questa sarà costretta a corrispondere al fondo; c) per la sola ipotesi in cui il patrimonio sociale sia divenuto, a causa di *mala gestio*, insufficiente a risarcire il fondo comune, condannare gli amministratori a reintegrare il patrimonio sociale, così da consentire ai partecipanti di aggredire la SGR.

Si potrebbe dubitare dell'utilità della condanna *ex art. 2394 c.c.* Se, dopo l'esecutività della sentenza, la SGR agisce contro gli am-

---

<sup>64</sup> Le domande proposte, dunque, sarebbero quattro.

La SGR conviene in giudizio gli amministratori per ottenere il risarcimento del fondo.

I partecipanti intervengono in giudizio chiedendo la condanna della SGR al risarcimento in favore del fondo o dei propri patrimoni personali.

I partecipanti possono eventualmente agire anche contro gli amministratori, *ex art. 2394 c.c.*, ove il patrimonio sociale sia insufficiente a reintegrare il fondo comune o i patrimoni personali.

La SGR, in virtù di tale intervento dei partecipanti, rivolge contro i propri precedenti amministratori un'ulteriore domanda, *ex art. 2393 c.c.*, per essere tenuta indenne da quanto dovesse sborsare in favore del fondo o dei partecipanti medesimi.

ministratori affinché essi corrispondano al fondo il residuo dovuto, allora l'azione di cui all'art. 2394, volta alla reintegrazione del patrimonio sociale e solo indirettamente finalizzata al risarcimento del fondo, si rivela inutile. Quest'eventualità, tuttavia, non è scontata, potendo anche immaginarsi che, dopo l'esecutività, la SGR non agisca esecutivamente contro gli amministratori, in favore del fondo. È in questa seconda ipotesi che la condanna ottenuta, *ex art. 2394*, contro gli ex amministratori si rivela fondamentale. Essa consentirà ai partecipanti di reintegrare il patrimonio della SGR, da aggredire poi esecutivamente in favore del fondo.

L'intervento dei partecipanti nel giudizio tra SGR ed ex amministratori, con cui si chiedi la condanna della società al risarcimento in favore del fondo comune e quella degli ex amministratori alla reintegrazione del patrimonio sociale, configura un cosiddetto intervento adesivo autonomo.

L'ipotesi in esame mi costringe però a tornare alla lettera dell'art. 105 c.p.c. e a osservare che il secondo tipo di intervento ivi previsto non sembra possa propriamente definirsi *litisconsortile* o *adesivo autonomo*.

L'art. 105 non ragiona di un intervento, realizzato deducendo un diritto proprio, a favore di una parte, contro un'altra parte, ma della possibilità di «intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto [...] di alcune» parti, un proprio diritto. L'art. 105, insomma, non richiede che, con tale intervento, si adiuvi la posizione di una delle parti<sup>65</sup>, ma soltanto che si contesti una di quelle posizioni, di modo che l'interveniente assume un ruolo non

---

<sup>65</sup> Questa è invece la posizione cui la terminologia tradizionale sembra incline: A. SEGNI, *Intervento in causa*, in *Nuovo dig. It.*, 1938, VII, 93-120; S. COSTA, *L'intervento in causa di terzi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1943, I, 15 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1943, I, *Commento sub artt. 105-107*; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944, 199-223; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma 1943, 103; E. RENDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1947, I, 379-385; S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, 88-91; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano 1947, I, 298-309; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 387; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 331.

conflittuale con la posizione di almeno una parte<sup>66</sup>, che non è adiuvata, ma totalmente indifferente all'intervento.

L'esame della posizione dei partecipanti nelle *third party dispute* è stata imposta dalla possibilità che essi agiscano *ex art. 2394 c.c.* contro gli amministratori della SGR. Nei confronti di tutti gli altri terzi, invece, i diritti sono inclusi, non nei patrimoni personali dei partecipanti, ma esclusivamente nel fondo e sono quindi azionabili su istanza della sola SGR.

Ciò non esclude, in termini assoluti, la possibilità che i partecipanti si costituiscano nel giudizio tra la società di gestione e i terzi.

Gli investitori potrebbero effettuare un intervento *adesivo dipendente* (art. 105, comma 2 c.p.c.), ove se ne riconoscesse l'esperibilità per il *creditor creditoris*<sup>67</sup>. Essi, in questo modo, non si ingerirebbero nella gestione, giacché i poteri di tale particolare interveniente sono limitati alle attività informative e argomentative<sup>68</sup>.

A mio parere, il fatto che il partecipante al fondo sia un creditore dinamico, e non statico, consente di superare le obiezioni secondo cui il *creditor creditoris* subirebbe, per effetto della soccombenza del proprio debitore, un danno solamente indiretto, cosicché non vi sarebbe legittimazione all'intervento adesivo dipendente. Questo insegnamento, difatti, può essere accettato per i patrimoni statici. Quando invece il credito è dinamico, allora il danno sofferto dal *creditor creditoris*, in conseguenza della soccombenza del proprio debitore, è diretto, giacché esso provoca una diminuzione del valore

<sup>66</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 331.

<sup>67</sup> Questa possibilità è stata prospettata, seppure in termini dubitativi, per i beneficiari del *trust*, da L. DITTRICH, *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 4, 1198.

Riguardo alla possibilità, per il *creditor creditoris*, di ingerirsi nell'attività processuale del proprio debitore, non soltanto con la surrogatoria, ma anche con l'intervento adesivo dipendente: A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, Padova, 1992, 867 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al Codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1161; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 91-92.

<sup>68</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 387-388, nota 43.

del fondo e quindi della quota individuale del singolo investitore<sup>69</sup>.

Di conseguenza, mentre i creditori statici vantano l'azione surrogatoria e non possono costituirsi in giudizio *ex art.* 105, comma 2 c.p.c., quelli dinamici si trovano in una situazione processuale speculare, giacché non possono esercitare l'azione prevista dall'art. 2900 c.c., ma hanno la facoltà di spiegare un intervento adesivo dipendente.

I partecipanti sono dunque privi della capacità di testimoniare<sup>70</sup>.

In ogni caso, ove la gestione processuale non sia stata corretta e abbia provocato una diminuzione di valore del fondo, i partecipanti potranno introdurre, contro la società di gestione, una *beneficiary dispute*.

Giunti a questo punto, la definizione di tutte le posizioni processuali coinvolte nelle *third party dispute* consentirà ai pratici di risolvere anche quei dubbi operativi che non fossero stati trattati nel corso di quest'opera.

---

<sup>69</sup> La decisione di Cass., 2 agosto 1975, n. 2949, in *Foro it.*, 1976, I, 732, approvata da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 388, nota 44, secondo cui il socio non potrebbe spiegare l'intervento adesivo dipendente nella causa tra la società e i terzi, può comunque essere accettata. Il danno sofferto dal socio è indiretto, giacché si produce, dapprima sul patrimonio sociale e, soltanto nell'eventualità di una distribuzione degli utili, su quello del socio medesimo. Il carattere indiretto di tale danno, d'altronde, è confermato dalla distinzione tra l'azione *ex art.* 2395 c.c., da un lato, e quelle disciplinate dagli artt. 2393 e 2393 *bis* dello stesso codice, dall'altro.

Il fondo comune ha tuttavia una struttura diversa. Non vi è un'interposizione di un soggetto societario tra il patrimonio sociale e il socio, ma il credito, per così dire «diretto», del partecipante, verso la SGR, a una quota del fondo medesimo. Ciò fa sì che il danno, subito dal partecipante, sia la diretta conseguenza della soccombenza della società di gestione.

<sup>70</sup> L'art. 246 c.p.c. stabilisce che «non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio». La dottrina prevalente fa condivisibilmente rientrare nell'ambito di operatività di questa disposizione anche il legittimato all'intervento adesivo dipendente. Per questa tesi, e per gli opportuni riferimenti bibliografici, L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 315 ss.

### 5. *Il conflitto d'interessi della società di gestione*

Qualora la SGR versi in conflitto d'interessi con i partecipanti, possono applicarsi gli artt. 78-80 c.p.c. nonostante l'assenza di una rappresentanza?

Nel corso del Capitolo VI<sup>71</sup> ho ricordato l'esistenza della interposizioni gestorie, consistenti in cooperazioni giuridiche non rappresentative, nelle quali, nonostante l'assenza della fattispecie regolata dagli artt. 1387 ss. c.c., può aversi un conflitto d'interessi tra gestore e *dominus*. Poiché il rimedio dell'art. 1394 c.c. presuppone l'obbligo, per il gestore, di perseguire gli interessi del *dominus* e non i propri, allora il rimedio stesso può applicarsi anche in assenza della rappresentanza<sup>72</sup>.

Nonostante tutto ciò, abbiamo compreso che i partecipanti non possono agire, *ex art.* 1394 c.c., contro la SGR e contro gli aventi causa dal fondo, per l'annullamento degli atti di disposizione compiuti dalla società in conflitto d'interessi. Ciò, infatti, implica che i partecipanti esercitino il diritto all'annullamento, il quale è incluso nel fondo e quindi riservato alla legittimazione della sola SGR.

Acclarato, tuttavia, che il conflitto d'interessi è giuridicamente rilevante anche al di fuori della rappresentanza, gli artt. 78 ss. c.p.c. possono applicarsi alle interposizioni gestorie e dunque all'attività processuale della SGR di gestione<sup>73</sup>.

I partecipanti non possono chiedere la nomina del curatore speciale nella *beneficiary dispute*, giacché la società, in tale controversia, agisce a tutela dei propri interessi, di modo che non vi è alcun conflitto che possa legittimare l'applicazione degli artt. 78 ss. Né i

<sup>71</sup> § 9.

<sup>72</sup> Capitolo VI, § 9.

<sup>73</sup> L. DITTRICH, *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, cit., 1203-1204, nota 31, scrive: «ovviamente l'art. 78 c.p.c. non fa menzione dell'amministratore del *trust* tra le ipotesi che legittimano la nomina del curatore speciale processuale. Mi sembra però che un modesto adeguamento interpretativo permetta di estendere la norma anche al caso di specie, analogicamente assimilabile [sia] alle ipotesi di legale rappresentante in conflitto d'interessi che di amministratore di una persona giuridica o di una associazione non riconosciuta».

partecipanti potranno domandare quella nomina relativamente alla causa instaurata dalla SGR, *ex art.* 2393 c.c., contro i propri precedenti amministratori, giacché tale azione risponde a un interesse della SGR, non degli investitori.

Quanto alla generalità delle *third party dispute*, occorre ricordare che, a norma dell'art. 79 c.p.c., la nomina del curatore speciale può essere chiesta dal P.M., dalla persona che deve essere rappresentata, dal rappresentante o da qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse. Il partecipante, ove sia parte in causa *ex art.* 105, comma 2 c.p.c., può dunque formulare l'istanza per la suddetta nomina.

Non si può sostenere, in senso contrario, che, mediante tale istanza, i partecipanti sottraggono alla SGR l'amministrazione processuale del fondo comune, così ingerendosi nella sua gestione, in violazione dell'indipendenza che il Testo Unico riconosce alla società.

Ragionando in questo modo, infatti, si dimenticherebbe che i partecipanti non si sostituiscono alla SGR, ma chiedono al giudice di nominare un curatore che ne prenda la posizione processuale. Una tale obiezione, inoltre, precluderebbe ai partecipanti di rivolgersi – affinché la gestione della società sia ricondotta ai sani principi di lealtà e diligenza – non solo all'autorità giudiziaria, ma anche a quella amministrativa (CONSOB e Banca d'Italia).

Oltre al rimedio previsto dagli artt. 78 ss. del codice di rito, i partecipanti disporranno, nei confronti della SGR processualmente infedele, dell'azione risarcitoria a tutela del fondo comune e dei propri patrimoni personali.

Il conflitto d'interessi, in ogni caso, è rilevabile d'ufficio<sup>74</sup>. Secondo la giurisprudenza prevalente – che condivido – la mancata nomina di un curatore speciale, ove sussista un conflitto d'interessi, comporta la nullità del procedimento per violazione del contraddittorio e per vizio di costituzione del rapporto processuale<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Secondo Cass., sez. I, 10 marzo 1995, n. 2800, cit., il conflitto d'interessi è rilevabile d'ufficio.

<sup>75</sup> Cass., 9 luglio 1997, n. 6201, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1165; Cass., 16 novembre 2000, n. 14866, in *Giust. civ.* 2001, I, 695 e in *Il civilista* 2009, 4, 39; Cass., 14 settembre 2002, n. 13507, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1672, in *Il civilista* 2009,

Il curatore speciale, pur assumendo un ufficio limitato al singolo processo per il quale è designato<sup>76</sup>, esercita poteri sostanziali nel processo, ossia tutti quei poteri che, implicando la disposizione del diritto litigioso, non possono, senza l'autorizzazione della parte, essere esercitati dal difensore (art. 84 c.p.c.)<sup>77</sup>.

Poiché la gestione dei fondi è un'attività riservata alle SGR (art. 32 *quater* TUF) – e considerando che il curatore speciale, al pari del rappresentante, è chiamato a compiere atti di disposizione del diritto sostanziale<sup>78</sup> – la curatela deve essere attribuita a una SGR.

Gli artt. 78 ss. del codice di rito, difatti, non escludono che la curatela sia affidata a un ente. Finora questa possibilità non è mai stata immaginata perché, in ambito societario, il conflitto sussiste tra la società e il suo rappresentante organico, che è necessariamente una persona fisica<sup>79</sup>. Nelle SGR, invece – oltre a questo tradizionale con-

---

4, 39, con nota di Scarpa, e in *Il civilista* 2010, 1, 71; Cass., sez. II, 30 maggio 2003, n. 8803, in *Dir. e giust.* 2003, 25, 108, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5 e in *Il civilista* 2009, 4, 39, con nota di Scarpa. Queste decisioni chiariscono che il vizio derivante dalla mancata nomina di un curatore speciale è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

In senso contrario si è espressa Cass., 25 settembre 2009, n. 20659, in *Giust. Civ. Mass.* 2009, 9, 1356, secondo cui la mancata nomina del curatore attiene all'esercizio dei poteri processuali e non al contraddittorio.

In realtà, se è vero che il conflitto d'interessi incide sulla legittimazione processuale rappresentativa o meramente gestoria, è anche evidente che esso comporta una violazione del contraddittorio e del diritto di difesa.

<sup>76</sup> S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 269. Nello stesso senso, L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4, 825 ss., il quale attribuisce al provvedimento di nomina del curatore la natura cautelare, con conseguente applicazione degli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., in quanto compatibili.

<sup>77</sup> L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., 825 ss.

<sup>78</sup> L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., 825 ss.: «tale conclusione trova poi indiretta conferma considerando il generale divieto che il nostro codice riserva alla figura del rappresentante meramente processuale (desunto dall'art. 77 c.p.c.): e sarebbe assai singolare che l'unica ipotesi di rappresentante meramente processuale fosse quello di nomina ufficiosa».

<sup>79</sup> Tale assunto non ha una validità assoluta nemmeno in ambito societario. Esso è contraddetto dall'art. 38 TUF, il quale prevede che le SICAV e le SICAF

fitto, che legittimerebbe l'attribuzione della curatela a una persona fisica – vi è la possibilità che sia l'interesse della società a collidere con quello degli investitori. Poiché, in queste ipotesi, il curatore non è chiamato a sostituire una persona fisica, ma una persona giuridica, allora il codice di rito non osta alla soluzione imposta dal Testo Unico, ovverosia a che la curatela sia affidata a una SGR.

In senso contrario non è rilevante il disposto dell'art. 57, comma 6 *bis* TUF<sup>80</sup>, secondo cui i commissari responsabili della liquida-

---

possano affidare la propria gestione a una SGR. In quest'ipotesi, la legittimazione sostanziale e processuale è affidata alla SGR, che, pur non essendo una persona fisica, funge da organo (esterno) delle predette società.

<sup>80</sup> «Qualora le attività del fondo o del comparto non consentano di soddisfare le obbligazioni dello stesso e non sussistano ragionevoli prospettive che tale situazione possa essere superata, uno o più creditori o la SGR possono chiedere la liquidazione del fondo al tribunale del luogo in cui la SGR ha la sede legale. Il tribunale, sentiti la Banca d'Italia e i rappresentanti legali della SGR, quando ritenga fondato il pericolo di pregiudizio, dispone la liquidazione del fondo con sentenza deliberata in camera di consiglio. In tale ipotesi, la Banca d'Italia nomina uno o più liquidatori che provvedono secondo quanto disposto dal comma 3-*bis*; possono essere nominati liquidatori anche SGR o enti. Il provvedimento della Banca d'Italia è pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Si applica ai liquidatori, in quanto compatibile, l'articolo 84, ad eccezione dei commi 2 e 5, del T.U. bancario. Se la SGR che gestisce il fondo è successivamente sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, i commissari liquidatori della SGR assumono l'amministrazione del fondo sulla base di una situazione dei conti predisposta dai liquidatori del fondo stesso. Quando il fondo o il comparto sia privo di risorse liquide o queste siano stimate dai liquidatori insufficienti a soddisfare i crediti in prededuzione fino alla chiusura della liquidazione, i liquidatori pagano, con priorità rispetto a tutti gli altri crediti prededucibili, le spese necessarie per il funzionamento della liquidazione, le indennità e le spese per lo svolgimento dell'incarico dei liquidatori, le spese per l'accertamento del passivo, per la conservazione e il realizzo dell'attivo, per l'esecuzione di riparti e restituzioni e per la chiusura della liquidazione stessa, utilizzando dapprima le risorse liquide eventualmente disponibili della liquidazione, e poi le somme messe a disposizione dalla società di gestione del risparmio che gestisce il fondo o il comparto, somme che restano a carico della società stessa. Non si applica l'articolo 92-*bis*, commi 1, 2, 3, 4 e 5, del Testo unico bancario; il comma 6 del medesimo articolo si applica nel caso in cui non vi siano prospettive di utile realizzo dei beni del fondo o del comparto».



zione del fondo incapiente, nominati dal Tribunale, possono essere anche persone, fisiche o giuridiche, diverse dalle SGR. Questa norma, infatti, è eccezionale, giacché regola una procedura concorsuale, cosicché non è estensibile alla materia che stiamo trattando. Anzi, la circostanza per cui «possono essere nominati liquidatori anche SGR o enti» rafforza la convinzione che una società di gestione del risparmio possa essere nominata quale curatore speciale processuale.

