

III e IV settimana di civile

Prima parte



TRACCE

I Traccia: Il candidato, svolte brevi considerazioni sulla natura giuridica della cessione d'azienda totale e parziale, ne illustri la disciplina con particolare riguardo ai profili pubblicitari, alla successione dei contratti inerenti l'azienda ceduta e alla sorte dei debiti e crediti facenti capo all'azienda nel suo complesso o al ramo oggetto di cessione.

II Traccia: il candidato, dopo aver esaminato l'istituto del TRUST interno, ne esamini caratteristiche e funzione economico – sociale individuandone i limiti di riconoscimento secondo l'ordinamento giuridico italiano, con particolare riferimento all'art. 2645 ter c.c.. Ne illustri altresì gli elementi differenziali con il fondo patrimoniale e la fondazione oltre che la sua assoggettabilità all'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.

Sommario Generale

1. la tutela giurisdizionale dei diritti (p. 1). 2. I mezzi di prova del processo civile (3). 3. le presunzioni (p.6). 4. La querela di falso (p.7). 5. Le altre prove. Prescrizione e decadenza (p. 13). 6. I beni (p.17). 7. Distinzione dei beni (p.23). 8. Le Universalità di fatto e di diritto. 9. L'azienda (p. 30). 10. La Fondazione (p. 46). 11. Le proprietà destinate. Il Trust (p. 56). 12. I frutti (p. 66). 13. Il fondo patrimoniale (p. 69). 13. I beni mobili registrati (p. 99). 14. I prodotti finanziari (p. 105). 15. I contratti di borsa e di intermediazione finanziaria (p.144). 16. Il contratto estimatorio (p.151). 17. Il contratto di somministrazione (p.155). 18. La somministrazione di lavoro (p.165). 19. Il contratto di agenzia (p.169)

1. La tutela della giurisdizionale dei diritti soggettivi

La giurisdizione civile è attività strumentale e sostitutiva, avendo per scopo l'attuazione dei diritti soggettivi quando questi ultimi non sono spontaneamente soddisfatti. La giurisdizione civile si distingue in: attività di cognizione, destinata a

concludersi con un atto di accertamento (dotato dell'efficacia di giudicato) del diritto fatto valere; attività di esecuzione forzata, attraverso la quale si tende all'attuazione pratica e materiale dei diritti; attività cautelare, diretta a eliminare il pregiudizio derivante dalla durata del processo.

L'attività giurisdizionale «si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», ossia quel processo che «si svolge nel contraddittorio tra le parti, in posizione di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale» (art. 111 Cost.). L'essenza della funzione giurisdizionale risiede, pertanto, nella presenza di un giudice che compie, in contraddittorio, un giudizio imparziale e indipendente da ogni condizionamento esterno. Conseguentemente alla proposizione della domanda giudiziale e in presenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, il giudice ha il dovere di compiere tutti gli atti del processo e di emanare la sentenza di merito, con la quale egli decide la fondatezza della domanda di tutela del diritto dedotto. Secondo il principio della 'corrispondenza tra chiesto e pronunciato', il giudice deve decidere su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa e può rilevare d'ufficio solo alcune eccezioni (art. 112 c.p.c.), avendo le parti il monopolio dell'oggetto del processo e dei fatti da porre a fondamento della domanda proposta. Il giudice è, invece, libero di individuare e applicare le norme di diritto relative alla controversia deferitagli (principio iura novit curia). Per pronunciare la decisione, il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli abbia conferito il potere di decidere secondo equità (art. 113). Se la causa riguarda diritti disponibili, il giudice di primo grado e di appello decide la lite secondo equità quando sussiste in tal senso la concorde richiesta delle parti (art. 114).

In base al principio dispositivo (art. 115), il giudice deve porre a fondamento della decisione solo le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, salvi i casi in cui la legge ammette che il giudice stesso possa disporre d'ufficio l'ammissione dei mezzi di prova (come l'interrogatorio libero delle parti, l'ispezione di cose e persone o per le controversie di lavoro). Salvo che la legge disponga altrimenti, la valutazione delle prove viene compiuta dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento (Convincimento del giudice) (art. 116). Secondo quanto prescritto dalla legge, il giudice decide emanando una sentenza, un'ordinanza o un decreto (art. 131 seg.: Provvedimento. Diritto processuale civile). I soggetti che, secondo le regole di competenza, decidono le cause civili sono: il giudice di pace (unipersonale), il tribunale (che secondo il tipo di lite decide in composizione monocratica o collegiale, art. 50 bis), la corte di appello e la Corte di Cassazione (che statuiscono sempre in formazione collegiale).

In generale, con il termine prova si fa riferimento a quel procedimento logico che dal fatto noto ricava, per rappresentazione, l'esistenza del fatto da provare. Oltre che al risultato probatorio, non raramente tale parola viene utilizzata per indicare anche la fonte, il mezzo e l'elemento di prova.

2. La prova nel processo civile

Nel processo civile e nel diritto processuale in generale il termine prova possiede diversi significati. Più frequentemente trova impiego per indicare gli strumenti di conoscenza dei fatti storici allegati all'interno del processo e posti a fondamento della domanda di tutela giurisdizionale. In questo senso si parla comunemente di mezzi di prova distinguendo tra prove precostituite e prove costituende. Con le prime si indicano le prove formatesi fuori dal processo: per esempio, i documenti. Queste si acquisiscono al giudizio con la semplice produzione. Le prove costituende, invece, sono quelle che devono formarsi all'interno del processo e implicano perciò un'attività processuale, detta istruzione probatoria, specificamente indirizzata alla formazione del mezzo di prova: per esempio, l'ispezione o la dichiarazione testimoniale (Ispezione giudiziale. Diritto processuale civile; Testimonianza. Diritto processuale civile).

Le prove si dividono, poi, tra prove dirette e prove indirette (o rappresentative). Con le prime il giudice percepisce direttamente, ovvero con i propri sensi, il fatto allegato: si pensi all'ispezione disposta per accertare lo stato di taluni luoghi rilevante per la decisione. Nelle prove indirette, invece, tra la percezione del giudice e il fatto si interpone uno strumento rappresentativo, come il documento o la dichiarazione testimoniale. In tal caso sorge il problema di valutare l'attendibilità dello strumento. Di regola tale giudizio di attendibilità è rimesso liberamente al giudice secondo il suo prudente apprezzamento, ma in taluni casi (ad esempio, atto pubblico) è la legge stessa a determinare la piena attendibilità del mezzo di prova vincolando l'organo giudicante. In questo caso si parla di prove legali.

Con il termine prova ci si può riferire anche al procedimento tramite il quale gli strumenti di conoscenza si formano o si acquisiscono, o all'attività logica che conduce alla verifica del fatto. Un esempio è offerto dalla cosiddetta prova indiziaria o «critica», che indica il procedimento logico complesso mediante il quale dalla prova di un fatto secondario (ovvero di un fatto non appartenente alla fattispecie dedotta in giudizio) si può risalire alla prova di un fatto principale. Ciò accade frequentemente quando non è possibile acquisire direttamente la prova del fatto principale: si pensi ai cosiddetti fatti psichici, come il requisito del dolo.

Con il termine prova si suole, infine, indicare il risultato stesso dell'attività logico-conoscitiva volta a diradare l'incertezza circa l'esistenza del fatto. Si parla, così, di prova positiva o prova negativa (o contraria) a seconda che si dimostri l'esistenza o l'inesistenza del fatto. Le regole che nel processo civile disciplinano in generale i rapporti tra giudice e parti, e tra le parti stesse riguardo alla prova dei fatti giuridici, sono le seguenti. **In primo luogo il principio dispositivo** a cui si ispira l'ordinamento processuale italiano impone che, salvo le ipotesi specificamente previste dalla legge, il giudice debba porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti. Queste sono onerate della prova dei fatti storici rispettivamente allegati, a eccezione dei fatti notori, cioè appartenenti alla comune esperienza e, nei giudizi aventi a oggetto diritti disponibili, dei fatti pacifici, cioè non controversi. D'altro canto, per il principio di acquisizione, una volta che un mezzo di prova sia entrato regolarmente nel processo,

tale mezzo può essere utilizzato dal giudice indipendentemente dalla parte che se ne era originariamente avvalsa. **Per il principio di tipicità delle prove**, salvo eccezioni, le parti possono utilizzare nel processo solo i mezzi di prova previsti e disciplinati dal nostro ordinamento con la conseguenza che spetta al giudice non solo valutare la rilevanza del mezzo di prova, ovvero l'astratta idoneità dello stesso a dimostrare l'esistenza di un fatto appartenente alla fattispecie dedotta in giudizio, ma anche la sua ammissibilità, ovvero il rispetto delle regole che il nostro ordinamento impone per l'utilizzo di ciascun mezzo di prova.

I MEZZI DI PROVA NEL PROCESSO CIVILE

1. L'ONERE DELLA PROVA

Quando una pretesa viene accolta giudizialmente i fatti devono necessariamente essere accertati mediante l'acquisizione dei mezzi di prova da parte del giudice, prove che l'ordinamento ha previsto che debbano essere presentate dalle parti per l'accertamento dei fatti rilevanti per l'assunzione di una decisione. Le regole sull'onere della prova aiutano il giudice a decidere quando le prove siano insufficienti per l'accertamento incontrovertibile dei fatti rilevanti.

Titolo II – Delle prove

Capo I – Disposizioni generali

Art. 2697. Onere della prova. Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

L'art. 2697 obbliga l'attore a provare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto che intende tutelare e obbliga il convenuto a provare i fatti dell'eccezione che richiama a sua difesa. Quindi in generale l'onere della prova del fatto costitutivo del diritto ricade sull'attore, ma il convenuto ha l'onere di provare il fondamento delle sue eccezioni. L'eccezione è un mezzo di prova per la difesa del convenuto che ad esempio può asserire l'inesistenza del diritto vantato dall'attore o una sua modificazione, impedimento, estinzione, oppure può presentare la già citata eccezione riguardante una prescrizione presuntiva.

es. per un credito inadempito però l'attore deve solo provare il fatto che prova l'esistenza del debito ma non deve anche provare che il pagamento non è avvenuto, spetta al debitore promuovere l'eccezione per dimostrare di avere pagato, magari fornendo una quietanza di pagamento; a sua volta l'attore potrà eccepire che la contraffazione della quietanza o il fatto che gli è stata estorta con violenza, ecc. E così via ogni fatto dovrà essere dimostrato dal suo assertore. In pratica l'attore deve solo dimostrare che esiste un credito che intende tutelare perchè non estinto, spetta poi al convenuto dimostrare che tale diritto non può essere tutelato perchè già estinto

(eccependo il fatto di avere pagato) o per altre ragioni (provando il fondamento delle sue eccezioni).

L'incertezza del fatto va sempre a danno della parte

2. LE PRESUNZIONI

La certezza di un fatto può aversi quando le prove bastano a eliminare ogni ragionevole dubbio (in materia civile il criterio può anche essere un po' meno rigoroso rispetto a ciò che si richiede nel corso di un processo penale), ma un fatto può essere certo anche in via di una presunzione legale.

Capo IV – Delle presunzioni

Art. 2727. Nozione. Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato.

Art. 2728. Prova contro le presunzioni legali. Le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite.

Contro le presunzioni sul fondamento delle quali la legge dichiara nulli certi atti o non ammette l'azione in giudizio non può essere data prova contraria, salvo che questa sia consentita dalla legge stessa. Le presunzioni legali producono un'inversione dell'onere della prova, ovvero chi promuove l'azione o presenta l'eccezione è esonerato dal provare il fatto che ne costituisce il fondamento, perchè sulla base di un altro fatto noto e facilmente dimostrabile la legge dispone che si possa presumere anche la veridicità del fatto posto a base della richiesta dell'attore o dell'eccezione presentata dal convenuto. Le presunzioni legali sono basate su massime di esperienza e possono essere:

- **Presunzioni legali assolute** (iuris et de iure): come la presunzione di concepimento durante il matrimonio. Se uno nasce non prima di 180 giorni dalla celebrazione delle nozze e non dopo 300 giorni dal suo scioglimento, separazione, divorzio, la legge stabilisce la presunzione di concepimento durante il matrimonio, che a sua volta presuppone la presunzione di paternità del marito (visto che generalmente il padre è il marito della madre – art. 232 cc). Il padre dovrà solo richiamare il fatto noto della data della nascita e della maternità per provare il fatto ignoto della paternità.
- **Presunzioni legali relative** (iuris tantum): le presunzioni relative agiscono come quelle assolute (esonorando una parte dall'obbligo di dimostrare il fatto) ma invertendo l'onere della prova, ovvero consentendo all'altra parte di presentare una prova contraria. La ratio è quella di spostare l'onere della prova sul soggetto che si pensa che in quella particolare situazione abbia meno difficoltà a presentare le prove. Ad esempio l'art. 2050 dispone un'inversione dell'onere della prova per le richieste di risarcimento per i danni derivanti

dall'esercizio altrui di attività pericolose, perchè il danneggiato potrebbe avere delle difficoltà a provare che le misure di sicurezza adottate dal titolare dell'azienda erano inadeguate. **Esempio di inversione dell'onere della prova: Art. 2050. Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.**