Sono tuttavia ben conscio del fatto che la nomina *ex art. 78 c.p.c.* di una diversa SGR potrebbe essere vista con disfavore dal giudice, il quale potrebbe temere di affidare l'incarico di curatore speciale a una società che gestisce fondi in concorrenza con quello la cui cura processuale le viene affidata. Entrano insomma in contraddizione due principi cardine degli OICR, ossia la riserva di attività e il perseguimento del *best interest*. Credo che, tra i due valori, i giudici, per prudenza, faranno prevalere il secondo, attribuendo l'incarico di curatore *ex art. 78 c.p.c.* soltanto a persone fisiche. L'affidamento di quel particolare incarico a una SGR, ove questa fosse in conflitto di interessi, renderebbe peraltro necessaria l'adozione della procedura prevista per tale conflitto dal Regolamento Intermediari adottato da Consob con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018, procedura che, oltre a costituire un ulteriore inconveniente, pare difficilmente adattabile a un giudizio civile<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Sul quesito concernente l'applicabilità di tale procedura all'acquisto di una quota del fondo da parte del socio di controllo della SGR che gestisce il fondo stesso, G. PORTALE, A. CETRA, *Acquisto di quote di fondo comune di investimento e situazioni di conflitto di interessi in una SGR*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.5, 1 ottobre 2017, 577 ss., i quali, in merito al conflitto d'interesse in ambito finanziario, rinviando a: F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, 276 ss.; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., 140 ss. e 247; A. SACCO GINEVRI, *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, Bari, 2016, 169 ss.; G. FRATI, *Conflitto di interessi. Profili evolutivi*, in *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, a cura di R. D'Apice, Bologna, 2016, 493; A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, Milano, 2016, 213 ss. e 237.

G. PORTALE e A. CETRA danno anche conto di quale siano le principali fonti normative in materia: «l'art. 30 del reg. UE 231/2013 [...] stabilisce che la SGR deve valutare se, nel corso dell'attività di gestione collettiva del risparmio, la stessa, o un soggetto rilevante o avente un legame di controllo, diretto o

A chi contestasse la possibilità di nominare il curatore *ex officio*, si potrebbe replicare che alcuni indizi giurisprudenziali<sup>82</sup>, nonché l'osservazione per cui la mancata nomina incide sul contraddittorio

---

indiretto: a) possa realizzare un guadagno o evitare una perdita a scapito del fondo o dei suoi investitori; b) sia portatore di un interesse nel risultato del servizio prestato distinto da quello del fondo, dei suoi investitori o dei clienti del gestore; c) abbia un incentivo a privilegiare interessi diversi da quelli del fondo gestito e, segnatamente, di altri fondi e, quindi, indirettamente, di altri investitori o clienti; d) presti il medesimo servizio di gestione anche per conto di altri fondi o clienti; e) possa ricevere da altri, in relazione all'attività di gestione svolta, incentivi, in denaro o in natura, diversi dalle commissioni o dalle competenze normalmente spettanti per tale attività di gestione (cc.dd. *inducements*). Gli interessi in conflitto sono indicati dall'art. 14, par. 1, direttiva AIFMD (riprodotto nell'art. 46, comma 1°, reg. congiunto), vale a dire: aa) quelli del gestore, compresi i suoi soggetti rilevanti o qualsiasi altra persona o entità avente stretti legami con il gestore o un suo soggetto rilevante (da un lato), e quelli dell'OICR gestito o dei partecipanti al medesimo (dall'altro); bb) quelli dell'OICR e dei partecipanti (da un lato), e quelli di altri OICR e dei loro partecipanti (dall'altro); cc) quelli dell'OICR e dei partecipanti (da un lato), e quelli di un altro cliente (dall'altro); dd) quelli di due o più clienti del gestore».

<sup>82</sup> Cass., sez. II, 16 novembre 2000, n. 14866, cit.: «tale essendo la situazione processuale, doveva necessariamente provvedersi alla nomina d'un curatore speciale che rappresentasse gli interessi dell'interdetta nel giudizio, in applicazione del disposto dell'art. 78 sec. co. c.p.c., ed, all'uopo non essendosi provveduto, devesi constatare e dichiarare la nullità dell'intero giudizio stanti il vizio insanabile della costituzione del rapporto processuale e la consequenziale violazione del principio del contraddittorio». Dalla necessità della nomina del curatore speciale si evince che a essa si potesse (e dovesse) procedere d'ufficio. Ciò è corretto poiché la parte rappresentata era un'interdetta, ossia una persona non in grado di difendersi autonomamente. Ciò giustifica l'intervento officioso del giudice, garante dell'effettività del contraddittorio e del diritto di difesa.

Una conferma di tale argomentazione sta nell'art. 320, ultimo comma c.c., secondo cui, nel caso di conflitto di interessi tra genitori e figli, il giudice deve nominare un curatore speciale.

In senso contrario non si può addurre l'art. 80 c.p.c., a norma del quale «l'istanza per la nomina del curatore speciale si propone al giudice di pace o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa». Questa disposizione, infatti, riguarda soltanto il caso in cui la domanda deve essere ancora proposta. A riprova di questa limitata operatività della norma, si veda: Cass., sez. III, 13 aprile 2015, n. 7362, in *Giust. Civ. Mass.* 2015.

e sul diritto di difesa<sup>83</sup>, fanno sì che il provvedimento possa essere emesso anche d'ufficio, se non altro nelle ipotesi in cui la parte rappresentata non sia in grado di proporre autonomamente l'istanza di nomina perché incapace processualmente (es. interdetto) o perché impossibilitata giuridicamente a stare in giudizio se non per il tramite dei propri organi interni (es. società per azioni)<sup>84</sup> o esterni (es. fondo; eredità giacente).

---

<sup>83</sup> L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., 825 ss.: «la nomina di un curatore speciale costituisce una eccezione alla generale regola secondo la quale “sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere” (art. 75 c.p.c.): regola questa che è uno dei corollari necessari dell'art. 24 Cost. e, più in generale, dell'art. 3 Cost. È chiaro infatti che rimuovere il rappresentante di una parte, sostituendolo con uno nominato d'ufficio, limita in maniera severa la capacità di stare in giudizio del soggetto rappresentato, venendo sostituito al rappresentante esistente (ed in ipotesi validamente nominato) un soggetto terzo nominato dal giudice su istanza della controparte processuale. Tale rilievo è ancor più significativo, qualora si ritengano di estendere, come ritengo sia inevitabile, anche al curatore nominato *ex* art. 78 secondo comma c.p.c., le conclusioni alle quali siamo giunti in ordine ai poteri sostanziali che gli vengono attribuiti con la nomina».

<sup>84</sup> Il parallelo tra incapaci processuali e soggetti di creazione giuridica che, in quanto tali, non possono che agire tramite le persone fisiche che ne rivestono il ruolo di organo, è confermato da Cass., sez. lav., 30 gennaio 1990, n. 618, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 1: «l'art. 78 c.p.c. (nomina del curatore speciale alla parte che difetti di capacità o di rappresentanza processuale o che si trovi in conflitto di interessi col rappresentante) si inquadra nel più generale principio imperativo del diritto inviolabile di difesa in giudizio (art. 24 Cost.), diritto che sarebbe evidentemente vanificato per alcune categorie di soggetti (tra i quali interessano ai fini di causa - quelli di creazione giuridica quali gli enti privati o pubblici) che, dovendo operare concretamente per mezzo di soggetti fisici, potrebbero essere strumentalmente utilizzati da questi ultimi per il loro esclusivo interesse in danno dei primi».

La rilevabilità officiosa che consegue da questo parallelo è dimostrata anche da Cass., sez. I, 10 marzo 1980, n. 1586, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 3. e in *Riv. notariato* 1980, 882: qualora il curatore del fallimento agisca nei confronti dei figli minori del fallito, al fine di acquisire alla massa beni ad essi pervenuti, la capacità del fallito stesso di rappresentare in giudizio i figli va esclusa non per effetto dell'instaurarsi della procedura concorsuale, ma in conseguenza del conflitto di interessi fra genitori e figli, rilevabile anche d'ufficio ed in sede di

Il giudice può pertanto nominare una SGR *ad litem*, *ex artt.* 78 ss. c.p.c., ove ravvisi un conflitto d'interessi<sup>85</sup>. Il provvedimento, avendo natura cautelare, sarà governato, *ex art.* 669 *quaterdecies* c.p.c., dagli artt. 669 *bis* ss. del codice di rito, in quanto compatibili. Contro il decreto di nomina del curatore, ad esempio, potrà essere proposto reclamo (art. 669 *terdecies*)<sup>86</sup>.

La mancata nomina del curatore, come pure la sua nomina illegittima, sono particolarmente delicate, giacché si ripercuotono sulla capacità di stare in giudizio<sup>87</sup>.

La mia opinione, contraria alla giurisprudenza prevalente<sup>88</sup>, è che tali ipotesi non diano luogo all'inesistenza della sentenza, bensì alla conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame. Soltanto con la sentenza sarà infatti possibile comprendere se il conflitto abbia realmente leso gli interessi dei partecipanti al fondo<sup>89</sup>.

I partecipanti, tuttavia, potendo esperire unicamente un intervento adesivo dipendente, non possono impugnare il provvedi-

---

legittimità, tenuto conto del vantaggio che deriverebbe al primo dall'accoglimento della domanda, con un incremento dell'attivo fallimentare. Se il conflitto d'interessi incide sulla capacità processuale, o per meglio dire sulla *legitimatio ad processum* rappresentativa, allora vi è un vizio che deve essere rilevato *ex officio* secondo l'art. 182 c.p.c.

C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 329, nota 49, chiarisce, comunque, che «fino alla nomina del curatore speciale, il rappresentante in conflitto d'interessi non è un *falsus procurator*; tale diviene solo dopo la suddetta nomina».

<sup>85</sup> L'istanza può anche essere presentata dalla stessa SGR, *ex art.* 79, comma 1 c.p.c., ma ho voluto immaginare il caso più complesso, in cui la società non vi provvede.

<sup>86</sup> L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., 825 ss.

<sup>87</sup> Secondo L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., 825 ss., quest'evenienza richiederà «al giudice grande prudenza valutativa, atteso che si tratta qui, né più né meno, di espropriare un soggetto processuale del suo diritto costituzionalmente garantito di agire e di difendersi, con conseguenze tali da poter determinare un vizio gravissimo del processo, condotto dal procuratore illegittimamente nominato».

<sup>88</sup> V. nota 38.

<sup>89</sup> Così L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., 825 ss.

mento emesso nella controversia tra la SGR e i terzi<sup>90</sup>, né potrebbero, dopo il suo passaggio in giudicato, promuovere un'opposizione ordinaria di terzo<sup>91</sup>, *ex art.* 404, comma 1 c.p.c.

Ai partecipanti non resta che l'opposizione di terzo revocatoria, quando la sentenza sia «l'effetto di dolo o collusione a loro danno»<sup>92</sup>, non essendo sufficiente il mero conflitto d'interessi.

Benché le posizioni del rappresentato e del partecipante al fondo siano analoghe, in particolare di fronte al gestore che versi in conflitto d'interessi, il partecipante stesso non può tutelarsi con un'opposizione ordinaria, ma soltanto con quella revocatoria. Ciò è dovuto alla scissione tra la titolarità del diritto litigioso e l'interesse la cui cura è affidata alla parte che sta in giudizio con l'attività (SGR).

Si comprende, dunque, come la costruzione dei profili processuali dei fondi comuni non sia potuta avvenire sulla base di una tanto sbrigativa, quanto erronea assimilazione del partecipante al rappresentato in senso tecnico. È stato necessario, invece, esaminare quali accezioni del termine «parte» si confacciano alla società e quali agli investitori.

---

<sup>90</sup> L'interveniente adesivo, per insegnamento consolidato, non può impugnare la sentenza. A questo proposito, tra i molti, v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 387 ss.

<sup>91</sup> Questa tesi è condivisibilmente avanzata, in termini generali, da L. DITTRICH, *Il curatore speciale processuale*, cit., 825 ss., per il caso in cui il conflitto è talmente grave da costringere a ritenere che il rappresentante fosse, in realtà, un *falsus procurator*. L'esperibilità del rimedio presuppone, tuttavia, non solo di essere terzi rispetto al procedimento – ciò che non vale per quei partecipanti al fondo che vi siano intervenuti – ma anche la titolarità di un diritto autonomo e incompatibile con quello che è oggetto del provvedimento che si intende attaccare: Cass., 10 marzo 1982, n. 1543, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 263; Cass., 22 settembre 1992, n. 10811, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1479.

Questo secondo requisito – che, come fatto notare da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 576, nota 15, è granitico in giurisprudenza, ma soffre di forti contestazioni in dottrina – non sussiste in capo ai partecipanti al fondo, i quali sono titolari di un credito, ossia di un diritto dipendente da quello litigioso.

<sup>92</sup> Su tale requisito, si leggano, in particolare, C. CECHELLA, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995, 55 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 576 ss.

6. *L'identificazione dell'oggetto processuale e i limiti patrimoniali del giudicato*

Secondo la teoria dell'identificazione delle azioni, costruita dalla tradizione sul dogma della necessaria titolarità<sup>93</sup>, l'oggetto processuale è identificato dal *petitum*, dalla *causa petendi* e dal soggetto-titolare<sup>94</sup>, di modo che l'identificazione stessa consiste di tre fasi<sup>95</sup>. Con ogni fase si ha un restringimento dell'insieme di partenza, sino a che la situazione giuridica concreta è una soltanto<sup>96</sup>.

Non è un caso che l'identificazione dell'azione sia stata ancorata alla *persona*. Poiché si riteneva che le situazioni giuridiche potessero essere individuate esclusivamente sulla base della *persona* cui erano necessariamente imputate, era inevitabile che gli oggetti processuali fossero identificati dal titolare<sup>97</sup>.

Alla luce della contestazione di quel dogma, tuttavia, si può affermare che la *persona* non è imprescindibile per l'identificazione dell'azione, la quale, al contrario, richiede la parte sostanziale, ossia,

<sup>93</sup> Tra i molti contributi, dai quali si può desumere l'asserita imprescindibilità del soggetto-titolare, si possono qui ricordare: A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 59 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del cod. di proc. civ.*, diretto da E. Allorio, II, I, Torino, 1980, 1 ss.; F.P. LUISO, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale della causa*, in *Scritti in onore di Fazžalari*, II, Milano, 1993, 205. ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato*, cit., 70 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 87.

<sup>94</sup> Sulla necessità, largamente condivisa, di ricorrere a questi tre elementi al fine di identificare l'azione: A. CERINO CANOVA, *La domanda*, cit., 33, nota 17; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2007, 262 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 152 ss.

<sup>95</sup> Salvo che si tratti di diritti autodeterminati, come quelli reali di godimento, nel qual caso, stante l'antico brocardo per cui *res amplius quam semel mea esse non potest*, la *causa petendi* è irrilevante ai fini dell'identificazione del diritto.

<sup>96</sup> Già G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, 269, chiariva come la *causa petendi* avesse la funzione di specificare il *petitum*.

<sup>97</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 153, scrive: «poiché l'azione si configura con riguardo al diritto sostanziale affermato, codesti soggetti si individuano in relazione, appunto, a quel diritto sostanziale affermato; sono cioè i soggetti che nella domanda sono affermati rispettivamente quali soggetto attivo e passivo del rapporto sostanziale».

secondo quanto abbiamo evidenziato, un predicato che non necessariamente è soggettivo (es. «eredità in morte di Tizio»)<sup>98</sup>.

Conseguentemente, tutti gli istituti che presuppongono l'identificazione dell'azione – litispendenza, *mutatio libelli*, domande nuove, divieto dei *nova* in appello, cumulo di domande, continenza di cause, giurisdizione, competenza, litisconsorzio necessario, riconvenzionale, chiamata in causa del terzo, successione nel diritto controverso, extra e ultrapetizione, ricusazione ed astensione del giudice per interesse nella causa, incapacità a testimoniare, limiti di proponibilità dell'appello incidentale, estensione della cosa giudicata<sup>99</sup> – non implicano la presenza di un soggetto, titolare del diritto sostanziale dedotto, ma unicamente una parte sostanziale, che può consistere in qualsiasi predicato idoneo a identificare un patrimonio primario<sup>100</sup>.

Si deve quindi ragionare di limiti *patrimoniali*, e non necessariamente *soggettivi*, della cosa giudicata.

#### 7. Le conseguenze del trasferimento dell'oggetto processuale da un fondo all'altro

Secondo quanto è emerso nel Capitolo VI<sup>101</sup> e ho ulteriormente precisato nel precedente paragrafo, le situazioni giuridiche sono identificate, non solo da oggetto e titolo, ma anche dal predicato soggettivo o oggettivo. Di conseguenza, il mutamento del titola-

<sup>98</sup> Non è quindi sempre corretto quanto affermato dallo stesso C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 152, ossia che «un'azione – come, del resto, ogni altro diritto – si individua in base ad elementi soggettivi ed in base a elementi oggettivi, ossia con riferimento ai suoi soggetti e al suo oggetto».