- **Presunzioni semplici:** sono considerazioni che il giudice formula sulla base degli indizi e delle circostanze accertate per offrire un carattere di certezza ad altri fatti utili per l'assunzione della decisione. Trimarchi fa l'esempio delle tracce che i pneumatici lasciano sull'asfalto, dalle quali si può presumere la velocità del veicolo. La disciplina dettata dall'art. 2729 ammette il ricorso alle presunzioni semplici nei casi in cui la legge ammette anche la prova testimoniale e rimettendo la loro efficacia probatoria alla discrezionalità del giudice, che però è chiamato a un prudente apprezzamento che tenga conto solo di presunzioni sicure, precise e concordanti (quando l'analisi sulla certezza di un fatto sia rimessa a una pluralità di circostanze presuntive).

Art. 2729. Presunzioni semplici.

Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.

3. LA PROVA DOCUMENTALE

Prove documentali sono l'atto pubblico e la scrittura privata.

L'atto pubblico: richiede le formalità previste e la redazione da parte di un pubblico ufficiale che attesta la pubblica fede a garanzia della veridicità dell'atto. Un pubblico ufficiale attesta i fatti che si verificano alla sua presenza e può essere un notaio (es. rogiti), l'ufficiale dello stato civile, il cancelliere del Tribunale (es. verbali di udienza), gli ufficiali giudiziari (es. relazioni di notifica); ad ogni ufficiale è attribuita una certa competenza documentale e territoriale.

Capo II – Della prova documentale Sezione I – Dell'atto pubblico

Art. 2699. Atto pubblico. L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato.

Art. 2700. Efficacia dell'atto pubblico L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

L'atto pubblico serve ad attestare la validità dei fatti compiuti alla presenza del pubblico ufficiale, che vanno dalla presenza dei soggetti che hanno compiuto l'atto fino alle loro dichiarazioni, ma l'efficacia dell'atto pubblico non dimostra necessariamente anche la veridicità di tali dichiarazioni (almeno sul piano probatorio). Inoltre anche l'efficacia probatoria dell'atto stesso può essere messa in discussione promuovendo una querela di falso.

DELLA QUERELA DI FALSO

codice di procedura civile:

Art. 221. Modo di proposizione e contenuto della querela

La querela di falso può proporsi tanto in via principale quanto in corso di causa in qualunque stato e grado di giudizio, finché la verità del documento non sia stata accertata con sentenza passata in giudicato.

La querela deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione degli elementi e delle prove della falsità e deve essere proposta personalmente dalla parte oppure a mezzo di procuratore speciale, con atto di citazione o con dichiarazione da unirsi al verbale d'udienza. È obbligatorio l'intervento nel processo del pubblico ministero.

Codice civile Art. 2701. Conversione dell'atto pubblico.

Il documento formato da ufficiale pubblico incompetente o incapace ovvero senza l'osservanza delle formalità prescritte, se è stato sottoscritto dalle parti, ha la stessa efficacia probatoria della scrittura privata.

La scrittura privata: è un documento redatto con qualunque mezzo (olografia, dattilografia, stampa) solo tra le parti private, e richiede la loro sottoscrizione olografa (perché assume anche la funzione di identificazione, anche se il documento in se può essere stato predisposto da altri). La sottoscrizione delle parti però può anche essere autenticata da un notaio (che provvede in sede di autenticazione ad accertare l'identità dei sottoscrittori). Sezione II – Della scrittura privata

Art. 2702. Efficacia della scrittura privata.

La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

Gli effetti della scrittura privata le conferiscono una minore efficacia probatoria rispetto all'atto pubblico, infatti per valere come prova (almeno fino a querela di falso) la sua validità deve essere riconosciuta anche dalla parte contro la quale si vuole farla

valere; in caso contrario chi presenta la scrittura privata come prova in giudizio dovrà avviare un procedimento di verifica della sua validità per cercare di dimostrarne l'autenticità. Mentre l'atto pubblico fa presumere legalmente la sua validità e dunque l'onere della prova è invertito, spettando al soggetto che ne contesta la validità provare che l'atto è stato falsificato o presenta altri vizi. Se non viene riconosciuta espressamente o tacitamente in giudizio da una parte è anche ammessa la prova contraria al contenuto della scrittura privata, ma solo mediante la presentazione di altri documenti scritti (presunzioni o prove testimoniali in questo caso non sono ammesse). E' previsto che alcune situazioni possano servire a certificare in modo inequivocabile la data della scrittura privata. E' importante perché tale certificazione consente di presentare il documento come prova anche rispetto a interessi vantati da terzi (ad esempio se c'è stata alienazione di un bene precedente all'assunzione di un altro credito, senza tale certificazione il creditore successivo potrebbe contestare che la data non è certificata e dunque reclamare soddisfazione su quel bene). La certificazione della data può avvenire tramite:

L'efficacia probatoria della scrittura privata negli altri casi in cui non si tratti di opporsi all'interesse del terzo (per cui valgono a sua tutela le considerazioni appena fatte in merito alla certificazione della data) è valutata dal giudice grazie al riferimento a regole generali. Per riepilogare, i casi in cui la scrittura privata fa piena prova della sua provenienza sono:

- riconoscimento della sua validità da tutti i sottoscrittori nel corso del giudizio
- autenticazione da parte del notaio invece la scrittura privata fa piena prova

Il documento informatico: può assumere l'efficacia di una scrittura privata rispetto alle valutazioni discrezionali del giudice sulle sue oggettive caratteristiche di:

- qualità
- sicurezza
- integrità
- immodificabilità

Se il documento è sottoscritto mediante la c.d. "firma elettronica qualificata" o la c.d. "firma digitale" (basata su un duplice sistema crittografico di chiavi pubbliche e private) tale validità è presunta (e il documento informatico in questi casi può anche essere autenticato dal notaio per ottenere l'efficacia propria dell'atto pubblico).

4. LA PROVA TESTIMONIALE

La prova testimoniale presenta due rischi:

- deformazione inconsapevole dei fatti

- testimonianza volontariamente compiacente a una delle parti (se non addirittura interessata).

La legge limita il ricorso alla prova testimoniale orale nelle cause riguardanti gli atti negoziali perché le parti in genere si precostituiscono con prove scritte. In certi casi eccezionali anche la prova testimoniale può essere condizionata alla presentazione di un principio di prova scritta (o all'esistenza di indizi gravi). La prova testimoniale può essere d'aiuto per i fatti non negoziali, come nel caso in cui sia necessario ricostruire le dinamiche di un incidente. Il giudice deve ammettere la prova testimoniale quando incorra in una delle seguenti ipotesi:

- quando c'è un principio di prova scritta anche se è incompleta ma di provenienza certa, anche se risultante da semplici appunti o scritti che però facciano apparire verosimile l'esistenza di un accordo contrattuale.
- quando il contraente uno dei contraenti non ha avuto la possibilità materiale o morale di procurarsi una prova scritta

L'impossibilità materiale: può riguardare anche eventi naturali o catastrofici che abbiano provocato la distruzione o l'irreperibilità della documentazione.

L'impossibilità morale: può dipendere a sua volta da

- da rapporti di fiducia tra le parti: come avviene nel caso di legami parentali, ma anche per il rapporto che lega l'avvocato al suo assistito per esempio.
- dagli usi commerciali: dove può capitare che in certi campi si consolidi l'uso di stipulare contratti esclusivamente verbali che non permettono la produzione della prova documentale in sede giurisdizionale.
- quando vi è stato lo smarrimento senza colpa del documento che avrebbe dovuto costituire la prova in giudizio in questo caso lo smarrimento non è provocato da un evento materiale esterno, ma è importante che non vi sia il dubbio di un atteggiamento doloso riguardo all'imperizia della parte nel custodire i documenti.

Capo III – Della prova testimoniale Art. 2724. Eccezioni al divieto della prova testimoniale.

La prova per testimoni è ammessa in ogni caso:

1) quando vi è un principio di prova per iscritto: questo è costituito da qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato;

2) quando il contraente è stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta;

3) quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova.

Art. 2725. Atti per i quali è richiesta la prova per iscritto o la forma scritta.

Quando secondo la legge o la volontà delle parti , un contratto deve essere provato per iscritto, la prova per testimoni è ammessa soltanto nel caso indicato dal n. 3 dell'articolo precedente.

La stessa regola si applica nei casi in cui la forma scritta è richiesta sotto pena di nullità.

Art. 2726. Prova del pagamento e della remissione.

Le norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti si applicano anche al pagamento e alla remissione del debito.

La prova scritta inoltre può essere prevista su apposita convenzione delle parti all'atto di stipulazione di qualunque contratto. In certi casi però la prova testimoniale è sempre ammessa, come nel caso dei contratti internazionali di vendita di cose mobili, mentre in altri casi, come avviene per i contratti di assicurazione o per la transazione, è sempre negata a meno che non si incorra nella terza eccezione al suo divieto prevista dall'art. 2724. La prova testimoniale di regola dunque non è ammessa per cercare di dimostrare che un documento è simulato o incompleto, infatti in caso di conflitto con la prova testimoniale alla prova scritta viene offerta la prevalenza (ma il giudice può ammettere la prova testimoniale nel caso in cui una parte asserisca che il documento è incompleto rispetto a ulteriori accordi successivi alla sua redazione, sempre che le successive modificazioni all'accordo contrattuale risultino verosimili).

5. IL GIURAMENTO

Il giuramento decisorio: una parte deferisce all'altra con l'intento di escludere o avallare un elemento dal quale dipende in tutto o in parte la decisione. L'efficacia e la forza probatoria del giuramento è data esclusivamente dalla possibilità di un accertamento successivo della verità dei fatti, infatti nel caso in cui tale accertamento risulti contrastante con la dichiarazione fatta sotto giuramento, la parte che ha giurato andrà in contro a delle sanzioni penali oltre che alla responsabilità per danni. Il giuramento o il suo rifiuto sono prove legali, che dunque vengono sottratte al libero apprezzamento del giudice che dovrà tenerne necessariamente conto.

il soggetto richiamato al giuramento ha tre possibilità:

- acconsentire a prestare giuramento.
- rifiutare di prestare giuramento e perdere la causa.

- riferire il giuramento invitando la controparte a prestare essa stessa il giuramento.
La parte cui è riferito il giuramento a sua volta può:
- acconsentire a prestare giuramento
- rifiutarsi di prestare giuramento e perdere la causa.

Il giuramento suppletorio è il giuramento imposto direttamente dall'organo giudicante a una delle parti, con la finalità di decidere la causa quando gli elementi probatori non sono pienamente sufficienti a dare piena fede alla domanda o alle eccezioni.

Il giuramento d'estimazione in nulla differisce da quello suppletorio se non per il fatto specifico di essere disposto allo scopo di stabilire il valore della cosa quando non sia stato possibile effettuare tale estimazione secondo altre modalità.

6. LA CONFESSIONE

La confessione può essere:

- confessione giudiziale: è una confessione resa direttamente in giudizio per attribuire verità a un fatto circostanziato affermato dalla controparte per la tutela del suo diritto.
- confessione stragiudiziale: è una confessione resa fuori dall'ambito giudiziale e che perciò deve poi essere provata in giudizio con le normali regole.
- confessione stragiudiziale fatta a terzi: viene liberamente apprezzata da giudice e non è vincolante, perciò il giudice decide discrezionalmente se tenerne o meno conto
- confessione stragiudiziale offerta alla controparte: invece fa piena prova e il giudice deve tenerne conto anche quando la ritiene menzognera (quando è fatta al rappresentante legale della parte ha lo stesso valore).

La confessione di un fatto può accompagnarsi all'integrazione di circostanze aggiunte: per cui fa piena prova ed è considerata integralmente salvo la contestazione della controparte sulla veridicità delle circostanze aggiunte. Ad. es. il debitore che riconosca, e dunque confessi, l'esistenza del debito ma aggiunga a tale dichiarazione anche quella di avere già pagato; se il confitente non contesta quest'ulteriore circostanza aggiunta la confessione fa piena prova nel contenuto integrale della sua dichiarazione, ferma restando la discrezionalità del giudice nel valutarne l'efficacia probatoria anche in relazione alle altre circostanze. La confessione è irrevocabile: ovvero è revocabile solo quando sia stata frutto di una violenza o di un errore. Inoltre la legge richiede che il confitente disponga del diritto richiamato dai fatti confessati.