<sup>99</sup> Per l'esemplificazione dei profili di rilevanza dell'identificazione delle azioni, A. CERINO CANOVA, *La domanda*, cit., 15; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 388; F.P. LUISO, *Principio di eventualità*, cit., 226.

<sup>100</sup> È quindi escluso che, con la destinazione *ex artt. 2645 ter* o *2447 bis c.c.*, il diritto incluso nel patrimonio (unilateralmente o bilateralmente) separato sia trasferito e comporiti, dunque, l'attivazione dell'art. 111 c.p.c. Ciò, invece, accade nel caso in cui il diritto sia trasferito da un patrimonio primario all'altro, come nel caso del conferimento del diritto in un fondo di investimento.

<sup>101</sup> § 5.

re del diritto non provoca un trasferimento, ma il mutamento del diritto stesso. Solitamente si afferma, infatti, che il diritto rimane identico a se stesso nonostante il trasferimento da un soggetto a un altro, ma ciò è in palese contraddizione con la teoria dell'identificazione delle azioni.

Solo a-tecnicamente si può parlare di *successione nel diritto controverso*: la successione esiste, ma tra predicati identificativi dei diritti e quindi tra i diritti medesimi. La successione nel diritto controverso, di conseguenza, consiste in una successione di oggetti processuali.

Quando il trasferimento è reso noto al giudice, gli oggetti processuali mutano, dal punto di vista statico, per il mutare del loro predicato identificativo. Dal punto di vista dinamico, muta sia il profilo dell'imputazione, sia quello della disciplina, giacché, al passaggio da un predicato all'altro, si accompagnerà quello tra un prisma<sup>102</sup> e l'altro, cosicché diversi saranno gli enunciati dinamici e dunque le concrete volontà della Legge<sup>103</sup> cui la nuova situazione statica farà riferimento e sui quali inciderà il futuro giudicato.

Se, al contrario, il trasferimento non è comunicato al giudice, allora non vi sarà sostituzione né statica, né dinamica, di oggetti processuali. A stare in giudizio col nome sarà ancora l'originario predicato (es. fondo Alfa), mentre il nuovo predicato (es. fondo Beta) sarà inciso soltanto dall'autorità della futura regiudicata.

Questi approdi sistematici consentono di reinterpretare estensivamente l'art. 111 c.p.c., il quale — pur contenendo la rubrica «successione a titolo particolare nel diritto controverso», che implicherebbe la successione tra soggetti-titolari — può essere applicato anche quando la successione tra diritti deriva dalla sostituzione di predicati oggettivi. La disposizione, dunque, pur essendo stata

<sup>102</sup> Per il concetto di “prisma”, v. Capitolo II, § 12.

<sup>103</sup> A mutare saranno anche le astratte volontà della Legge quando le due organizzazioni appartengono a tipi diversi (es. persona fisica, persona giuridica, ente non personificato, patrimonio acefalo), giacché la disciplina che regola l'organizzazione originaria sarà sostituita da quella che sovrintende a quella subentrante.



edificata, come il resto del codice di procedura, sul dogma della necessaria titolarità, può prescindere.

Di conseguenza, quando l'oggetto processuale, in costanza di causa, è trasferito da un fondo comune all'altro – oppure da un fondo a un soggetto o viceversa – si applicherà l'art. 111 c.p.c. A tale conseguenza non si perverrà, invece, quando il diritto incluso nel fondo sia incluso, durante il giudizio, all'interno di un comparto, giacché quest'ultimo è un patrimonio secondario, che incide soltanto sulla responsabilità patrimoniale e non sull'identificazione dei diritti.

Il trasferimento tra due fondi, pertanto, farà sì, *ex art.* 111, comma 1 c.p.c., che il processo prosegua tra le «parti originarie». In virtù del terzo comma del citato articolo, il fondo, successore a titolo particolare, potrà intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti acconsentono, il fondo dante causa potrà esserne estromesso. La sentenza, qualora non vi sia quest'avvicendamento di parti, farà in ogni caso stato contro il fondo avente causa (art. 2909 c.c.), cosicché la SGR che lo gestisce potrà impugnarla.

Quando, però, i due fondi sono gestiti dalla medesima SGR, a mutare sono solo la parte che sta in giudizio col nome e quella sostanziale, restando identica la parte che sta in giudizio con l'attività. Essa, quindi, potrà costituirsi in giudizio per conto del nuovo fondo e chiedere l'estromissione del precedente. Questo, a rigor di logica.

Non vedo tuttavia quale utilità possa avere un tale avvicendamento. L'art. 111, infatti, fondato sul dogma della necessaria titolarità, presuppone ciò che, nel nostro caso, non accade, ossia che, col trasferimento da un titolare all'altro, muti anche il legittimato sostanziale e processuale. Bisogna dunque guardarsi dal rigido deduttivismo dogmatico, che pretende di trarre automaticamente dai concetti le soluzioni disciplinari, pretermettendo la *ratio* delle disposizioni e dunque il significato precettivo di queste ultime.

L'intervento e l'estromissione, solitamente volti all'avvicendamento della parte che sta in giudizio con l'attività, non avranno qui alcuno scopo, di modo che la loro omissione non darà luogo ad alcuna nullità, ma, anzi, risponderà al principio di economia processuale.

8. *La sostituzione della SGR interrompe il processo*

La sostituzione della SGR e l'affidamento della gestione da parte della SGR di promozione a una diversa società danno luogo alla successione a titolo particolare nell'ufficio gestorio, restando soggettivamente e oggettivamente immutate le situazioni incluse nel fondo<sup>104</sup>.

I due fenomeni — che indico sotto l'unitaria denominazione «*sostituzione del gestore*» — non cagionano pertanto alcuna successione nella titolarità dell'oggetto processuale. Gli artt. 110 e 111 c.p.c. sono dunque inapplicabili.

La sostituzione si traduce nel trasferimento della legittimazione processuale (meramente gestoria o rappresentativa) alla nuova SGR e, ove sussistano tutte le altre condizioni di decidibilità della causa nel merito, nell'acquisto della *legitimatō ad causam*.

Si dovrà quindi fare applicazione degli artt. 299 ss. c.p.c., giacché la sostituzione dà luogo alla cessazione dell'ufficio gestorio in capo alla SGR.

Mi si obietterà che se la legittimazione processuale della SGR fosse meramente gestoria, ovvero sia non rappresentativa, la fattispecie non sarebbe sussumibile nel caso, previsto dagli artt. 299 ss., in cui il rappresentante perde il potere di rappresentanza.

Ho tuttavia sottolineato che, se il titolare del diritto non esiste e non si può quindi porre un problema di contraddittorio nei suoi confronti, il giudicato sostanziale si può formare anche senza la *contemplatio domini* e in assenza di espressa previsione di Legge, purché l'attore abbia legittimazione *ad processum* primaria piena, allegghi la propria posizione di gestore sostanziale e ne sia l'effettivo titolare<sup>105</sup>. Di conseguenza, se la Legge prevede un determinato istituto (ad es. il fondo comune d'investimento), così prescrivendone implicitamente il funzionamento — il quale è impensabile senza la tutela giurisdizionale dei diritti — allora, ove tale tutela sia possibile soltanto su istanza del gestore, l'allegazione di tale ruolo è sufficiente per soddisfare

<sup>104</sup> Capitolo VI, § 7.

<sup>105</sup> Capitolo III, § 14; Capitolo VII, Sezione II, § 3.

l'art. 81 e per conferire, in presenza degli altri elementi cui è subordinata la legittimazione attiva, il diritto al provvedimento sul merito.

Alla luce di tutto ciò, si presenta la seguente alternativa: o la sostituzione del gestore non produce alcuna conseguenza processuale, o tale conseguenza, incidendo sulla legittimazione processuale meramente gestoria – che, al pari di quella rappresentativa, consente l'imputazione degli effetti processuali al *dominus* e la produzione del giudicato sostanziale – si verifica secondo le norme che regolano la cessazione della legittimazione rappresentativa medesima.

La prima opzione comporta che il gestore sostanziale sia la SGR subentrante, mentre la gestione processuale resta in capo alla SGR uscente. Ciò è insostenibile, poiché implica la moltiplicazione dei gestori e quindi la compromissione dell'unità del comando sul fondo<sup>106</sup>.

Non rimane dunque che la seconda opzione, la quale, peraltro, non pone alcun problema teorico o pratico. La cessazione del potere di imputare gli effetti processuali al «*dominus*» e di provocare il giudicato sostanziale dà luogo, a prescindere dalla sussistenza di una rappresentanza o di una legittimazione meramente gestoria, all'avvicendamento della parte che sta in giudizio con l'attività e quindi alla necessità che ne sia garantita l'effettività della difesa, cui è funzionale il meccanismo dell'interruzione<sup>107</sup>.

### 9. *L'intervento della SGR sostituta nel processo introdotto dalla sostituita*

Tutto ciò non può che ripercuotersi sulla natura dell'intervento in causa della sostituta e sulla posizione processuale della sostituita. L'intervento, infatti, non rientra tra quelli previsti dall'art. 105 c.p.c., né è sussumibile nella fattispecie dell'art. 111 dello stesso codice.

L'intervento della subentrante, infatti, consiste nella costituzione per la prosecuzione del procedimento, prevista dall'art. 302 c.p.c.

<sup>106</sup> Per questo principio fondamentale dei fondi comuni d'investimento, v. Capitolo VI, § 7.

<sup>107</sup> V., tra gli altri: C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 347; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2010, 113.

Ove la SGR subentrante non provveda alla costituzione, sarà possibile la riassunzione, ad opera delle controparti, *ex art.* 303. Qualora non si abbia né la prosecuzione, né la riassunzione, il procedimento sarà sottoposto al combinato disposto degli artt. 304 e 298 c.p.c., per poi estinguersi ai sensi dell'art. 305 dello stesso codice.

Appare quindi errata la costruzione teorica, adottata dai Giudici milanesi<sup>108</sup>, secondo cui la sostituzione, deliberata dall'assemblea dei partecipanti, non interrompe il processo *ex artt.* 299-300 c.p.c. Secondo quel provvedimento, la delibera prevista dall'art. 37 TUF revocherebbe l'ufficio gestorio alla promotrice per conferirlo al nuovo gestore, non producendo quindi l'estinzione dell'attrice o la cessazione della sua capacità processuale e non potendosi neppure immaginare l'estinzione del potere rappresentativo. Si è però dimostrata l'erroneità dell'assunto, posto alla base di quel *decisum*, per cui «la perdita di legittimazione formale a gestire i beni inclusi nei fondi non può essere accostata a fenomeni quali [...] la cessazione [della] rappresentanza [...]»<sup>109</sup>.

Non può neppure essere condivisa l'idea, sostenuta dallo stesso Tribunale di Milano<sup>110</sup>, secondo cui, benché la sostituzione non dia luogo a un fenomeno traslativo, l'intervento sarebbe disciplinato, in via analogica, dall'art. 111 c.p.c. Né può essere accettata quella del Tribunale di Varese, a parere del quale la sostituzione realizza il trasferimento dei diritti da una SGR all'altra<sup>111</sup>.

Il fondo non è un patrimonio separato della SGR, né può ipotizzarsi l'applicazione analogica dell'art. 111, giacché l'*analogia legis* presuppone una lacuna normativa che, stante l'operatività dell'art. 302 c.p.c., non sussiste.

<sup>108</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit., esaminata nel Capitolo I, § 8.

<sup>109</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.

<sup>110</sup> Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, cit.

<sup>111</sup> Tribunale di Varese, 21 novembre 2011, cit., per cui «la natura di patrimonio separato del fondo di investimento comporta, anzi tutto, che l'atto di variazione della società di gestione sia costituito da un vero e proprio atto traslativo».

10. *L'impossibilità giuridica dell'imputazione alla SGR o ai partecipanti dell'oggetto processuale di cui sia allegata l'inclusione nel fondo medesimo*

Secondo il Tribunale di Milano<sup>112</sup>, l'azione esercitata dalla SGR in nome e per conto del fondo si scontra con la circostanza per cui quest'ultimo è privo di soggettività giuridica. Ciò non darebbe però luogo alla nullità della citazione, ma al difetto dei poteri rappresentativi e all'irregolarità della procura, che andrebbe regolarizzata *ex art. 182 c.p.c.* I giudici milanesi, infatti, hanno escluso un vizio di extrapetizione:

la domanda di parte attrice deve essere qualificata [...] come azione direttamente pertinente alla SGR [...], ogni diversa lettura dell'atto di citazione risolvendosi in un formalismo che non tiene conto del complessivo tenore di tale atto, volto comunque a reintegrare il patrimonio separato riferibile al fondo tramite una iniziativa della SGR<sup>113</sup>.

Dal punto di vista dell'economia processuale, l'esclusione della nullità va condivisa. Essa evita la proposizione di una nuova domanda avente a oggetto diritti che, possano o meno essere imputati al fondo, vi sono inequivocabilmente inclusi, a prescindere dall'accefalia del fondo medesimo o dalla sua imputazione alla società. *Falsa demonstratio non nocet*.

Ciò nonostante, prestando attenzione ai profili strutturali, la decisione solleva alcune perplessità.

L'affermazione per cui l'imputazione del diritto dedotto alla SGR piuttosto che al fondo sarebbe irrilevante è contraddetta dal principio secondo cui l'oggetto del processo è integrato dal diritto soggettivo dedotto, identificato in base a *personae, causa petendi e petitum*<sup>114</sup>. Ciò sembra implicare che l'attribuzione, in atti, di un diritto

<sup>112</sup> Tribunale di Milano, 3 ottobre 2013, n. 12211, cit.

<sup>113</sup> Ordinanza del Tribunale di Milano del 21 giugno 2012, emessa nel corso del giudizio di primo grado, conclusosi con la citata sentenza del Tribunale di Milano, 3 ottobre 2013, n. 12211.

<sup>114</sup> Capitolo VII, Sezione II, § 6.

a un soggetto piuttosto che a un altro identifichi necessariamente l'oggetto e non possa mai essere mutata dal giudice. Tale osservazione, però, presuppone un elemento che, per quanto abituale, non può darsi per scontato, ossia l'imputabilità astratta di un diritto a un soggetto e, di conseguenza, la rilevanza della *persona* ai fini dell'identificazione dell'azione.

Quando si afferma l'inclusione della situazione giuridica in un fondo comune d'investimento, le ulteriori affermazioni con cui la SGR o la sua controparte attribuiscono quel diritto alla società o addirittura ai partecipanti implicano una ricostruzione della fattispecie di cui è evidente la giuridica impossibilità. Tale vizio della domanda, tuttavia, non incide, a differenza di quanto ritenuto da un'altra sentenza di merito<sup>115</sup>, sull'identità dell'oggetto processuale, giacché questo è comunque identificato dalla denominazione del fondo. Il giudice può e deve quindi reinterprete gli atti di causa, correggere l'erronea imputazione ivi contenuta e attribuire il diritto dedotto al fondo, senza che con ciò si dia luogo a un'extrapetizione.

Proprio per l'impossibilità giuridica di un'imputazione alla SGR o ai partecipanti, però, non è corretto ragionare d'irregolarità della procura e di sua regolarizzazione *ex art.* 182 c.p.c. Non c'è un *dominus* che possa rilasciare una procura. L'imputazione degli effetti processuali al fondo, nonché la produzione del giudicato sostanziale, inoltre, dipendono dalla legittimazione processuale della SGR, la quale presuppone unicamente l'ufficio gestorio e la sua allegazione.

#### 11. *La fusione e la scissione dei fondi. La fusione di fondi con SICAV e SICAF*

Alla luce di quanto sostenuto nel Capitolo VI<sup>116</sup>, la fusione e la scissione dei fondi comuni, per le quali il Testo Unico della Finanza non detta una disciplina *ad hoc*<sup>117</sup>, sono concettualmen-

<sup>115</sup> Tribunale di Trento, 3 marzo 2016, n. 210, in *Redazione Giuffrè* 2016.

<sup>116</sup> § 8.

<sup>117</sup> Le uniche norme che regolano la fusione e la scissione di OICR sono quelle degli artt. 40 *bis* e 40 *ter* TUF, le quali peraltro confermano la giustezza del parallelismo che abbiamo tracciato con le operazioni societarie straordina-

te riconducibili alle analoghe operazioni straordinarie in materia societaria. Le disposizioni di cui agli artt. 2501 ss. c.c. non sono *in toto* applicabili all'ambito che stiamo studiando, ma quell'analogia consente comunque di comprendere che la fusione e la scissione di fondi danno luogo al trasferimento dei diritti da un fondo all'altro.

Tali trasferimenti consistono, nella scissione in senso proprio, come pure nella fusione in senso proprio, in una successione a titolo universale, cui si accompagna l'estinzione del fondo originario.

Ciò non comporta l'automatica operatività degli artt. 299 ss.<sup>118</sup> e 110 c.p.c., giacché l'applicazione delle costruzioni dottrinali richiede la previa verifica della ricorrenza della *ratio* delle norme<sup>119</sup>.

Quanto all'art. 110 c.p.c., la sua applicazione sembra ancorata a necessità esclusivamente logiche. Se la successione a titolo universale consiste nel subingresso nella totalità delle situazioni giuridiche, di cui fa parte anche la situazione processuale<sup>120</sup>, allora il fondo deve subentrare anche nella posizione di parte che sta in giudizio col nome e in quella di parte sostanziale.

---

rie, prevedendo – seppure limitatamente alle SICAV e alle SICAF – l'applicazione delle disposizioni del «libro V, titolo V, capo X, sezioni II e III del codice civile, in quanto compatibili».