7. LA PROVA DELLE SIMULAZIONI

La prova della simulazione di un contratto e dunque l'accertamento della simulazione stessa può essere domandata:

- da un terzo soggetto: a tutela di un suo interesse, per rimediare al pericolo che il debitore possa dolosamente sottrarre alle pretese dei creditori uno o più beni destinati a soddisfarle.
- al creditore
- al fisco
- al legittimario che promuove un'azione per la reintegrazione della quota riservata.
- da una parte: ma in questo caso valgono tutte le limitazioni sull'ammissione della prova testimoniale (che valgono anche per le presunzioni), salve le già citate deroghe disposte dall'art. 2724 e con l'aggiunta di un'ulteriore possibilità di offrire validità alla prova testimoniale diretta a comprovare l'illiceità del contratto simulato (che comunque differisce dal concetto di illiceità della simulazione che invece riguarda specificamente il dolo nell'assumere atteggiamenti fraudolenti nei confronti di terzi, quali i creditori o il fisco, situazione per la quale valgono solo le deroghe anzidette).

PRESCRIZIONE E DECADENZA

1. Nozione

Discussa è la ratio dell'istituto che è stata ravvisata ora nell'interesse pubblico alla certezza del diritto, ora nella volontà di sanzionare l'inerzia del titolare del diritto, ora nella presunzione di carenza di interesse del titolare che per un tempo considerevole non invoca la tutela concessagli dall'ordinamento. Una più moderna impostazione, nel sottolineare il fondamento composito della prescrizione vi ravvisa un'ipotesi di risoluzione di conflitti tra titolari di situazioni giuridiche per cui si estingue il diritto che limita l'attività di un altro soggetto quando il titolare non lo eserciti; in tale ottica si osserva che la Corte Costituzionale ha correttamente sottolineato la necessità che non sussista una causa di giustificazione sociale dell'inerzia del titolare (si pensi al mancato esercizio dei diritti del lavoratore in costanza di rapporto di lavoro subordinato: cfr. Corte Cost., sentenza 10 giugno 1966, n. 63).

In tale ottica si spiega perché: 1) tutti i diritti sono soggetti a prescrizione tranne quelli indisponibili, i quali vivono fuori da un rapporto con altri soggetti o con altre situazioni; 2) la prescrizione può essere fatta valere solo dall'interessato, che può rinunciare alla stessa successivamente; 3) la prescrizione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Il termine di prescrizione ordinario è di 10 anni, ma sono previste dal codice civile determinate prescrizioni brevi di 5 anni agli artt. 2947, 2948, 2949. In determinate ipotesi contrattuali è prevista anche la prescrizione annuale, v. artt. 2950, 2951, 2952.

2. La rinuncia tacita alla prescrizione

Il legislatore all'art. 2937 c.c. ha previsto e disciplinato la rinuncia alla prescrizione, vietando la rinuncia preventiva al fine di evitare che essa diventi una clausola di stile nei negozi giuridici, frustrando in tal modo la funzione di ordine pubblico dell'istituto.

La rinuncia in esame non ha carattere recettizio in quanto esplica i suoi effetti prescindendo dalla conoscenza da parte del destinatario.

Essa può essere espressa o tacita. In quest'ultimo caso, la giurisprudenza ha sostenuto che il soggetto che eccepisce la rinuncia tacita alla prescrizione, per paralizzare l'eccezione di prescrizione del suo diritto, deve dimostrare non solo che sia stato posto in essere un fatto esplicitante la volontà incompatibile con quella di avvalersi della prescrizione, ma anche che il fatto sia stato posto in essere dal soggetto a cui favore la prescrizione era maturata e cioè dal soggetto che ha il diritto di farla valere e, quindi, di rinunziarvi (Cass. Civ., sentenza 7 dicembre 1995, n. 12596).

Non è necessario invece che il creditore legittimato a rinunciare sia consapevole della maturazione del termine di prescrizione, in quanto si ha riguardo al comportamento oggettivamente tenuto dal medesimo (Cass. Civ., sentenza 28 maggio 1988, n. 3672).

3. Le cause di sospensione della prescrizione

La sospensione della prescrizione è disciplinata dall'art. 2941 c.c. che elenca specifici casi in cui essa è prevista:

- 1) tra i coniugi;
- 2) tra chi esercita la potestà di cui all'art. 316 c.c. o i poteri a essa inerenti e le persone che vi sono sottoposte;
- 3) tra il tutore e il minore o l'interdetto soggetti alla tutela, finché non sia stato reso e approvato il conto finale, salvo quanto è disposto dall'art. 387 c.c. per le azioni relative alla tutela;
- 4) tra il curatore e il minore emancipato o l'inabilitato;
- 5) tra l'erede e l'eredità accettata con beneficio d'inventario;
- 6) tra le persone i cui beni sono sottoposti per legge o per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui e quelle da cui l'amministrazione è esercitata, finché non sia stato reso e approvato definitivamente il conto;
- 7) tra le persone giuridiche e i loro amministratori finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi;
- 8) tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto.

Si discute in dottrina circa il carattere tassativo dei casi di sospensione stabiliti dalla legge.

La dottrina ritiene che sono ammissibili anche cause di sospensione non previste, purché consistenti in veri e propri impedimenti di ordine giuridico, e non di mero

fatto, all'esercizio del diritto ed estende quindi il regime della sospensione ai seguenti casi:

- riunione nella stessa persona della qualità di creditore e debitore, quando l'avvenuta confusione si risolve ex tunc per un vizio intrinseco dell'atto che l'ha prodotta;
- la rinuncia ad un diritto in forza di una transazione successivamente annullata;
- l'impedimento a far valere l'azione durante la pendenza di un giudizio pregiudiziale o connesso;
- l'impossibilità di agire in relazione alla sussistenza di un pactum de non petendo.

Di diverso avviso è la giurisprudenza la quale ritiene che i casi di sospensione sono tassativamente indicati dalla legge e sono pertanto insuscettibili di applicazione analogica e di interpretazione estensiva, in quanto la prescrizione è istituto di ordine pubblico e quindi le norme ad essa relative sono inderogabili e di stretta interpretazione. In particolare è stato affermato che la sospensione è prevista espressamente solo per l'interdetto e non anche per l'incapace naturale in quanto interdizione ed incapacità sono situazioni giuridiche diverse per le quali il legislatore ha ritenuto di dover dettare una diversa disciplina al fine di tutelare i terzi che entrano in rapporti giuridici con l'incapace non interdetto, attribuendo al tempo stesso al pubblico ministero il potere di promuovere l'interdizione (Cass. Civ., sentenza 19 dicembre 1975, n. 4191).