Una più puntuale conferma della correttezza del nostro parallelo si ricava dal Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015 (V.5.9 – Punto 1), secondo il quale «alle fusioni e scissioni tra SICAV, tra SICAF, tra SICAV e SICAF, tra SICAV o SICAF e fondi comuni si applicano le disposizioni previste nella Sezione II [ndr. Fusione e scissione nazionale tra fondi comuni] e, in quanto compatibili con queste ultime, gli articoli 2501 e seguenti del codice civile, relativi alla fusione e alla scissione di società».

<sup>118</sup> L'interruzione del processo, a seguito della fusione tra società, è stata esclusa da Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, cit., la quale ha ritenuto che il fenomeno non dia luogo al trasferimento dell'oggetto processuale e all'estinzione della parte, ma alla modificazione della società.

<sup>119</sup> L. D'ALESSANDRO, *Fusioni di società, giudici e dottori*, cit., I, 2501 ss.

<sup>120</sup> N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, 6 ss.; D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, 53; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 402.

Diversa, invece, è la *ratio* degli artt. 299 ss. c.p.c., che dispongono l'interruzione a tutela del diritto di difesa dei successori<sup>121</sup>. Il venir meno della parte produce una successione e quindi la comparsa di un nuovo soggetto, il quale potrebbe non essere a conoscenza del processo. L'interruzione, allora, consente di garantire l'effettività della sua difesa.

Il rischio di *vulnus* alle possibilità difensive del subentrante presuppone tuttavia che questo sia un soggetto, giacché, in caso contrario, la nuova parte non potrebbe comunque difendersi, essendo completamente abbandonata alla legittimazione di un soggetto diverso (es. curatore dell'eredità giacente; SGR di gestione).

La fusione in senso proprio e la scissione dei fondi, gestiti da un'unica SGR, non danno quindi luogo all'interruzione del processo.

Ciò, d'altronde, è conforme alla dottrina e alla giurisprudenza, le quali hanno escluso che la fusione tra società dia luogo all'interruzione, benché, a nostro avviso, essa produca comunque la successione a titolo universale nel diritto controverso. L'art. 2504 *bis* c.c., infatti, stabilisce che la fusione comporta la prosecuzione nei rapporti processuali, senza che si interrompa il processo e si onerino le parti di provvedere alla prosecuzione o alla riassunzione di cui agli artt. 302 e 303 del codice di rito<sup>122</sup>.

Qualora, invece, le suddette operazioni straordinarie intervengano tra fondi gestiti da diverse SGR, la tutela del diritto di difesa dei fondi, il cui esercizio è demandato a differenti società, imporrà l'interruzione del processo e dunque l'applicazione degli artt. 299 ss. c.p.c.

<sup>121</sup> V. nota 70.

<sup>122</sup> La svolta giurisprudenziale si è avuta con Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, cit. e con Cass., 23 giugno 2006, n. 14526, entrambe in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 177 ss.

La dottrina processualistica ha aderito all'impostazione di legittimità: D. DALFINO, *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 91 ss.; E. F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, *ibidem*, 179 ss.; C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed «estinzione societaria» (a proposito di gradazioni sull'«immortalità»)*, *ibidem*, 189 ss.; V. COLESANTI, *Ancora in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, *ibidem*, 375 ss.



Quanto alla fusione per incorporazione, infine, essa non comporta il venir meno della parte incorporante, ma soltanto di quella incorporata. Di conseguenza, se nel processo è parte un fondo incorporato, si fa applicazione dell'art. 110 c.p.c. e, soltanto se la SGR di gestione muta, degli artt. 299 ss. c.p.c. Qualora, invece, a essere parte sia il fondo incorporante, non si applicano né l'art. 110, né le norme sull'interruzione.

La scissione per scorporazione non comporta il venir meno del fondo originario, ma cagiona una successione a titolo particolare *inter vivos*, cosicché varranno le osservazioni che abbiamo svolto riguardo alle conseguenze processuali del trasferimento di diritti tra fondi<sup>123</sup>.

Qualora la fusione dei fondi avvenga nell'ambito di una fusione tra diverse SGR<sup>124</sup>, si verificano sia la successione nel diritto controverso, sia la sostituzione del gestore – cui consegue l'interruzione del processo e l'onere di proseguirlo – o, se si accede alla giurisprudenza di legittimità, l'automatica prosecuzione del processo da parte della nuova SGR.

Altrettanto interessante è l'ipotesi della fusione tra SICAV o SICAF, da un lato, e fondi comuni, dall'altro, cui si applicano, in virtù di un espresso rinvio contenuto nella normativa regolamentare, gli artt. 2501 ss. c.c.<sup>125</sup> e per cui il regolamento del fondo può consentire la sottoposizione dell'operazione all'approvazione dei partecipanti<sup>126</sup>,

<sup>123</sup> Capitolo VII, Sezione II, § 7.

<sup>124</sup> L'ipotesi è prevista dal Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015 (V.5.8 – Punto 9), secondo cui, «qualora la fusione tra fondi si iscriva nell'ambito di un progetto di fusione tra diverse SGR, la domanda di autorizzazione per la fusione tra i fondi è inviata contestualmente a quella di autorizzazione alla fusione delle SGR. Al fine di evitare soluzioni di continuità nella gestione dei fondi coinvolti, la fusione di questi ultimi non può avere effetto prima dell'efficacia della fusione tra le SGR».

<sup>125</sup> Il Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015 (V.5.9 – Punto 1), stabilisce che «alle fusioni e scissioni [...] tra SICAV o SICAF e fondi comuni si applicano le disposizioni previste nella Sezione II [ndr. Fusione e scissione nazionale tra fondi comuni] e, in quanto compatibili con queste ultime, gli articoli 2501 e seguenti del codice civile, relativi alla fusione e alla scissione di società».

<sup>126</sup> Regolamento Bankitalia del 19 gennaio 2015, Titolo V, Capitolo 5, Sezione II, Paragrafo 2: «nel caso in cui il regolamento del fondo preveda l'ap-

con ciò ammettendosi una loro ingerenza pari a quella concessa, *ex art. 37, comma 3 TUF*, in vista della sostituzione del gestore.

Non è possibile dilungarsi in questa sede sulle modalità di applicazione degli artt. 2501 ss. c.c. a tali fenomeni, ma posso comunque affermare che valgono le stesse osservazioni esposte in merito alla fusione dei fondi, giacché il fondo si estingue ed entra a far parte del patrimonio imputato alla SICAV o alla SICAF. Si avranno dunque la successione a titolo universale nel diritto controverso e l'interruzione del processo, la quale, tuttavia, non opererà nel caso in cui la SICAV (o la SICAF) abbia affidato, *ex art. 38 TUF*, la propria gestione alla stessa SGR che gestisce il fondo comune coinvolto nella fusione.

## 12. *Le esecuzioni*

Nella Sezione I di questo Capitolo<sup>127</sup> si è mostrato quanto l'accefalia del fondo costringa a correggere interpretativamente le norme che regolano l'esecuzione civile. Quelle osservazioni valgono anche in merito alle *third party dispute*, giacché anche in esse il fondo ha, tra le proprie componenti, un credito che la SGR deve far valere nei confronti dei terzi, come pure un debito di cui essa deve curare l'adempimento.

Qualora a essere oggetto dell'esecuzione sia un credito presente all'interno del fondo, pertanto, la SGR non può assumere la veste di creditore procedente o interveniente. Essa, al contrario, sta in giudizio soltanto con gli atti, al pari di un rappresentante processuale. Dovranno essere quindi riferite alla SGR le norme che concernono la parte che sta in giudizio con l'attività.

Ogni disposizione che, invece, concerna la parte a favore della quale l'esecuzione viene condotta dovrà essere riferita al fondo comune d'investimento. Quella disposizione, difatti, imputando gli

---

provazione delle operazioni di fusione o di scissione da parte dei partecipanti al fondo, il *quorum* per l'approvazione della fusione non può essere superiore al 75 per cento dei voti effettivamente espressi dai partecipanti presenti o rappresentati all'assemblea dei partecipanti».

<sup>127</sup> § 6.

effetti dell'esecuzione, si incentra sul patrimonio, cosicché è del tutto irrilevante che quest'ultimo sia soggettivizzato o meno. Di conseguenza, la disposizioni che concernono la parte che sta in giudizio col nome e quella che viene arricchita dall'esecuzione dovranno essere riferite al fondo comune<sup>128</sup>.

Valgono osservazioni analoghe nel caso in cui i terzi aggrediscano esecutivamente il fondo.

Può essere utile, allora, sottolineare le diversità tra le esecuzioni concernenti le *beneficiary dispute* e quelle che riguardano le *third party dispute*.

Nell'esecuzione, condotta dai partecipanti, contro la SGR, a tutela del fondo, gli investitori stanno in giudizio con l'attività e col nome. Al contrario, nel caso dei procedimenti esecutivi intercorrenti tra la società e i terzi, la SGR sta in giudizio con l'attività, mentre il fondo è sia parte che sta in giudizio col nome, sia patrimonio contro il quale o a favore del quale si verifica lo spostamento di ricchezza per il quale si procede.

La ragione di tale discrasia deriva dalla diversa collocazione del diritto sostanziale di cui si chiede l'esecuzione. Nel primo caso, quel diritto appartiene ai partecipanti e, in modo estremamente anomalo, ha a oggetto l'arricchimento di un patrimonio che non è imputato a costoro; nel secondo caso, il credito (come anche il debito) è incluso nel fondo e rimesso alla gestione della SGR.

---

<sup>128</sup> Per quelle disposizioni, si veda Capitolo VII, Sezione I, § 6.

CAPITOLO VIII  
CONCLUSIONI

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

SOMMARIO: § 1. Panoramica delle soluzioni applicative. – § 2. Conseguenze sistematiche di quest’opera. – § 3. Il *trust* e il patrimonio acefalo. – § 4. Congedo, con un *caveat* ai Legislatori europei in merito alla futura disciplina dell’intelligenza artificiale.

1. *Panoramica delle soluzioni applicative*

Per comprendere il significato dello studio condotto, conviene ripercorrere sommariamente le soluzioni operative cui sono pervenuto.

La SGR di gestione, al contrario della società di promozione, è dotata della legittimazione sostanziale e processuale a disporre dei diritti inclusi nel fondo, da esercitarsi nell’esclusivo interesse dei partecipanti. Essa è parte dell’atto contrattuale concluso con i terzi e non del rapporto; inoltre, nelle *third party dispute*, sta in giudizio con la sola attività.

La società risponde della propria attività, nei confronti degli investitori, a titolo contrattuale ed è quindi obbligata a condurre diligentemente e lealmente, non soltanto le operazioni negoziali di investimento e disinvestimento, ma anche la gestione dell’attività processuale, dovendo agire contro qualsiasi terzo che abbia danneggiato il fondo, fosse anche un proprio amministratore.

La sostituzione della SGR, inoltre, interrompe il processo *ex artt.* 299 ss. c.p.c., cosicché l’intervento della sostituta integra una comparsa per la prosecuzione del giudizio.

Il patrimonio sociale della SGR è, per i partecipanti, la garanzia patrimoniale generica, *ex art.* 2740, comma 1, dei loro crediti, consistenti nella *best execution* e nel rimborso della quota.

I partecipanti medesimi, in relazione al fondo, sono invece dei creditori dinamici, avendo diritto alla percezione di una quota del risultato dell'amministrazione del fondo e partecipando al rischio insito nella gestione collettiva del risparmio.

Proprio alla luce di tale posizione, essi non possono agire contro i terzi e la SGR per ottenere, *ex art. 1394 c.c.*, l'annullamento degli atti di disposizione che questa abbia posto in essere, potendo unicamente agire contro la società, anche mediante una *class action*, per il risarcimento del danno cagionato al fondo o alle proprie quote individuali.

Parimenti, qualora, nell'ambito delle *third party dispute*, la società di gestione non abbia debitamente curato gli interessi dei partecipanti, procurando così un'ingiusta diminuzione di valore del fondo, gli investitori medesimi possono introdurre una *beneficiary dispute*, con la quale il processo civile ritorna alla tradizionale corrispondenza della titolarità dell'oggetto processuale a quella dell'interesse tutelato.

Nonostante l'indipendenza garantita alla società di gestione, gli investitori possono compiere un intervento adesivo dipendente nelle *third party dispute* e, ove la SGR versi in un conflitto d'interessi, possono chiedere la nomina di un curatore speciale processuale.

Proprio alla luce di quell'indipendenza gestionale, invece, i partecipanti al fondo non possono agire, contro i terzi, a tutela dei diritti inclusi nel fondo, essendo tale potere riservato alla SGR.

Venendo, infine, al fondo, esso è un patrimonio primario, cosicché rileva, non soltanto ai fini della separazione patrimoniale, ma a tutti gli effetti e quindi anche in vista dell'identificazione dell'oggetto negoziale e di quello processuale, nonché per la successione a titolo particolare e universale.

Il fondo comune d'investimento, inoltre, può dirsi soggetto stante la spettanza di alcuni diritti della soggettività, mentre non può dirsi tale considerando che gli atti gestori della SGR non gli sono imputati.

La fusione e la scissione in senso proprio comportano l'estinzione dei fondi e dunque la successione universale. Tale successione, al pari del trasferimento dei diritti da un fondo all'altro, impone di

essere trascritta. La separazione bilaterale è quindi garantita, non essendo a tal fine sufficiente una semplice annotazione. Nel processo, queste vicende daranno luogo all'applicazione degli artt. 110 e 111 c.p.c., ma non necessariamente all'interruzione del procedimento.

Il trasferimento del fondo da una SGR all'altra, invece, non dà luogo ad alcun fenomeno traslativo e non deve dunque essere trascritto, ma unicamente annotato. Quel trasferimento, al pari della sostituzione del gestore e del distacco delle funzioni gestorie dalla SGR di promozione, comporta la cessazione della legittimazione processuale (rappresentativa o meramente gestoria) in capo alla società che sta in giudizio con gli atti, cosicché il processo si interrompe e la nuova SGR può costituirsi per la prosecuzione del giudizio.

Il fondo comune d'investimento è parte del rapporto contrattuale; nelle *third party dispute* è parte sostanziale del processo e subisce gli effetti degli atti processuali; è «parte» ai fini della trascrizione.

## 2. *Conseguenze sistematiche di quest'opera*

Riassunti rapidamente i principali profili operativi di questo lavoro, emerge che, nei settori dell'economia più avanzati e complessi, si assiste a una sorta di automazione del diritto. Le situazioni giuridiche interagiscono reciprocamente senza la necessità di un soggetto che ne sia titolare, rimanendo pur sempre strumentali al soddisfacimento degli interessi degli uomini<sup>1</sup>, sebbene in modo spersonalizza-

---

<sup>1</sup> A. JANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, cit., nota 8, informa i propri lettori che l'idea di "automazione" era già stata prospettata da G. SIMMEL, *Filosofia del denaro*, Torino, 1984, 474-475, il quale, avendone scritto trent'anni fa, aveva paragonato tale fenomeno, non all'informatica, ma all'industria: «ogni tecnica economica di alto livello si basa sulla autonomizzazione dei processi economici: essi vengono scissi dall'immediatezza degli interessi personali, funzionano come fini a sé stessi, il loro corso meccanico viene sempre meno attraversato dalle irregolarità e dalle imprevedibilità dell'elemento personale» Ciò non toglie che questo automatismo sia pur sempre sociale, e quindi pur sempre strumentale al perseguimento di interessi «di natura umano-soggettiva: il dispositivo di un macchinario, l'impianto di una fabbrica, per quanto commisurati alle leggi dell'oggetto, vengono tuttavia alla

to, mediante una «situazione giuridica di collegamento» tra gestore e beneficiario, consistente nel rapporto obbligatorio che li lega.

L'estraneità del partecipante rispetto al fondo non significa che egli non vanti dei diritti *in relazione al* fondo medesimo. È in questo senso che si può dire, pur prestando molta cautela, che il partecipante è il *titolare sostanziale* dei beni ricompresi nel fondo comune d'investimento. L'investitore, infatti, pur non essendone propriamente titolare, ha diritto a che quei beni siano gestiti lealmente e diligentemente. L'estraneità del partecipante rispetto al fondo, allora, non osta a che costui possa verificare la corretta gestione da parte della società e reagire giudizialmente alle eventuali mancanze, con azioni (esclusivamente) risarcitorie e quindi personali, che arricchiscono un patrimonio di cui egli non è titolare.

Mentre la responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c., comma 1) resta ferma *ex art.* 36, comma 4 TUF, sono il godimento e la disponibilità dei diritti inclusi nel fondo a offuscarsi. La legittimazione a disporre compete alla società, non in quanto proprietaria, ma in quanto incaricata della gestione; il godimento spetta poi ai partecipanti, ma esso è, per così dire, «indiretto», giacché, stante la natura produttiva del patrimonio, non consiste nel potere di utilizzare materialmente la cosa, ma esclusivamente in quello di ricavarne i frutti.

Anche la proprietà, allora, tradizionale baluardo del soggetto rispetto alla società e allo Stato, muta la propria funzione e, pur restando ancorata al soddisfacimento delle persone fisiche, non richiede di essere imputata, ma di essere gestita per rendere reddito l'investimento.

Questo fenomeno di spersonalizzazione e automazione è particolarmente evidente nel processo civile, giacché è proprio questo

---

fine dominati anche dai fini personali e dalla soggettiva capacità di pensare dell'uomo».

Il fenomeno dell'automazione, soprattutto in ambito finanziario, si sta ampliando a dismisura, con implicazioni di non poco conto per democrazia e geopolitica, in conseguenza del *trading* algoritmico. Su questo tema, R. MAURO, *Algotrading, la finanza senza umani*, in *Limes*, 2, 2012, consultabile in *www.limesonline.com*.

l'ambito in cui è più chiaro il conflitto d'interessi e quindi, almeno tradizionalmente, la soggettività delle parti cui quegli interessi, reciprocamente contraddittori, sono imputati.

Si danno casi, riconosciuti dalla dottrina, di processi a contenuto oggettivo, ossia di procedimenti civili – quali l'interdizione, l'inabilitazione, la dichiarazione di fallimento – il cui oggetto non consiste in un diritto, uno *status* o altra situazione giuridica sostanziale controversa tra le parti, ma esclusivamente nel dovere del giudice di provvedere<sup>2</sup>. In queste ipotesi, l'attore esercita una *mera azione*<sup>3</sup>.

L'oggetto dei cd. procedimenti oggettivi, in realtà, può consistere, non soltanto in una situazione meramente processuale, ma anche in situazioni giuridiche sostanziali, eccezionalmente acefale.

Nonostante la tralatizia impostazione soggettivistica del processo, il titolare della situazione giuridica non è necessario per l'esistenza degli interessi e quindi del conflitto. Ciò che importa è che il conflitto si svolga e che vi sia una parte che sta in giudizio con l'attività. Il processo è una seria coordinata di poteri e atti: senza un soggetto, ossia senza una entità che eserciti i poteri compiendo gli atti, non vi può essere processo. La parte formale è pertanto l'unica che sia veramente imprescindibile.

È per questo che occorre rivedere il senso stesso del processo di cognizione, comprendendo a quali cambiamenti esso sta andando incontro.

Qualora riguardi dei diritti inclusi in un patrimonio acefalo, infatti, il procedimento civile non tutela dei diritti soggettivi, ma funge da strumento di tutela indiretta degli interessi di soggetti che non possono essere parte delle *third party dispute*, se non mediante un intervento adesivo dipendente.

La funzione giurisdizionale, allora, tradizionalmente concepita, nel sistema privatistico, come tutela dei diritti soggettivi, si estende alla dichiarazione di volontà di Legge concrete, ma non soggettivizzate.

Se, al contrario, il principio di Bulgaro, secondo cui *processus est actus ad minus trium personarum*, avesse davvero una valenza assoluta,

<sup>2</sup> A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 525.

<sup>3</sup> A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, cit., 525.



rilevando per tutte le tre accezioni del termine *parte* e imponendone la soggettività, allora il processo civile non sarebbe in grado di operare a tutela di situazioni giuridiche prive di titolare. I patrimoni privi di titolare, come l'eredità giacente – e, quanto meno dal punto di vista della (mancante) imputazione degli atti, i fondi comuni d'investimento – non potrebbero essere protetti, ciò che lederebbe i principi costituzionali in materia di successioni e di tutela del risparmio (artt. 42 e 47 Cost.).

Stante la necessità di questa metamorfosi, le parti che subiscono gli effetti processuali e l'autorità del giudicato sostanziale possono essere dei predicati oggettivi, *nomina nuda*, secondo un fenomeno che rasenta – e forse persino raggiunge – la sovrapposizione tra l'oggetto processuale e la parte sostanziale e che ben si spiega se si ricorda che i rapporti giuridici intercorrono tra situazioni giuridiche, non tra soggetti o fra patrimoni.

La sovrapposizione dell'oggetto alla parte conferma che i limiti soggettivi del giudicato non hanno una rilevanza autonoma rispetto a quelli oggettivi.

La distinzione tra il patrimonio primario e quello secondario è stata posta in luce con riguardo al processo di cognizione, incidendo sulla posizione processuale del gestore, che può essere mero legittimato processuale, oppure stare in giudizio anche con il nome e subire il giudicato sostanziale.

Le conseguenze applicative cui si è giunti credo possano considerarsi originali rispetto a quelle sinora prospettate in dottrina e in giurisprudenza, soprattutto se lette nel proprio insieme, come *corpus*, come sistema che sia in grado di descrivere compiutamente e coerentemente il fenomeno dei fondi comuni e di esprimerne il senso profondo.

Auspico, inoltre, di essere riuscito a mantenere il fondo comune esattamente a metà strada tra il governo tecnico della SGR di gestione e l'interesse dei partecipanti, senza consegnarlo all'arbitrio della prima o alle ingerenze dei secondi<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Mi ero posto come obiettivo questo equilibrio nel Capitolo VI, § 1.

La speranza è di aver esposto una tesi teoricamente coerente e completa, sganciata da qualsiasi dogma, elaborando, allo stesso tempo, un sistema di soluzioni operativamente efficienti ed efficaci. La funzionalità socio-economica degli istituti, infatti, non deve mai passare in secondo piano di fronte alla rigorosità teorica delle costruzioni dottrinali. Far andare di pari passo i due aspetti, poi, è una fortuna che capita di rado.

### 3. *Il trust e il patrimonio acefalo*

Dedico qui alcuni brevi cenni alla questione della utilizzabilità del patrimonio acefalo per la trasposizione del *trust* nell'ordinamento italiano, per lo meno nei casi in cui la legge straniera applicabile prevede la separazione bilaterale del *trust fund* rispetto al patrimonio del *trustee*. Propongo qui alcune riflessioni al fine di dimostrare che il lavoro svolto ha potenzialità sistematiche anche per i patrimoni diversi dai fondi comuni e dunque per gli altri rami del diritto privato. Non potrò di conseguenza nemmeno tentare di anticipare in questa sede tutte le obiezioni che potrebbero essere mosse a questi pensieri, per ora allo stadio soltanto larvale, e che spero di poter sviluppare in scritti futuri.

L'influenza del *trust, guardian angel of the common law*, si riverbera molto chiaramente nell'architettura dei fondi comuni<sup>5</sup>. Il *trustee* amministra il *trust fund* nell'interesse dei *beneficiaries*. Lo scopo della gestione imposta al *trustee* fa sì che egli sia gravato del *duty of loyalty* e del *duty of care*, al pari della SGR. I beneficiari possono agire per ottenere la reintegrazione del *trust fund* quando il suo valore è stato lesa da atti infedeli o negligenti del *trustee*. Essi possono inoltre chiedere al *trustee* la liquidazione di ciò cui hanno diritto in forza dell'atto istitutivo. Sussistono quindi i due crediti dei partecipanti verso la SGR. Anche in materia di *trust* quei due crediti sono dinamici, giacché il *fund* non è, per i beneficiari, il patrimonio che garantisce l'esecuzione dell'obbligazione da parte del debitore, ossia il patrimonio su cui essi possono rivalersi nel caso di inadempimento

<sup>5</sup> Capitolo I, § 2.

del *trustee*, ma il patrimonio rispetto al quale hanno diritto a che sia effettuata una gestione diligente e fedele.

Il *trust* è stato spesso tradotto nel nostro ordinamento cercando le strutture giuridiche italiane più simili a quelle originarie. Il *trust*, pertanto, come nel Regno Unito e negli Stati Uniti, viene imputato al *trustee*. Ciò tuttavia non tiene in considerazione tre questioni: 1) la proprietà del *fund* è funzionalizzata e quindi non corrisponde al diritto di godere e disporre in modo pieno e assoluto dei beni, cosicché si potrebbe assistere a una violazione del principio di tipicità dei diritti reali; 2) la separazione bilaterale, quando ci sono degli immobili, richiede la trascrizione, ma essa non è prevista dalla Legge, di modo che si rischia un *vulnus* alla tassatività della pubblicità immobiliare; 3) non si può trascrivere a favore del *trustee* e annotare a favore dei beneficiari, perché l'annotazione non può rendere opponibile la destinazione e non può quindi costituire la separazione.

Pertanto, delle due, l'una: o si traspone il *trust* mantenendone la struttura originaria e, affinché se ne producano gli effetti, si violano le norme italiane, oppure si rispettano le norme medesime, cosicché la separazione, propria del *trust*, non è in grado di funzionare.

Poiché entrambe le conclusioni sono inaccettabili, si pone la seguente alternativa: non trasporre affatto il *trust*, oppure trasporlo mirando a conservarne gli effetti invece che la struttura, ossia interpretando diversamente la Convenzione dell'Aja del 1985 e la relativa legge di ratifica.

Va infatti rammentato che la trasposizione del *trust* è imposta dalla Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364. La mancata trasposizione del *trust* è quindi un'opzione interpretativa soltanto ove si dimostri che il Legislatore italiano sarebbe dovuto intervenire, a seguito della ratifica, con delle modifiche all'ordinamento interno e che, mancando tali successive modifiche e non essendo esse implicite nella ratifica stessa, la trasposizione non possa essere operata da dottrina e giurisprudenza.

Prima di arrivare a quest'opzione, che implica una violazione degli obblighi internazionali gravanti sullo Stato italiano, occorre analizzare la percorribilità dell'altra, secondo cui non ha senso pretendere di tradurre gli istituti mantenendone la struttura d'origine.

Poiché la soluzione del singolo problema pratico non viene mai dalla singola regola, ma dal sistema, allora pretendere di mantenere l'identità di struttura nel passaggio tra due ordinamenti diversi implica ammettere la diversità di effetti e quindi lo stravolgimento del profilo funzionale dell'istituto. In altri termini, l'imputazione dei beni al *trustee* ha effetti completamente diversi nella *common law* e nella *civil law*. Qui l'*equity* non esiste e non può dunque funzionalizzare il diritto per tutelare i beneficiari della gestione.

Ciò permette di capire che il *trust* non è la sua struttura, ma l'insieme dei suoi effetti. Opinare il contrario significa perdere il senso del *trust* in una traduzione meramente strutturale.

Il primo errore, che costituisce una questione di metodo comparatistico, è pertanto quello in cui sono incorsi coloro che hanno preteso di mantenere la struttura anglosassone del *trust*, incentrata sull'imputazione del *fund* al *trustee*, e di riversarla nell'ordinamento italiano, in cui, stante la diversità del sistema con cui è destinata a interagire, produce effetti che nulla hanno a che fare con quelli originari.

Occorre quindi verificare se vi siano strutture alternative, di diritto italiano, che consentano l'impianto del *trust*, inteso non come struttura, ossia come insieme di forme, ma come sistema di effetti.

L'alternativa potrebbe consistere nel patrimonio acefalo<sup>6</sup>.

Il primo errore, comparatistico, si è saldato infatti al secondo, di diritto interno, consistente nel dogma della necessaria titolarità dei diritti. Sgombrato il campo da questo ostacolo, il *trust fund*, nell'ordinamento italiano, può avere una struttura diversa da quella originaria, ossia divenire un patrimonio acefalo.

Tale trasposizione, pertanto, consentirebbe di evitare le violazioni di Legge contestate da parte della dottrina e di mantenere il senso del *trust* nella sua trasposizione dalla *common law* alla *civil law*.

Nell'ordinamento originario, come pure in quello italiano, gli atti non sono imputati al *trust fund*, bensì al *trustee*<sup>7</sup>. Né il *trust fund*

<sup>6</sup> F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 655, invece, afferma che, se un soggetto intende controllare più patrimoni, deve creare un nuovo soggetto o istituire un patrimonio separato. *Tertium non datur*.

<sup>7</sup> Per la soggettività del *trust*: A. DE DONATO, V. DE DONATO e M. D'ERRICO, *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, 128-130; U. BERLO-

può dirsi titolate dei diritti della soggettività. Vista la conseguente esclusione della soggettività del *trust fund*, considerata l'impossibilità che il mantenimento della sua struttura originaria (patrimonio bilateralmente separato del *trustee*) dia luogo agli stessi effetti nell'ordinamento straniero e in quello italiano e ritenuto che si dia una terza struttura, ossia il patrimonio acefalo – rispettoso dei principi italiani e idoneo a produrre gli effetti anglosassoni –, allora il *trust fund* può essere tradotto come patrimonio privo di titolare. Esso è istituito e dotato da un *settlor*, non imputato al *trustee*, affidato alla sua gestione, la quale deve svolgersi nell'interesse esclusivo dei *beneficiary*.

Già alcune sentenze ammettono la trascrizione a favore del *trust fund*<sup>8</sup>. Quest'orientamento dimostra – come già rilevato – di concepire la pubblicità immobiliare come strumento, non solo di soluzione dei conflitti circolatori, ma anche di conseguimento degli scopi negoziali, nel rispetto delle esigenze di tutela dei terzi<sup>9</sup>.

L'ipotesi di lavoro qui formulata potrebbe quindi offrire un supporto dogmatico a questa giurisprudenza, così da circondarla di quel consenso che finora è sembrato irraggiungibile a causa delle anomalie che la materia presenta.

Questa trasposizione funzionale è confermata dalla versione francese della Convenzione dell'Aja, art. 2, lett. b), secondo cui «des biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee». La versione francese non collima con quella inglese, in cui i beni sono inclusi nel *trustee's own estate* (concetto di *common law*, limitato funzionalmente dall'*equity*)<sup>10</sup>.

---

NI, *Risvolti processuali della qualificazione del trust interno come soggetto di diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 1343 ss.

In senso contrario, v. S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, 593.

<sup>8</sup> Ne dà conto A. GALLARATI, *La trascrizione degli acquisti immobiliari*, cit., 9-10.

<sup>9</sup> Per questa visione, si veda Capitolo VI, § 8, nota 76.

<sup>10</sup> Secondo E. GAILLARD e D.T. TRAUTMAN, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, in *American Journal of Comparative Law*, 1987, 332, la formulazione francese si deve all'intenzione di spiegare ai sistemi di *civil law* gli effetti del *trust*, che – aggiungiamo – già Gierke confessava di non riuscire a comprendere.

Già nella Convenzione, allora, la trasposizione giuridica del *trust* nella *civil law* è incentrata sul mantenimento degli originari profili funzionali dell'istituto. La Convenzione persegue questo risultato mediante l'inserimento nei sistemi di *civil law* di una struttura che non ricalca quella di *common law*, ma ne costituisce una radicale metamorfosi, consistente nella separazione dal patrimonio del *trustee* delle situazioni giuridiche affidate.

Questa distinzione, inoltre, non è limitata dall'art. 2, lett. b) alla responsabilità patrimoniale. Ebbene, se le restrizioni non sono poste, esse non esistono. Ne consegue che la formulazione della citata disposizione potrebbe ritenersi analoga a quella dell'art. 36, comma 4 TUF, secondo cui il fondo comune è un patrimonio distinto, «a tutti gli effetti», da qualsiasi altro patrimonio esistente e, in particolare, dal patrimonio del gestore. Ciò significa che l'art. 2 della Convenzione dell'Aja pone in essere una distinzione tra patrimoni primari.

Questo è il punto focale dell'ipotesi di lavoro qui proposta. Basti pensare che se, al contrario, si ritiene che l'art. 2 lett. b) della Convenzione, non chiarendo espressamente che la separazione vale *a tutti gli effetti*, non prescriva una separazione tra patrimoni primari, allora si ha una separazione tra patrimoni secondari e il richiamo al patrimonio acefalo è fuori luogo.

Questa contrapposta tesi, tuttavia, espone ai ben noti rischi di violazione dei principi di tassatività dei diritti reali e della trascrizione. A tale replica si potrebbe obiettare che, se la legge di ratifica può essere eseguita con il patrimonio bilateralmente separato, allora la legge stessa impone – implicandola – un'altra causa di trascrizione, come pure un diritto reale nuovo e funzionalizzato. A ciò si può replicare che il *trust fund*, se davvero fosse un patrimonio bilateralmente separato, sarebbe imputato al *trustee* e sarebbe dunque incluso nella sua successione, il che pone non pochi dubbi sulla razionalità di una tale trasposizione dell'istituto e in particolare sulla sua corrispondenza ai profili funzionali del sistema nazionale di *common law* da cui di volta in volta trae origine. Si tratta di obiezioni che possono essere approfondite soltanto in diversa sede, ma che appaiono possibili e di cui ci pare dunque opportuno avvertire il Lettore.

Ciò che però preme ancor di più sottolineare è che, indipendentemente dalla soluzione di tali dubbi, le osservazioni svolte in questo paragrafo dimostrano come lo studio condotto in quest'opera abbia potenzialità teoriche e applicative sistemiche, ossia anche su terreni diversi da quello dei fondi comuni.

Si può quindi affermare in questa sede, per ora soltanto come ipotesi di lavoro e subordinatamente alla futura dimostrazione della infondatezza delle obiezioni pocanzi prospettate, che l'ordinamento italiano – e l'indagine potrebbe essere estesa agli altri sistemi continentali – potrebbe disporre di uno strumento competitivo col *trust*, sinora non individuato a causa del dogma della necessaria titolarità, e consistente nel patrimonio acefalo che, grazie alla ratifica e quindi all'applicabilità della Convenzione dell'Aja del 1985, potrebbe fungere da embrione per un futuro *guardian angel of the civil law*.

#### 4. *Congedo, con un caveat ai Legislatori europei in merito alla futura disciplina dell'intelligenza artificiale*

Queste brevi note conclusive sul *trust*, che costituiscono unicamente lo spunto per una prossima pubblicazione, ci sono servite per offrire un esempio delle potenzialità sistemiche del lavoro svolto, in vista di una futura teoria generale dei patrimoni separati che si estenda oltre i fondi comuni d'investimento.

Emerge in modo chiaro che discorrere dei fondi comuni significa indagare il metodo giuridico e l'incidenza dell'economia contemporanea sulla visione del rapporto tra oggetti e soggetti e, ancor di più, sulla rilevanza di questi ultimi.