4. Interruzione della prescrizione

L'interruzione della prescrizione, disciplinata dagli artt. 2943-2945 c.c. ha per effetto quello di annullare il periodo prescrizionale già iniziato. Si ritiene pacificamente in giurisprudenza che l'atto extragiudiziale idoneo ad interrompere la prescrizione, ai sensi dell'art. 2943, co. 4, deve presentare un elemento soggettivo, costituito dalla chiara indicazione del soggetto obbligato, ed un elemento oggettivo consistente nella esplicitazione di una pretesa, vale a dire una intimazione o richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto passivo, con l'effetto di costituirlo in mora. Ne consegue che tale efficacia non può essere attribuita alle semplici sollecitazioni che si limitino a contenere manifestazioni di giudizio prive del carattere di intimazione e di espressa richiesta formale al debitore (Cass. Civ., sentenza 19 gennaio 1995, n. 561).

5. Le prescrizioni presuntive

Il legislatore ha inteso soddisfare attraverso l'istituto della prescrizione presuntiva l'esigenza di evitare liti defatiganti nei rapporti obbligatori, derivanti dal minuto commercio quotidiano, che si è soliti liquidare in maniera sollecita ed informale senza alcuna prova documentale dell'adempimento.

Questa categoria di prescrizioni è prevista agli artt. 2954, 2955, 2956 del codice civile ed è caratterizzata dal fatto che trascorso un dato periodo di tempo (variabile a seconda dei casi), il diritto si presume estinto per intervenuto pagamento. E' evidente la volontà di tutelare il debitore il quale, a distanza di tempo, potrebbe trovarsi costretto a dimostrare un pagamento per il quale, data la natura dell'obbligazione, non ha conservata la prova documentale (si pensi al rapporto tra albergatore e cliente ovvero tra insegnante privato ed allievo). Nonostante il termine prescrizione utilizzato dal legislatore, la figura in esame non si sostanzia in una vera e propria prescrizione ma in una presunzione iuris tantum che ammette, quindi, la prova contraria, anche se solo nelle limitate forme della confessione giudiziale e del deferimento del giuramento decisorio.

Sotto il profilo concettuale, invero, la prescrizione presuntiva è incompatibile con la prescrizione estintiva in quanto il primo istituto si fonda su di una presunzione di pagamento del debito, mentre il secondo istituto si fonda sulla semplice inerzia del titolare del diritto nel chiedere la sua attuazione, prescindendo dall'effettivo adempimento dell'obbligazione dedotta in giudizio. Pertanto, proposta in primo grado l'eccezione di prescrizione presuntiva la parte non può in appello sollevare eccezione di prescrizione estintiva ordinaria. (Cass. Civ., sentenza 5 dicembre 1985, n. 6120).

Tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto di dover applicare all'istituto in esame le medesime regole che disciplinano la prescrizione ordinaria, salve le disposizioni particolari espressamente dettate come quella sulla decorrenza del termine ex art. 2967 c.c.; pertanto si è ritenuto che anche alla prescrizione presuntiva è applicabile la norma di cui all'art. 2938 c.c. sul divieto di rilevarla d'ufficio da parte del giudice (Cass. Civ., sentenza 8 febbraio 1994, n. 1248). Va osservato infine che l'eccezione di prescrizione presuntiva è incompatibile con qualsiasi comportamento diretto o indiretto del debitore che importi, sia pure implicitamente, l'ammissione in giudizio che l'obbligazione da lui assunta non sia stata estinta. Tale ammissione può essere anche desunta dalla affermazione che altri sia soggetto tenuto all'adempimento, affermazione che presuppone la mancata estinzione dell'obbligazione (Cass. Civ., sentenza 13 marzo 1987, n. 2648).

6. Distinzione dalla decadenza

La decadenza è il termine entro il quale deve essere realizzata una condotta al fine di poter conseguire l'acquisto di un diritto.

Il fondamento dell'istituto è quello di eliminare uno stato di incertezza connesso ad un rapporto giuridico che non ha avuto completa attuazione.

Sotto il profilo concettuale la distinzione tra i due istituti risulta agevole: la prescrizione è un modo di estinzione del diritto, la decadenza è un modo per non perdere l'acquisto di un diritto. Tuttavia in relazione ai termini fissati dalla legge per l'esercizio di un diritto non è sempre agevole distinguere tra i due istituti che pure hanno una disciplina completamente differente: i termini di decadenza sono rimessi alla più ampia autonomia delle parti, la prescrizione è invece istituto di ordine pubblico disciplinata da norme inderogabili; alla decadenza non si applicano le norme sull'interruzione e sulla sospensione dettate per la prescrizione.

In giurisprudenza si è sottolineato che la decadenza assolve più efficacemente della prescrizione alla funzione di assicurare certezza e stabilità ai rapporti giuridici, atteso il maggior rigore cui è informata la sua disciplina, che prevede termini più brevi, non ne ammette la interruzione e, soltanto in via eccezionale, ne ammette la sospensione. Alla luce di tali considerazioni per verificare in concreto se un termine stabilito dalla legge sia di prescrizione o di decadenza occorre non tanto far riferimento all'espressa definizione contenuta nella legge, quanto alla sua finalità: nella prescrizione quella di ritenere in via presuntiva abbandonato il diritto per l'inerzia, protrattasi per un certo tempo, del suo titolare; nella decadenza quella corrispondente alla necessità obiettiva di compimenti di determinati atti entro un dato tempo, fisso o perentorio (Cass. Civ., SS. UU., sentenza 21 agosto 1972, n. 2690).

1.2.1) La nozione di Bene. Beni immobili e beni mobili

Concetto di bene. Cenni

In diritto, è bene qualsiasi entità materiale o immateriale giuridicamente rilevante e tutelata. Quando si parla di bene in senso giuridico si fa riferimento ad una nozione talmente ampia da comprendere anche quella di bene in senso economico, in quanto riguarda tutti quei beni connotati da una tutela giuridica. Ci sono poi cose che la natura offre in quantità, se non illimitata, certamente superiore ai bisogni dell'uomo (la luce del sole, l'aria, l'acqua del mare), le *res communes omnium*: sono cose che appartengono a tutti o, ciò che è lo stesso, a nessuno, dal momento che nessuno ha interesse a stabilire con esse un rapporto di appartenenza, che ne riservi a sé un uso esclusivo. Il diritto si occupa delle *res* solo in quanto esse siano materia di possibile conflitto fra gli uomini.