A queste interazioni tra diritto, economia e tecnica vanno d'altronde ricondotti anche altri fenomeni dirompenti come l'intelligenza artificiale. In qualità di funzionario della Commissione per gli affari giuridici del Parlamento Europeo ho l'onore di partecipare alla preparazione dei testi legislativi in materia e di offrire un contributo tecnico al dibattito sul tema, i cui aspetti sono innumerevoli e vanno dalla responsabilità civile al copyright, passando per la protezione dei diritti fondamentali e le relazioni internazionali.

Sorgono qui interrogativi di non poco momento, come la disciplina della responsabilità risarcitoria connessa a danni cagionati da automobili a guida totalmente autonoma o la possibilità di attribuire una protezione giuridica alle opere originali di cui l'IA sia autrice. Questi e altri problemi non possono essere risolti senza porre al centro il profilo dinamico del diritto e dunque l'individuazione di colui che può o deve tenere un certo comportamento. Occorre cioè continuare a squarciare il velo frapposto dal profilo statico. Esso non soltanto è ben noto nel diritto societario e oramai in quello finanziario, ma è destinato a divenirlo anche in questo nuovo ambito tecnologico, dove alcuni già propongono di attribuire legislativamente la paternità dell'opera all'intelligenza artificiale stessa. Se proprio lo si volesse fare, occorrerebbe delineare chiaramente il prisma che l'interprete dovrà utilizzare per identificare le conseguenze giuridiche sui singoli esseri umani coinvolti. In mancanza di un tanto, dovremo aspettarci gli stessi problemi applicativi cui la legislazione italiana in materia di fondi comuni ha messo capo. Anche tutto ciò induce a prendere in considerazione la possibilità di un futuro contributo dottrinale.

In conclusione, anche quando, alla luce dei nuovi fenomeni economici e tecnologici, degli automatismi che essi innescano e della loro costruzione in termini statici, il rapporto giuridico non sembra più essere *hominis ad hominem proportio*<sup>11</sup>, resta comunque fermo l'antico insegnamento di Ermogeniano: *omne ius hominum causa constitutum est*.

---

<sup>11</sup> DANTE, *Monarchia*, V, 1.





## BIBLIOGRAFIA

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

ALLORIO E.:

- *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935;
- Nota a Cass. 4 gennaio 1952, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, c. 101;
- *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, 961 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 195 ss.;
- *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 122 ss., ora in *Problemi di diritto*, I, cit., 209 ss.;
- *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, I, 3 ss.

ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007, 263.

ALPA G. e CHINÉ G., voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto Civ.*, XV, Torino, 1997, 547 ss.

ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Commentario del Codice del Consumo*, Napoli, 2005.

ALVARO S., *Risparmio gestito e personalità giuridica nei mercati finanziari: alcune peculiari interazioni tra fondi comuni e società quotate nella prassi applicativa*, in *Rivista Bancaria*, 2017, 81 ss.

AMOROSINO S., *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008.

ANDRIOLI V.:

- *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1943, I, *Commento sub artt. 105-107*;
- *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.

ANGELICI C.:

- *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 104 ss.;
- *Discorsi di diritto societario*, in C. ANGELICI, M. CARAVALE, E. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008.

ANGELINI R., *Commento all'art. 18*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. Cuffaro, II ed., Milano, 2008, 104.

ANNUNZIATA F.:

- *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014;
- *Gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR), Fattispecie e forme*, Milano, 2017.

ANNUNZIATA F. e CONSO A., *Il fondo comune d'investimento. Patrimonio separato e soggettività*, in [www.acfirmgroup.com](http://www.acfirmgroup.com).

ASCARELLI T.:

- *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 462-477;
- *L'Investment trust*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1954, I, 178 ss.

ATTARDI A.:

- *L'interesse ad agire*, Padova, 1955;
- voce *Legittimazione ad agire*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 524 ss.

BARALIS G., *Fondi immobiliari e SGR: problemi di pubblicità immobiliare*, in *Riv. not.*, 2012, I, 1249, in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, nonché in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

BARBANTI SILVA P., *Alcune riflessioni in merito alla natura dei fondi comuni d'investimento*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

BARBERO D., *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano, 1950.

BARBIERA L., *La responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991.

BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 76.

- BARTOLI S., *Il trust*, Milano, 2001.
- BASILE P., *La soggettività dei fondi comuni di investimento: appunti a margine della pronuncia del Tribunale di Milano*, in nota a Tribunale di Milano, 10 giugno 2016, n. 7232, in *www.dirittobancario.it*.
- BASILE M. e FALZEA A., voce *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIII, 1983, 234 ss.
- BEKKER E.J., *Beiträge zum Aktienrecht*, II, *Die innteren Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften nach dem Handelsgesetzbuch und dem Gesetz vom 11. Juni 1870*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht (ZGH)* 17 (NF 2), 1873, 389 ss.
- BERG M., *Vermaltung von Investment-Sondervermögen im deutschen und europäischen Umsatzsteuerrecht*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, vol. 27, 2012.
- BERLONI U., *Risvolti processuali della qualificazione del trust interno come soggetto di diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 1343 ss.
- BERTOLINO G., *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, 475.
- BETTI E.:
- *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936;
  - *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 763 ss.;
  - *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002.
- BIANCA C.M.:
- *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990;
  - *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999;
  - *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000;
  - *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005.
- BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.
- BIGLIAZZI GERI L., *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Id.*, *Scritti giuridici, Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998.
- BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 445 ss.
- BONFATTI S., *La disciplina particolare della liquidazione coatta amministrativa delle SGR. La liquidazione giudiziale del fondo o del comparto insolvente*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2013, 7 ss.
- BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006.

- BONNEAU TH., *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil*, in *RTD civ.*, 1991, 24.
- BORGIOLO A., *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni d'investimento mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1983, 904 ss.
- BOVE M., *L'oggetto del processo "collettivo" all'azione inibitoria all'azione risarcitoria (articoli 140 e 140-bis del codice del consumo)*, in *www.judicium.it*.
- BRAZZINI S., MUIÀ P. P., *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019.
- BRUNELLI G. e ZAPPULLI C., *Il libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, 1951.
- BRUNO C., *Art. 140-bis cod. cons.*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e P. Perlingieri, Napoli, 2009.
- BRUTTI N., *Fondo comune di investimento: oggetto o soggetto di diritto*, in *Società*, 2011, 1, 46 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.
- BULLO L., *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2545 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6 del TUF: quale modello di segregazione patrimoniale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 535 ss.
- BUSCH D., *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014.
- CAIANI L., *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955.
- CALAMANDREI P.:
  - *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1941;
  - *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944.
- CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985.
- CALICETI P., *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 219 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.
- CALOGERO M., *Disposizioni generali sulle successioni, Artt. 456-461*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2006.
- CAMPOBASSO M., *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002.
- CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000.
- CAPONI R., *Il nuovo volto della class action*, in *Foro It.*, 2009, V, 383 ss.
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2012.

CAPUTO L., CAPUTO M., *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Milano, 2019.

CARINGELLA F., *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore quale contraente per definizione debole*, in *I contratti del consumatore*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, Milano, 2007.

CARNELUTTI F.:

- *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova 1928, 212 ss.;
- *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933;
- *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936;
- *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940;
- *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1943;
- *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, II, 10, 121 ss.;
- *Ancora su titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, II, 97 ss.;
- *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956;
- *Diritto e processo*, Napoli, 1958.

CARNEVALI U.:

- voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. Irti, I, 1980, 455 ss.;
- voce *Negoziio giuridico*, III, *Negoziio fiduciario*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990;
- *Beni amministrati da società fiduciarie e separazione dei patrimoni*, in nota a Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contratti*, 1998, 23 ss.

CARRATTA A., *La “semplificazione” dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012.

CARRESI F.:

- *Potere di disposizione e legittimazione processuale nelle associazioni non riconosciute*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 205 ss.;
- *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni*, Milano, 1987.

CARRIÈRE P., *Fondi comuni di investimento tra liquidazione giudiziale e soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, in L. PANZANI, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2014, 621 ss.

CASTELLANO G., *Per una qualificazione giuridica dei fondi d'investimento mobiliare*, in *Riv. soc.* 1969, 1150 ss.

CASTRONOVO C.:

- *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998, 1326 ss.;
- *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 441 ss.

CAVANNA M., *Fondi comuni di investimento e SICAV*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 2008, 37 ss.

CECHELLA C., *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995.

CENDON P., *Commentario al Codice del Consumo*, Milano, 2010.

CERATI-GAUTHIER A., *Fonds commun de placement - Obligation du dépositaire de restitution des instruments financiers*, in *Revue Lamy droit des affaires*, n. 51, juillet-août 2010, *Actualités*, 2937, 15 ss.

CERINO CANOVA A.:

- *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Milano, 1973;
- *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del cod. di proc. civ.*, diretto da E. Allorio, II, Torino, 1980, 1 ss.

CESARO E., BOCCHINI F., *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti*, Padova, 2012.

CHÉNÉDÉ F., *La mutation du patrimoine*, in *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n. 139, 19 ss.

CHINÉ G.:

- *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa e G. Capilli, Padova, 2007;
- *Commento all'art. 3*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2012, 15 ss.

CHIOVENDA G.:

- *Identificazione delle azioni: sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 157 ss.;
- *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936;
- *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.

CHIZZINI A., *L'intervento adesivo*, II, Padova, 1992.

CICU A., *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1961.

CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Commentario Schlesinger al Codice civile*, 2004.

COLAIORI R.:

- *Pubblicità del vincolo e articolazione patrimoniale: questioni a margine di una recente sentenza in tema di fondi comuni di investimento*, in *Foro pad.*, 2012, 2, 178 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605;
- *La destinazione intrasoggettiva di beni immobili nel sistema dei fondi comuni d'investimento*, in *Riv. Notariato* 2014, 1, 11 ss., nonché in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

COLESANTI V., *Ancora in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Riv. Dir. Proc.* 2007, 375 ss.

COLOMBO G.E., *L'introduzione dell'investment trust in Italia*, in AA.VV., *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967, 286 ss.

COMPORITI M., *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 435 ss.

CONFINDUSTRIA (circolare), *Class action. La nuova disciplina dopo i decreti correttivi introdotti dalla Legge Sviluppo*, 16 ottobre 2009, n. 19244.

CONGEDO P., MESSINA M., *European "class" action: British and Italian points of view in evolving scenarios*, in *Europa e Dir. Priv.*, fasc. 1, 2009, 163 ss.

CONNEAU T., *Les fonds communs de placement*, in *ROTC*, 1991, 1.

CONSOLO C.:

- *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed «estinzione societaria» (a proposito di gradazioni sull'«immortalità»)*, in *Riv. Dir. Proc.* 2007, 189 ss.;
- *L'art. 140-bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco "opera aperta"*, in *Foro It.*, 2008, V, 205 ss.;
- *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corriere Giur.*, 2009, 1297 ss.;
- *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010;
- *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili generali*, Torino, 2010;
- *Spiegazioni di diritto processuale civile, III, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2010;



- *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in *www.dirittobancario.it*, aprile 2019;
- *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. Giur.*, 6/2019, 737.

CONSOLO C., STELLA M., *La nuova azione di classe, non più consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in *www.dirittobancario.it*, n. 12/2018.

COOKE C.A., *Corporation, Trust and Company*, Manchester, 1950.

COREA U., *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. Civ.*, fasc. 1, 1999, 13 ss.

CORSINI F., *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino, 2012.

CORSINI L., *Società fiduciarie e possesso azionario*, Milano, 1989.

CORSO S., *Azione di responsabilità per danni al fondo comune di investimento e legittimazione ad agire*, in *Giur. Comm.*, fasc.3, 2016, 619 ss., in nota a Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876.

COSTA S.:

- *L'intervento in causa di terzi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1943, I, 15 ss.;
- voce *Legittimazione processuale*, in *Nov. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 732 ss.

COSTANTINO G., voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur.*, 1990, VIII.

COSTI R.:

- *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1968, 269 ss.;
- *I fondi comuni di investimento. Profili organizzativi*, in *I fondi comuni d'investimento*, a cura di P.G. Jaeger e P. Casella, Milano, 1984, 113 ss.;
- *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010.

COSTI R., ENRIQUES L., *Il mercato mobiliare*, Padova, 2004.

COVIELLO L., *Delle successioni, Parte generale*, Napoli, 1935.

D'ALESSANDRO F.:

- *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 15 ss.;
- *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1989.

D'ALESSANDRO L., *Fusioni di società, giudici e dottori*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2501 ss.

DALFINO D.:

- *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002;
- *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 91 ss.

D'AVANZO W., *Delle successioni*, Firenze, 1941.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1959.

DE DONATO A., DE DONATO V. e D'ERRICO M., *Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999.

DEHIO A., *Das Sondervermögen des Investmentgesetzes – Ein Trust? Ein Vergleich der Grundlagen des deutschen und US-amerikanischen Investmentrechts*, *Schriften zum Banken- und Kapitalmarktrecht*, Band 8, Hamburg, 2016.

DE LUCA R., COGLIANDRO M., D'AURIA M., RONZA T., *Dei singoli contratti*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di G. Capozzi*, II, Milano, 2001.

DE MARINI C.M., *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953.

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

DE PAOLI M., SCHIRRU A.M., TONINI G., *La vexata quaestio della soggettività dei fondi di investimento immobiliare: evoluzione giurisprudenziale e riflessi operativi*, consultabile in [www.sfofliami.it](http://www.sfofliami.it).

DE SANTIS F.:

- *La pronunzia sull'ammissibilità della "class action": una "certification" all'italiana?*, in *Class action*, a cura di R. Lener e P. Rescigno, in *Analisi giuridica dell'impresa*, 2008, 143 ss.;
- *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in G. CHINÉ, G. MICCOLIS (a cura di), *La nuova class action*, Roma, 2010, 105 ss.;
- *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013;
- *Modifiche all'azione di classe a tutela del consumatore*, in *Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013;
- *La prima sentenza di accoglimento di una azione di classe a tutela dei consumatori*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

DEVESCOVI F., *Fondi comuni di investimento: nuove responsabilità per gli amministratori?*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 843 ss.

- DI BLASI F.U., voce *Sostituzione processuale*, in *Nov. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, 993 ss.
- DI MAIO F., *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995.
- DI MARZIO F., *Intorno alla nozione di “consumatore” nei contratti*, in *Giust. Civ.*, fasc. 9, 2001, 2151 ss.
- DI SABATO F., *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Società*, 2002, 665 ss.
- DI SAPIO A., *Trust e modalità di esecuzione della pubblicità immobiliare, Parte Seconda*, in *Vita notarile*, 2015, 695 ss.
- DITTRICH L.:
- *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000;
  - *Prime riflessioni sui profili processuali del trust*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 4, 1189 ss.;
  - *Il curatore speciale processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4, 825 ss.
- DIURNI G., *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, VIII, 1992, 288 ss.
- DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008.
- DONZELLI R.,
- *Art. 140 bis c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, 1039;
  - *L’ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in AA. VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2019, 8 ss.
- DURANTE V., voce *Patrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, XXII.
- DUSEMON G., HÉMERY V., MOULLA M., *Luxembourg*, in L.VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 313 ss.
- EDWARDS R., STOCKWELL N., *Trusts and equity*, Harlow, 2011.
- FACHECHI A., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012.
- FALZEA A., voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1960, 7 ss.

FANTETTI F.R., *Separazione e titolarità del patrimonio nei fondi comuni di investimento*, in *Resp. civ.*, 2011, 2, 124 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

FASCIONE L., *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012.

FAVA P. (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012.

FAZZALARI E., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957.

FERRARA F. SEN., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922.

FERRI G.:

- *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, 35 ss.;
- *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Roma, 1968;
- *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997.

FERRI G. JR., *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 51 ss.

FERRO-LUZZI P.:

- *I contratti associativi*, Milano, 1971;
- *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza Comm.*, 1991, I, 1065 ss.;
- *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 44 ss.;
- *I patrimoni “dedicati” e i “gruppi” nella riforma societaria*, in *Riv. Soc.* 2002, I, 121 ss.;
- *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. dir. soc.*, 2002, 121 ss.;
- *Un problema di metodo: la “natura giuridica” dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Riv. Soc.*, 2012, 751 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.

FIMMANÒ F.:

- *Il regime dei patrimoni dedicati di SPA tra imputazione atipica dei rapporti e responsabilità*, in *Le Società*, 2002, 960 ss.;
- *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008.

FLORIO P., *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e de-terrenza?*, in *www.ilcaso.it*, 23 giugno 2019.

FRANZONI M., *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno resp.*, 3/2019, 309.

FRATI G., *Conflitto di interessi. Profili evolutivi*, in *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, a cura di R. D'Apice, Bologna, 2016, 493.

FRIGNANI A., VIRANO P., *Le class action nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2009, 1, 5 ss.

FROSINI V.:

- *Senso comune e scienza giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 574 ss.;
- voce *Esercizio del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, VI, Torino, 1968, 823.

GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 4, 2003, 1149 ss.

GAFFURI L., *Insolvenza del comparto di un fondo comune di investimento*, in nota a Tribunale di Milano, 5 dicembre 2016, in *IlSocietario.it*, 29 Maggio 2017.

GAILLARD E. e TRAUTMAN D.T., *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, in *American Journal of Comparative Law*, 1987.

GALGANO F.:

- *Principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960;
- *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 553 ss.;
- *Delle persone giuridiche, Artt. 11-35*, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969;
- *Diritto commerciale, II, Le società*, Bologna, 1986;
- *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, proseguito da L. Mengoni, Milano, 1988;
- *Commento sub art. 1414*, in F. GALGANO, F. PECCENINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1998;
- *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Milano, 2010.

GALLARATI A., *La trascrizione degli acquisti immobiliari perfezionati da SGR e Trustee per conto di fondi privi (o meno?) di soggettività giuridica. Soluzioni non univoche*, in *Dirittobancario.it*, 30, 2016, 4.