Il termine bene attiene all'oggetto della fenomenologia giuridica, e, pertanto, ha un rapporto con il termine «oggetto del diritto» sia sotto il profilo terminologico, sia rispetto ai problemi che suscita, per la scienza giuridica, la determinazione del concetto o dei concetti, la loro collocazione sistematica, nonché la loro funzione e la loro portata.

Chiaro è che parlando di oggetto del diritto lo si fa nelle sue diverse accezioni. Nel senso che oggetto del diritto può significare oggetto della giurisprudenza, termine oggettivo dell'esperienza giuridica, o della fenomenologia giuridica, o, se si vuole, del diritto in senso oggettivo, o ancora dell'ordinamento giuridico (Franceschelli).

Nei termini della sistematica comune l'oggetto costituisce il correlato logico-giuridico del soggetto. Dunque, soggetto ed oggetto sono i due poli dell'esperienza giuridica, nella sua prospezione scientifica (Pugliatti). Ma si parla di oggetto del diritto anche all'interno del rapporto giuridico (Franceschelli). Sono beni, per il codice civile italiano, soltanto «le cose che possono formare oggetto di diritti» (art. 810 c.c.). La nozione giuridica di bene è, in questo modo, resa interdipendente con il concetto di proprietà: sono beni le cose che l'uomo ha interesse a fare proprie, a fare oggetto di un proprio diritto, che escluda gli altri dalla loro utilizzazione. La norma esclude anche che siano beni le cose che la legge vieta possano formare oggetto di diritti: le cose in relazione alle quali è legislativamente valutato come non degno di tutela l'interesse a stabilire un rapporto di appartenenza (come, ad esempio, le parti del corpo umano o le specie vegetali protette).

Il codice civile, oltre alla definizione di cui all'art. 810 c.c., usa il termine «beni» in un significato collettivo, o come indicativo di una classe o categoria. A volte adopera il termine «cosa», anche al plurale, in relazione eventualmente con altro termine, o alternativamente al termine «beni». A volte usa termini generici come oggetto, o specifici come crediti, servizi, prodotti agricoli o industriali, scorte, bestiame. Ma la terminologia della legge non può essere considerata come base per la determinazione dei concetti. Per avere un quadro preciso è opportuno ricorrere a dati che riguardano l'esperienza giuridica. Dati che attengono alla linguistica e alla scienza economica.

Secondo la lingua latina il termine «bene» deriva da bona o res. Nel linguaggio giuridico si usava il termine bona per indicare le sostanze, le facoltà, gli averi o il patrimonio, o determinati complessi patrimoniali autonomi, come bona materna o materni generis (C. 6, 60). È chiaro, pertanto, che la lingua latina adoperava il termine «bene» solo al plurale, pertanto, a indicare un collettivo, una pluralità.

Nella terminologia tedesca, invece, Guter, ossia bene, si adoperava con riferimento ad istituti determinati, ma la legislazione tedesca non aiuta nell'elaborazione del concetto di bene. È stato, però, coniato dalla dottrina tedesca il termine Lebensgut (Von Tuhr). In correlazione a detto termine si parla di menschliche Interessen o semplicemente di Interessen, che intenderebbe l'espressione italiana «beni della vita», in senso collettivo.

Il legame tra l'esperienza comune e quella giuridica si comincia a intravedere se si fa riferimento al fatto che al diritto va conferita la funzione di regolare l'attribuzione dei beni della vita ai singoli soggetti giuridici (Chiovenda) e che alla norma statutaria va riconosciuta la decisione circa la ripartizione dei beni della vita (Von Tuhr).

Secondo l'esperienza economica, di cui si è solo accennato in partenza, il termine «bene» indica un'entità complessa legata alla ricchezza.

I requisiti del bene in senso economico sono legati all'attitudine e all'azione, nel senso che il bene economico è quel bene dal quale, in sintesi, si può trarre un'utilità. La scienza economica considera i beni in rapporto alla loro utilizzabilità e utilità da parte degli uomini; la scienza giuridica li considera sotto il profilo della tutela da parte dell'ordinamento (Pugliatti).

Altro requisito è, infine, la materialità (Loria), che attiene all'esigenza di classificazione più che all'esigenza di delineare i caratteri distintivi. Cercando punti di contatto tra il concetto di bene economico e di bene giuridico ci si accorge che l'utilità è un requisito cui bisogna fare riferimento anche dal punto di vista del diritto.

Il solo fatto di supporre che esistano solo entità soggettive prive di attitudini a soddisfare bisogni umani, o non impiegabili nella soddisfazione dei desideri o delle esigenze degli uomini, equivarrebbe non solo ad escludere tali entità dal novero dei beni in senso giuridico, ma addirittura ad eliminare la base oggettiva del diritto, e cioè a cancellare il diritto dall'esigenza umana (Pugliatti).

Quanto alla limitatezza, esso costituisce un elemento relativo alla delimitazione della sfera dei beni in senso giuridico, serve cioè ad individuare l'oggetto. La materialità, come già detto, costituisce elemento rilevante ai fini della classificazione dei beni. Ecco perché si parla, ad esempio, di cose corporali o incorporali. In riferimento ai beni, si parla, invece, di beni materiali o immateriali. In conclusione e sintesi si può dire che la scienza economica considera i beni in relazione alla loro utilità e utilizzabilità da parte degli uomini. La scienza giuridica li considera sotto il profilo della tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Il diritto determina i titoli che garantiscono il godimento, il possesso, la disponibilità dei beni.

Il bene giuridico Come anticipato, i beni sono definiti dal codice come «le cose che possono formare oggetto di diritti» (art. 810 c.c.). Da tale definizione può trarsi la nozione di bene giuridico in generale, inteso come qualsiasi entità materiale o ideale giuridicamente rilevante (Biondi). Il bene è l'oggetto del diritto soggettivo e come tale esso ne costituisce un elemento determinante. L'interesse è, infatti, un bisogno di un bene, e l'interesse tutelato dal diritto si concreta in relazione al bene idoneo a soddisfare tale interesse. La disciplina dei beni concorre, quindi, a disciplinare i diritti e a segnare la natura e il contenuto (Bianca).