GAMBARO A.:

- *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, 257 ss.;

- *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell’Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, 919 ss.
- GANDINI C., *Gestione e responsabilità nei fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1989, 167 ss.
- GARBAGNATI E., *La sostituzione processuale*, Milano, 1942.
- GAZZONI F.:
- *La trascrizione immobiliare*, I, *Artt. 2643-2645*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991;
  - *Tentativo dell’impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, 11 ss.;
  - *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Rivista del Notariato*, 2001, 1247 ss.;
  - *Il cammello, la cruna dell’ago e la trascrizione del trust*, in *www.judicium.it*;
  - *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Rivista del Notariato*, 2002, 1107 ss.;
  - *Osservazioni sull’art. 2645 ter*, in *www.judicium.it*;
  - *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011.
- GENTILE G., *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Padova, 1991.
- GENTILI A., *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978.
- GENTILONI SILVERI F., *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, II, 432 ss.
- GHIGI C., *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. Comm.*, 1146 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.
- GIACOBBE G., *L’identità personale tra dottrina e giurisprudenza, Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1983, 853 ss.
- GIRINO E., *Class action in pillole: vademecum operativo*, in *www.diritto bancario.it*, giugno 2019.
- GIUDICI P.:
- *L’azione di responsabilità contro gli amministratori di SGR – il commento*, in *Società*, 2015, 1132 ss., in nota a Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876;

- *La responsabilità civile nella prestazione del servizio di gestione collettiva*, in D'APICE R., *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, Bologna, 2016, 739 ss.
- GIUSSANI A., *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 595 ss.
- GOLDSCHMIDT J., *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950.
- GORGONI M., *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Milano, 2005.
- GORLA G., *Le società secondo il nuovo codice*, Milano, 1942.
- GRASSO E., *L'espropriazione della quota*, Milano, 1957.
- GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e delle sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, 351 ss.
- GRECO F., *Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi "continuativi" tra fonte legale e fonte convenzionale*, in *Ilcaso.it*.
- GROSSO G., BURDESE A., *Le successioni, Parte generale*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1977.
- GUERINONI E., *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010.
- IACUMIN L.:
  - *Azione di classe e tutela degli azionisti*, in *Giur. it.*, 2015, I, 89 ss.;
  - *L'azione sociale di responsabilità esperita dalla SGR a tutela del fondo gestito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, 89 ss., in nota a Tribunale di Milano, 11 maggio 2015, n. 5876;
  - *Il P.M. nel processo civile*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich., Milano, 2019, 580 ss.;
  - *Le sentenze definitive e non definitive*, in AA. VV., *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, 2159 ss.
- INVREA F., *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, 313 ss.
- IZZI B., *La funzione del contratto come funzione economica individuale*, in *Giust. Civ.*, 9, 2007, 1988 ss.
- JAEGER P.G., *Sui fondi comuni di investimento*, in *Riv. soc.*, 1969, 1142.
- JANNARELLI A., *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.4, 2009, 1253 ss.
- JONES S.A., MORET L.M., STOREY J.M., *The Massachusetts Business Trust and Registered Investment Companies*, in *Delaware Journal Corp. Law*, 1988, vol. 13, n. 2, 449.

- KAUNE C.R., – OULDS M.K., *Das neue Investmentgesetz*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2004, vol. 16, n. 2, 114 ss.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1966.
- KLESTA DOSI L., *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997.
- KLETT J.-M., *Die Trust-Struktur im Vertragsmodell des Investmentsrechts*, Berlino, 2016.
- KREMER C., LEBBE I.:
- *Organismes de placement collectif et véhicules d'investissement apparentés en droit luxembourgeois*, Bruxelles, 2007;
  - *Collective Investment Schemes in Luxembourg. Law and Practice*, Oxford, 2009.
- LAMORGESE A., *I fondi comuni d'investimento non hanno soggettività giuridica autonoma*, in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, in *Contratti*, 2011, 1, 27 ss.
- LA PORTA U., *I "formanti dell'ordinamento giuridico": il diritto anglosassone e l'iperurario. (Piccola e giocosa reazione a un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Scritti in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, 115 ss.
- LEMMA V., *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, II, 423 ss.
- LENER A.:
- *Commento sub art. 3*, in *Legge 23 marzo 1983, n. 77. Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento. Commentario*, a cura di A. Maffei Alberti, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, 198 ss.;
  - *Le società di gestione del risparmio nel regolamento Consob di attuazione del TUF*, in *Società*, 1998, 1121 ss.
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 2009, 73 ss.
- LIBONATI B.,  *Holding e investment trust*, Milano, 1959.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2007.
- LIPARI N.:
- *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964;
  - *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, 55 ss.



LUISO F.P.:

- *Sul concetto di «avente causa» dell'art. 2909 c.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1982, 438 ss.;
- *Principio di eventualità e principio della trattazione orale della causa*, in *Scritti in onore di Fazzalari*, II, Milano, 1993, 205 ss.;
- *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2009.

LUMINOSO A.:

- *Mandato*, in *Trattato a cura di P. Rescigno*, XII, Torino, 1985, 78 ss.;
- *Il mandato*, Torino, 2000.

LUPERTO C., *Gli effetti sostanziali e processuali dell'estinzione della società*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.3, 2015, 246 ss.

LUPOI M.:

- *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita notarile*, 1992, 976 ss.;
- *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Rivista del Notariato*, 2001, 1159 ss.;
- *La legittima funzione protettiva dei trust interni*, in *Contratto e impresa*, 2004, 236 ss.;
- *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, 169 ss.

MACARIO F., STAZI C., *L'azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, 65 ss.

MAESTRI G., *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, 2012.

MAFFEIS D.G., *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni*, in *I Contratti*, 5, 2006, 442 ss.

MAGNO P., *Mala gestio e profili di responsabilità del gestore patrimoniale*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, I, Torino, 2011, 745 ss.

MAIORCA C., voce *Diritto soggettivo (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989.

MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962.

MALAVASI, M., *La riforma della class action: una prima lettura*, in *www.dirittobancario.it*, aprile 2019.

MALAVASI M., RICCIARDI G., *La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*, in *www.dirittobancario.it*, settembre 2019.

MANDRIOLI C.:

- *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957;
- *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959;
- *Delle parti*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, 2, Torino, 1973, 925 ss.
- *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007;
- *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Torino, 2007.

MANNINO A., ARDIZZI A., *Diritti inviolabili ed enti di diritto privato*, in S. RUSCICA (a cura di), *I diritti della personalità*, Milano, 2013, 1115 ss.

MARICONDA G.:

- *La trascrizione immobiliare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1995;
- *Le obbligazioni della società fiduciaria*, in *Corriere giuridico*, 1997, 10, 1189 ss.

MAURO R., *Algotrading, la finanza senza umani*, in *Limes*, 2, 2012, consultabile in *www.limesonline.com*.

MENCHINI S., *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da A. Proto Pisani*, Torino, 2002.

MENCHINI S., MOTTO A., *Art. 140 bis*, in *www.judicium.it*.

MENGONI L., *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949.

MEO G., *Azione "comune" e azione "individuale" contro amministratori e sindaci di società di gestione di fondi comuni mobiliari*, in *Riv. dir. comm. gen. obbl.*, 1986, 188 ss.

MERUZZI G., *Intestazione a società fiduciarie di titoli azionari*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino, 1997.

MESSINEO F.:

- *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927;
- *Per l'individuazione del "soggetto collettivo" non-personificato*, in *Arch. Giur.*, 1952, 3 ss.;
- voce *Contratto per conto di chi spetta*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962;

- *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, *Singoli rapporti obbligatori. Diritto delle successioni per causa di morte*, Milano, 1965.
- MEZZASOMA L., RIZZO V., *L'art. 140 bis del codice del consumo: l'azione di classe*, Napoli, 2011.
- MICCOLI D., voce *Eredità giacente*, in *Enc. Dir.*, XV, Torino, 1966.
- MICHELI G.A., *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, XV, 566 ss.
- MILIZIA G., *L'immobile acquistato da una finanziaria e confluito in un fondo di investimento istituito dalla stessa deve essere intestato alla società che lo gestisce poiché rientra nel suo patrimonio separato*, in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, in *Dir. giust.*, 2010, 429 ss.
- MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1957.
- MIOLO M., *La gestione collettiva nel TUF: profili organizzativi*, in *BBTC*, 2001, I, 312 ss.;
- MIOLO M., BRIOLINI F., *Commento sub art. 36*, in *Commentario al Testo Unico della Finanza*, diretto da M. Campobasso, Torino, 2002, I, 325 ss.
- MOLONEY N., *EU Securities and financial markets regulation*, Oxford, 2014.
- MONACCIANI L., *Azione e legittimazione*, Milano, 1961.
- MONATERI P. G., *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno resp.*, 3/201.
- MONTALENTI P., *Il contratto di commissione*, in *I contratti commerciali*, in *Trattato Galgano*, XVI, Padova, 1991, 605 ss.
- MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 1994.
- MORLEY J.D., *The separation of funds and managers: a theory of investment fund structure and regulation*, in *Yale Law Journal*, vol. 123, 2014, 1233 ss.
- MOSCARINI L.V., voce *Beneficio d'inventario*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 125 ss.
- MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015.
- NANNI L., *L'interposizione di persona*, Padova, 1990.
- NATOLI U., *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, *L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, Milano, 1969.
- NAVARRETTA E., *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010.

- NEGRI G., ZOPPINI A., *Azione individuale ed ampia adesione*, in *www.ilsole24ore.com*.
- NEWTON I., *Philosophia Naturalis Principia Mathematica*, II ed., Londra, 1713.
- NICKEL C., *Der Vertrieb von Investmentanteilen nach dem Investmentgesetz*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2004, vol. 16, n. 3.
- NICOLÒ R., *Eredità giacente*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1941.
- OPPO G.:
- *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, 105 ss.;
  - *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1991, 505 ss.;
  - *L'esperienza privatistica*, in AA. VV. *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 219 ss.
- ORESTANO R.:
- *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968;
  - *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978.
- PACILEO F., *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica, mentre la società di gestione del risparmio ha la titolarità del fondo*, consultabile in *www.dircomm.it*, in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605.
- PALAZZO A., *Le successioni*, I, *Introduzione al diritto successorio. Istituti comuni alle categorie successorie. Successione legale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000.
- PALERMO G., *Le istituzioni prive di riconoscimento*, in *Quadrimestre*, 1990, 565 ss.
- PAOLINI A., *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 90-2012/I, in *www.notariato.it*.
- PARDOLESI R., *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno resp.*, 3/2019, 301.
- PARISI D., *Trascrizione nei confronti del trust: appunti per una rilettura dell'art. 2659 c.c.*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, 378 ss.
- MASI P., *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985, 39 ss.
- PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010.

PAVONE LA ROSA A., *Persona giuridica e tecniche interpretative*, in *Riv. Soc.*, 1969, 825 ss.

PELLIZZI G.L.:

- *Il realismo e l'inquietudine del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 559 ss.;
- voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, XXXIV, Roma, 1991, 1 ss.

PERRONE A., *Il diritto del mercato dei capitali*, Milano, 2016.

PESCATORE G., *Titolarità di un fondo comune di investimento immobiliare e sua (non) rivendicabilità*, in nota a Tribunale di Milano, 29 giugno 2012, in *Ilfallimentarista.it*, 22 giugno 2012.

PETRELLI G.:

- *Formulario notarile commentato*, VII, tomo I, *Successioni e donazioni*, Milano, 2011;
- *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, in *www.gaetanopetrelli.it*.

PICARDI L., *Impresa e contratto nella gestione del risparmio*, Milano, 2004.

PICARDI N., *La successione processuale*, Milano, 1964.

PINO G., *Sul diritto all'identità personale degli enti collettivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 470 ss.

PORTALE G., CETRA A., *Acquisto di quote di fondo comune di investimento e situazioni di conflitto di interessi in una SGR*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 5, 1 ottobre 2017, 577 ss.

PONZANELLI G.:

- *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000;
- *La nuova class action*, in *Danno resp.*, 3/2019, 306.

PRESTIPINO G., *Delle successioni in generale, Artt. 456-535*, in *Commentario De Martino*, Roma, 1973.

PROTO PISANI A.:

- *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965;
- *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al Codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973;
- *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 388 ss.

PUEL S., *France*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 172 ss.

PUGLIATTI S.:

- *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1945;
- *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951;
- *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in ID., *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, 1 ss.;
- *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954;
- *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957;
- *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, Milano, 2008, 805.

QUADRI R., *La circolazione dei beni del patrimonio destinato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, II, 10 ss.

QUINE W.V.O., *Ontological Relativity and Other Essays*, New York, 1969.

RAU F.C., AUBRY C., *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, V, Cosse, 1857.

REUDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1947.

RENZI L., *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 5, 2008, 1213B ss.

RESCIGNO P.:

- voce *Capacità d'agire*, in *Novissimo Digesto italiano*, II, Torino, 1968, 861 ss.;
- *Personalità giuridica e gruppi organizzati (atti di un convegno)*, Milano, 1971;
- voce *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, vol. X, Torino, 1993, 519 ss.

RESTA G., *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 6, 1063 ss.

RICCI E. F., *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, I, 182 ss.

ROMANO S., *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980, 1267 ss.

ROPPO V.:

- *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato a cura di P. Rescigno*, 19, Torino, 1985;

- voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1041 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti e riflessioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, in *www.judicium.it*.
- ROUCH D., *United Kingdom*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 129 ss.
- ROUNDS Ch. E. e DEHIO, A., *Publicly-Traded Open End Mutual Funds in Common Law And Civil Law Jurisdictions: a Comparison of legal Structures*, in *NYU Journal of Law & Business*, 2007, 3, 473 ss.
- RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952.
- RUSSELL B., *I problemi della filosofia*, Milano, 1988.
- SABATELLI E., *La responsabilità per la gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare. Contributo allo studio del d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 83*, Milano, 1995.
- SACCO R., *Il possesso*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, VII, Milano, Giuffrè, 1988, 101 ss.
- SACCO GINEVRI A., *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, Bari, 2016.
- SANGIOVANNI V., *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in *www.judicium.it*.
- SANTAGATA C., *Del mandato, Artt. 1703-1709*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1985;
- SANTAGATA R., voce *Patrimoni destinati a specifici affari*, in *Dig. Disc. Priv., Sezione Commerciale, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2007, 614 ss.
- SANTANGELI F., PARISI P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*.
- SANTONI A., *Crisi del fondo comune di investimento, crisi della SGR e accordo di ristrutturazione dei debiti*, in nota a Tribunale di Milano, 10 novembre 2016, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2018, 120 ss.
- SANTORO L., *Il trust in Italia*, Milano, 2009.
- SANTORO PASSARELLI F.:
  - *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1931, 753 ss.;
  - *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, 83 ss.

SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004.

SATTA S.:

- *Interesse e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, cc. 160 ss.;
- *Diritto processuale civile*, III, Padova, 1953;
- *Diritto processuale civile*, IV, Padova, 1954.

SCALFI G., *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968.

SCALI V., *Il contratto dell'amministratore in conflitto di interessi*, in *www.dircomm.it*.

SCANO A., *Fondi immobiliari e imputazioni degli effetti dell'attività di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1133 ss., in nota a Cass., sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, nonché in *www.dejure.it*.

SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, serie III, vol. 5, parte II, n. 1, Torino, 1959, 109 ss.

SCHLESINGER P.:

- *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961;
- *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. prat. Soc.*, 2003, 5 ss.

SCHLESS R., *Mittelbare Stellvertretung und Treuband*, Lipsia, 1931.

SCHMIES C., *Germany*, in L. VAN SETTEN e D. BUSCH, *Alternative investment funds in Europe*, Oxford, 2014, 204 ss.

SCHULTZE A., *Treubander*, Estratto dagli *Jhering's Jahrbucher für die dogmatik des bürgerliches rechts*, XLIII, Jena, 1901.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1972.

SEgni A., *Intervento in causa*, in *Nuovo dig. It.*, 1938, VII, 93 ss.

SEMINARA L., *Natura dei fondi comuni d'investimento e responsabilità della SGR*, in nota a T Milano, 11-2-2015, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1115 ss.

SIMMEL G., *Filosofia del denaro*, Torino, 1984.

SPADA P.:

- *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 837 ss.;
- *Diritto commerciale*, I, Parte generale, Storia, Lessico e Istituti, Padova, 2009.



- SPINELLI M., *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1959.
- SPOLAORE P., *Gestione collettiva del risparmio e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2015, 1161 ss.
- STELLA RICHTER M. JR., *La governance delle società di gestione del risparmio*, in *Giur. comm.*, fasc.4, 2009, 670 ss.
- TERLIZZI A.:
- *I fondi comuni d'investimento non hanno autonoma soggettività giuridica*, in *Diritto & Giustizia* 23 maggio 2013, in nota a Cass. 20 maggio 2013, n. 12187;
  - *Apporto irregolare del bene nel fondo immobiliare: non è necessario il contraddittorio preventivo*, in *Diritto e Giustizia online* 24 giugno 2013, in nota a Cass., sez. trib., 19 giugno 2013, n. 15319.
- TILOCCA P., *Il problema del mandato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, 954 ss.
- TOMEI G., voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 65 ss.
- TOMMASEO F., voce *Legittimazione processuale (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990.
- TONELLI E., *Le società di gestione del risparmio*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di A. Patroni Griffi, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 1999.
- TRIMARCHI V.M.:
- *L'eredità giacente*, Milano, 1954;
  - voce *Patrimonio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, 271 ss.;
  - voce *Negoziio fiduciario*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Roma, 1990, 32 ss.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014.
- TROMBETTI O., *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 4, 271 ss.
- VALLEFUOCO V., *Anche le imprese possono presentare il ricorso*, in *Come cambia la class action*, *I focus del Sole 24 Ore*, 2019, 11.
- VASSALLI F., *Responsabilità di impresa e potere di amministrazione*, Milano, 1973.
- VENTURA L., *Il patrimonio separato tra equivalenza funzionale e asimmetrie normative: profili di diritto commerciale comparato*, in *Diritto del Commercio Internazionale* 2016, I, 161 ss.

WINDSCHEID B., *Die ruhende Erbschaft*, in *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879.

ZACHARIAE K.S., *Le droit civil français*, trad. G. Massé, Ch. Vergé, II, Durand, 1855.

ZANCHI D., *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, Torino, 2015.

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, Milano 1947.

ZATTI P., *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975.

ZOPPINI A.:

- *Autonomia e separazione del patrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 555 ss.;
- *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 851 ss.



## INDICE ANALITICO

### A

adesione al fondo 22, 245, 246, 249, 300, 316, 317, 328  
AIFMD 18, 20, 223, 224, 225, 227, 228, 234, 361  
amministratore 28, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 107, 110, 113, 120, 198, 201,  
222, 231, 291, 293, 295, 296, 297, 302, 303, 307, 308, 310,  
311, 312, 313, 323, 325, 343, 344, 350, 351, 352, 353, 354, 357  
analisi del linguaggio 63, 106, 108, 111, 113, 114, 115, 120, 294

### B

banca depositaria 22, 25, 26, 245, 299, 300, 321, 332, 333, 334,  
336, 344  
Banca d'Italia 21, 22, 24, 28, 29, 30, 43, 209, 210, 271, 304, 309,  
357, 359  
*beneficiary* 231, 236, 313, 322, 388  
*beneficiary dispute* 321, 322, 323, 326, 336, 338, 355, 356, 378, 380

### C

capacità di essere parte 125, 126, 127, 129, 130, 153, 162, 178, 179,  
182, 186, 345  
capacità giuridica 55, 87, 88, 100, 107, 110, 111, 117, 119, 120, 121,  
122, 123, 124, 153, 262  
capacità processuale 48, 134, 147, 148, 149, 150, 151, 156, 164,  
166, 168, 169, 348, 363, 371  
*care (duty of)* 259, 261, 322, 323, 385

*class action* 314, 316, 317, 321, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 336, 380  
 comparto 23, 29, 30, 190, 204, 207, 208, 209, 288, 289, 290, 359, 368  
 comproprietà 46, 83, 109, 232, 233, 235, 239  
 comunione (dei diritti) 30, 31, 110, 188, 190, 228, 240  
 conflitto d'interessi 245, 265, 290, 291, 295, 296, 297, 324, 325, 326, 337, 343, 356, 357, 358, 363, 364, 380, 383  
 Consob 30, 43, 197, 209, 272, 360  
 consumatore 18, 187, 225, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 326, 327, 329, 330, 336  
*contemplatio domini* 125, 152, 153, 161, 167, 169, 173, 174, 175, 178, 179, 183, 293, 294, 346, 369  
 creditore dinamico 286, 288, 290, 299, 305, 317, 319, 380  
 creditore statico 198, 271, 286, 305, 355  
 criterio organizzativo 101, 186, 199, 200, 201, 202, 203, 233  
 curatore (dell'eredità giacente) 65, 67, 68, 75, 78, 79, 98, 146, 161, 179, 201, 281, 285, 375  
 curatore speciale 356, 357, 358, 360, 361, 362, 363, 364, 380

## D

delega (di funzioni) 44, 275, 276  
 depositario 22, 23, 193, 194, 205, 225, 230, 231, 232, 236, 239, 240, 299, 300, 301, 333  
 dogma della necessaria titolarità dei diritti 52, 61, 63, 73, 75, 83, 84, 86, 95, 97, 105, 126, 162, 181, 183, 184, 237, 248, 281, 286, 289, 365, 368, 387, 390

## E

eredità giacente 55, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 75, 77, 78, 79, 96, 98, 99, 109, 146, 161, 162, 178, 179, 180, 194, 195, 200, 201, 202, 205, 281, 282, 285, 298, 362, 375, 384  
 eredità vacante 63, 67, 75, 78, 86, 89, 95, 96, 102, 103, 104, 114, 201, 216, 269, 270  
 ESMA 21, 24

F

*falsus procurator* 125, 160, 161, 174, 175, 176, 177, 178, 346, 363, 364  
 FIA 20, 25, 33, 199, 224, 227, 228, 247, 270, 271, 278  
 fiducia 138, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258  
*fonds (commun de placement)* 232, 233, 234, 238, 239, 240  
 fusione 33, 126, 245, 280, 282, 283, 284, 343, 373, 374, 375, 376,  
 377, 380

G

GEFIA 227, 309  
 gestione in monte 18, 22, 23, 44, 83, 187, 191, 192, 245, 266  
 gestore 15, 19, 20, 21, 22, 24, 31, 33, 37, 43, 44, 48, 50, 51, 78, 84,  
 90, 92, 98, 118, 119, 183, 184, 187, 191, 193, 194, 198, 199,  
 202, 204, 205, 209, 210, 211, 214, 215, 216, 220, 228, 231,  
 234, 239, 245, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 270, 271, 272,  
 274, 275, 276, 277, 278, 279, 282, 288, 291, 295, 297, 300,  
 301, 313, 324, 329, 333, 336, 337, 338, 356, 361, 364, 369,  
 370, 371, 376, 377, 381, 382, 384, 389  
 giudicato 49, 93, 128, 134, 135, 137, 142, 145, 146, 158, 167, 171,  
 172, 174, 175, 176, 177, 180, 181, 183, 323, 343, 349, 364,  
 365, 366, 367, 369, 370, 373, 384

I

identificazione dei diritti 91, 93, 94, 95, 114, 180, 182, 216, 263,  
 266, 281, 365, 366, 367, 368, 373, 380  
 imputazione 32, 35, 41, 42, 55, 57, 61, 77, 78, 82, 87, 92, 93, 95,  
 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 111,  
 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125,  
 146, 154, 162, 166, 169, 170, 171, 172, 176, 179, 181, 182,  
 185, 190, 192, 193, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 210,  
 211, 212, 213, 216, 223, 227, 228, 231, 235, 237, 242, 243,  
 262, 263, 264, 265, 280, 281, 285, 286, 287, 291, 294, 297,  
 343, 346, 349, 367, 370, 372, 373, 384, 387  
 interruzione (del processo) 283, 370, 374, 375, 376, 377, 370  
 intervento in causa 131, 353, 370

## L

*legitimatío ad causam* 125, 126, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 139, 142, 143, 145, 146, 149, 150, 151, 152, 158, 159, 160, 163, 164, 165, 168, 169, 171, 174, 178, 183, 186, 369

*legitimatío ad processum* 47, 125, 126, 129, 131, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 157, 158, 161, 164, 165, 168, 169, 171, 173, 175, 176, 178, 186, 363

legittimazione a disporre 43, 72, 98, 155, 256, 257, 275, 278, 291, 336

legittimazione passiva 38, 66, 135

legittimazione straordinaria 137, 138, 140, 141, 143, 157, 162, 163, 165, 166, 170, 171

*loyalty (duty of)* 236, 259, 261, 293, 322, 323, 385

## M

mandato 43, 46, 195, 198, 199, 250, 251, 252, 256, 257, 268, 273, 276, 277, 294, 295, 312, 340, 375

MIFID 223

## N

negozio (giuridico) 40, 48, 57, 70, 71, 72, 94, 118, 128, 148, 211, 215, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 262, 267, 315, 319

## O

oggetto processuale 117, 136, 166, 180, 184, 248, 343, 345, 346, 365, 366, 368, 369, 372, 373, 374, 380, 384

OICR 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 43, 185, 187, 189, 191, 192, 193, 196, 197, 223, 224, 232, 234, 235, 236, 241, 246, 247, 260, 299, 301, 321, 333, 360, 361, 373

## P

partecipante 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 83, 126, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 204, 220, 221, 222, 228, 230, 232, 233, 235, 236, 239, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247,

- 248, 249, 250, 251, 255, 258, 259, 260, 261, 266, 267, 268,  
 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 282, 283,  
 285, 286, 288, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299,  
 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311,  
 312, 313, 314, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 325, 326,  
 327, 330, 331, 332, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 341, 342,  
 343, 344, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356,  
 357, 359, 361, 363, 364, 371, 372, 373, 376, 377, 378, 379,  
 380, 382, 384, 385
- parte formale 127, 128, 192, 211, 383
- parte sostanziale 127, 128, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 184, 211,  
 323, 324, 345, 346, 365, 366, 374, 381, 384
- partnership* 19, 220, 230, 231, 236
- patrimonio 15, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 26, 27, 32, 33, 34, 35, 36, 37,  
 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59,  
 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 78, 79, 80, 81, 82, 83,  
 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 102, 103, 114, 117,  
 118, 119, 120, 121, 122, 123, 179, 185, 186, 187, 188, 189,  
 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201,  
 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214, 215,  
 216, 217, 233, 236, 240, 245, 246, 249, 253, 263, 264, 265,  
 266, 267, 271, 272, 280, 281, 282, 284, 285, 286, 287, 288,  
 289, 290, 291, 293, 297, 298, 302, 303, 304, 305, 306, 307,  
 308, 309, 310, 311, 312, 313, 317, 319, 321, 324, 330, 331,  
 338, 339, 340, 341, 344, 345, 346, 350, 351, 352, 353, 355,  
 366, 367, 368, 371, 372, 377, 378, 379, 380, 382, 383, 384,  
 385, 386, 387, 388, 389, 390
- patrimonio acefalo 55, 79, 80, 81, 83, 85, 86, 88, 90, 103, 118, 119,  
 120, 215, 249, 286, 367, 379, 383, 385, 387, 388, 389, 390
- patrimonio autonomo 20, 23, 36, 59, 64, 185, 187, 188, 189, 190,  
 204, 206, 245, 305
- patrimonio primario 55, 88, 89, 90, 91, 92, 185, 186, 189, 190, 192,  
 193, 194, 195, 196, 199, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 217,  
 245, 246, 253, 272, 287, 288, 289, 290, 311, 312, 313, 345,  
 346, 366, 380, 384



- patrimonio secondario 89, 90, 91, 189, 192, 194, 195, 205, 206, 207, 209, 287, 288, 289, 345, 368
- patrimonio separato 17, 33, 34, 37, 39, 47, 57, 58, 59, 85, 89, 90, 92, 186, 187, 190, 191, 192, 193, 199, 200, 202, 203, 205, 208, 209, 217, 265, 282, 287, 288, 291, 309, 313, 371, 372, 387
- personalità 19, 20, 35, 55, 59, 79, 80, 85, 87, 98, 100, 102, 103, 104, 115, 121, 122, 155, 181, 182, 188, 215, 216, 226, 233, 236, 240, 262, 295
- possibilità giuridica 121, 125, 142, 143, 144, 146, 165, 350
- predicato 60, 73, 83, 94, 97, 98, 101, 103, 104, 110, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 182, 183, 184, 202, 208, 215, 263, 265, 266, 281, 367, 384
- prisma 93, 112, 113, 114, 123, 268, 367, 391
- procura 98, 250, 372, 373
- profilo dinamico (del diritto) 79, 106, 107, 111, 391
- profilo statico (del diritto) 106, 107, 108, 391
- proprietà 33, 35, 36, 40, 41, 43, 46, 48, 52, 59, 60, 61, 69, 73, 78, 79, 83, 92, 97, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 195, 199, 203, 209, 231, 235, 245, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 267, 268, 269, 270, 290, 382, 386
- proprietà fiduciaria 36, 235, 253, 256, 257
- prosecuzione (del giudizio) 337, 370, 371, 375, 376, 379, 381
- pubblicità (immobiliare) 33, 36, 38, 39, 41, 42, 186, 213, 216, 242, 267, 280, 281, 282, 286, 287, 288, 289, 290, 345, 386, 388

## Q

- quota 22, 26, 27, 47, 57, 64, 79, 94, 124, 197, 231, 239, 259, 260, 261, 268, 271, 288, 290, 301, 304, 306, 317, 318, 319, 322, 323, 325, 330, 336, 339, 344, 349, 355, 360, 379, 380

## R

- rapporto giuridico 33, 39, 66, 107, 133, 137, 140, 142, 156, 162, 192, 245, 250, 261, 263, 265, 281, 282, 366
- rappresentanza processuale 53, 66, 125, 138, 150, 153, 155, 158, 159, 160, 170, 179, 362

- regolamento (del fondo) 21, 22, 24, 25, 26, 27, 33, 52, 97, 191, 192, 194, 195, 199, 205, 226, 245, 246, 249, 270, 271, 274, 300, 317, 376
- responsabilità patrimoniale generica 56, 57, 69, 91, 92, 94, 124, 206, 268, 287, 368, 382, 389
- riassunzione (del giudizio) 371, 375

S

- scissione 33, 52, 118, 208, 268, 282, 283, 284, 288, 290, 291, 303, 343, 364, 373, 374, 375, 376, 377, 380
- SGR 15, 17, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 73, 75, 92, 105, 114, 126, 146, 178, 185, 186, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 216, 217, 241, 242, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 255, 258, 259, 260, 261, 262, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 310, 311, 312, 313, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 363, 364, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 384, 385
- SGR di gestione 21, 54, 73, 245, 248, 249, 250, 270, 274, 275, 282, 302, 321, 322, 323, 324, 326, 333, 336, 338, 343, 344, 346, 347, 349, 356, 375, 376, 379, 384
- SGR di promozione 21, 247, 248, 249, 250, 272, 277, 321, 332, 334, 336, 343, 344, 369, 381
- SICAF 19, 28, 190, 192, 193, 196, 207, 208, 209, 210, 211, 232, 233, 234, 238, 240, 249, 275, 276, 309, 343, 348, 358, 373, 374, 376, 377
- SICAV 19, 27, 28, 190, 192, 193, 196, 207, 208, 209, 210, 211, 232, 233, 234, 238, 240, 249, 251, 275, 276, 309, 343, 348, 358, 373, 374, 376, 377

## SIM 28, 309

soggettività 15, 16, 17, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 39, 40, 41, 45, 51, 52, 53, 54, 55, 59, 61, 64, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 130, 139, 144, 156, 162, 178, 179, 180, 181, 182, 185, 188, 191, 192, 196, 199, 200, 201, 203, 213, 214, 217, 226, 227, 233, 244, 255, 263, 280, 286, 345, 346, 372, 380, 383, 384, 387, 388

soggetto 17, 19, 32, 34, 35, 37, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 49, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 125, 127, 128, 129, 130, 133, 135, 137, 138, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 168, 170, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 188, 195, 196, 198, 200, 201, 202, 203, 205, 208, 212, 213, 214, 215, 216, 219, 222, 226, 230, 233, 241, 251, 252, 253, 259, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 280, 281, 282, 283, 284, 287, 291, 293, 294, 295, 298, 305, 309, 314, 317, 319, 321, 330, 341, 345, 346, 348, 355, 360, 361, 362, 363, 365, 366, 367, 368, 373, 375, 380, 381, 382, 383, 387, 388

sostituzione (della SGR) 32, 33, 35, 37, 41, 44, 45, 46, 48, 51, 52, 84, 126, 199, 247, 249, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 282, 289, 299, 336, 337, 338, 369, 370, 371, 376, 377, 379, 381

sostituzione processuale 47, 128, 130, 131, 135, 137, 138, 139, 140, 142, 148, 150, 156, 157, 158, 161, 162, 166, 167, 170, 171, 172, 174, 176, 178, 179, 301, 347, 348

spese processuali 157, 179, 323, 341

## T

*third party dispute* 321, 322, 338, 343, 346, 354, 355, 357, 377, 378, 379, 380, 381, 383

- titolarità 27, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 39, 42, 43, 44, 46, 48, 52, 55, 56, 61, 62, 63, 64, 67, 68, 70, 73, 75, 82, 83, 84, 86, 95, 97, 105, 107, 108, 111, 113, 114, 117, 119, 120, 121, 123, 125, 126, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 139, 140, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 154, 156, 158, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 179, 181, 183, 184, 185, 188, 191, 204, 209, 212, 215, 221, 222, 223, 230, 231, 236, 237, 239, 244, 249, 254, 271, 272, 279, 281, 286, 287, 289, 297, 305, 340, 346, 347, 364, 365, 368, 369, 380, 387, 390
- trascrizione 31, 32, 33, 37, 38, 39, 42, 43, 53, 57, 58, 59, 67, 70, 71, 72, 75, 86, 88, 92, 116, 200, 202, 206, 207, 212, 213, 215, 216, 242, 245, 255, 262, 267, 279, 280, 281, 282, 285, 286, 287, 289, 290, 340, 381, 386, 388, 389
- trasferimento (del fondo) 48, 276, 279, 282, 366, 369, 381
- trust* 16, 19, 30, 39, 58, 59, 81, 146, 220, 221, 222, 224, 227, 228, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 241, 242, 243, 251, 252, 253, 256, 257, 258, 259, 265, 280, 281, 287, 288, 291, 313, 321, 322, 354, 356, 379, 385, 386, 387, 388, 389, 390
- trustee* 146, 221, 222, 224, 230, 231, 241, 243, 255, 280, 291, 313, 321, 322, 332, 385, 386, 387, 388, 389

U

UCITS 20, 25, 223, 224, 225, 226, 227, 238

V

*Vermögen* 81, 235, 236

Finito di stampare nel mese di giugno 2020  
presso EUT Edizioni Università di Trieste