Il termine bene, nell'accezione prettamente giuridica, può essere, quindi, assunto per i fini sistematici della scienza, nel significato generico di oggetto della tutela giuridica. Nella terminologia legale assume, invece, normalmente il significato di termine oggettivo di un diritto soggettivo (Pugliatti). Secondo il codice ormai abrogato, il bene per eccellenza era la proprietà, anche se già si aprivano le porte alla non esclusività di tale termine.

Anche l'art. 810 c.c. non è esaustivo nella sua definizione. Quando si parla di «cose», infatti, esistono beni che non hanno per oggetto cose, come i diritti aventi per oggetto servizi o beni immateriali. Inoltre, parlare solo di cose riduce i beni al numero delle cose, riducendo in sostanza i beni alle cose che formano oggetto del diritto di proprietà. Per chiarire questo aspetto, si pensi che la stessa cosa immobile formi oggetto di proprietà a favore di un soggetto giuridico e di usufrutto a favore di un altro, e che tanto la nuda proprietà quanto l'usufrutto siano onerati di ipoteca (art. 2810 c.c.).

La cosa, nella sua individualità obiettiva, è una e identica, ma in quanto oggetto giuridico, assume vari aspetti: oggetto della proprietà, oggetto dell'usufrutto, oggetto dell'ipoteca sulla nuda proprietà, oggetto dell'ipoteca sull'usufrutto (Pugliatti). Diversi sono, infatti, i diritti che vengono a costituirsi con riferimento all'unica cosa: ciò è evidente in ordine ai diritti reali ma non per i diritti personali, anche questi, infatti, garantendo al soggetto titolare la tutela specifica di determinati interessi, danno luogo alla nascita di beni in senso giuridico. La seconda parte della definizione dell'art. 810 c.c. allude ad una attitudine e non ad una condizione attuale degli oggetti ai quali si ricollega la nozione di bene. Dal punto di vista giuridico hanno rilevanza le utilità tipiche e le situazioni attuali che acquistano carattere obiettivo (Miceli). Una res nullius può essere un bene economico ma non può dar vita ad un bene giuridico, se non allorquando sia intervenuta un'occupazione e quindi l'acquisto della proprietà da parte di un determinato soggetto.

Può dirsi cioè che il concetto di bene in senso giuridico deve intendersi quale momento di sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela destinato ad un soggetto particolare (Pugliatti). Interesse inteso come nucleo tipico, o tipica utilità, riferibile a qualsiasi entità del mondo esterno o comunque a qualsiasi termine, anche negativo, che appaia socialmente e, quindi, giuridicamente, rilevante (Picard).

Di particolare rilievo per la nostra trattazione è la distinzione tra diritti che hanno un oggetto fine a se stesso e diritti che hanno per oggetto un'attività tendente ad un fine. Rispetto ai primi è facilmente individuabile l'interesse e, quindi, l'utilità, sia che si riferisca ad una cosa o meno.

I diritti assoluti cui corrisponde una cosa sono i diritti reali, gli altri sono i diritti assoluti personali, o diritti su beni immateriali. I diritti personali relativi sono i diritti di credito o semplicemente i crediti, indicando con questo termine anche il loro oggetto. Scendendo più nel particolare, occorre rilevare che si parlerà di crediti quando la prestazione dovuta ha come oggetto una cosa determinata e tende a far acquistare al creditore un diritto su di essa. Si parlerà, invece, di servizi quando il credito ha per oggetto un'attività altrui (Pugliatti).

L'utilità costituisce il nucleo di un bene in senso giuridico. Tale interesse o utilità ha un carattere unitario che gli viene attribuito dal diritto positivo. Non è sufficiente,

però, che un complesso di elementi formi oggetto di una disciplina giuridica unitaria, perché si possa desumere che esso costituisce un bene in senso giuridico. Occorre accertare che l'ordinamento considera come unità oggettiva l'interesse che vuole tutelare in ordine al complesso, e che intende predisporre una determinata e sola situazione soggettiva quale strumento di tutela di detto interesse, altrimenti, diversamente il complesso oggetto di tutela unitaria costituirà un oggetto giuridico di tutela ma non un bene giuridico, come ad esempio l'universitas, o l'azienda. L'individuazione di un valore che l'ordinamento giuridico non prende in considerazione direttamente e specificamente, ma tutela indirettamente o di riflesso, e che per altro è la risultante di altri elementi, direttamente e specificamente tutelati, non autorizza ad affermare che si è in presenza di un bene giuridico immateriale (Pugliatti).

Si potrebbe, pertanto, escludere dal novero dei beni l'avviamento o la clientela (Ascarelli). Per quanto riguarda ancora i diritti-mezzo bisogna fare riferimento al momento dell'esercizio e al risultato di questo. Oggetto di questi diritti è l'interesse al risultato, cioè al bene che si raggiunge con il loro esercizio, e non l'esercizio stesso.

Concetto di bene e tentativo di sintesi

Con questa digressione si è voluto mettere in risalto la genesi e la funzione del termine «bene» nella scienza giuridica. Si è messo in evidenza il nucleo sostanziale del concetto, la sua radice economica e i suoi riflessi sociali senza pregiudicare le varie distinzioni. Si è visto l'oggetto anche nell'ottica di una tutela giuridica in termini obbiettivi, con una visione, quindi, di bene giuridico più estesa, e anche in una visione più ristretta legata alla tutela giuridica destinata ad un determinato soggetto e ad esso attribuita specificamente, come una situazione soggettiva, quindi, come diritto soggettivo. In tal modo si è potuto considerare il bene come all'interno della sfera dell'oggetto del diritto ed, in particolare, dei diritti soggettivi.

Si sono visti i caratteri della relatività ed elasticità del bene e, infine, anche rapide classificazioni dei beni, con particolare riferimento a quelle che costituiscono il riflesso della distinzione tra le cose che ne formano il termine di riferimento oggettivo. Si può dire, quindi, che il concetto di bene è carico di significati perché non esiste una disciplina unitaria per tutti beni che possa essere invocata univocamente mediante l'uso di un medesimo concetto. Lacuna questa che non dipende da colpe dell'ordinamento.

Questo discorso, pertanto, ci spinge a porre particolare attenzione quando si ha a che fare con questo termine. Non è vero che chiunque è abilitato a dare alle parole che usa il significato che ritiene più consono, in quanto devono rispettarsi sia le regole intrinseche ai linguaggi umani, sia le regole proprie della costruzione giuridica, in base alle quali un concetto giuridico è legittimo in quanto serve a comprendere meglio la ragione politica di determinate scelte (Gambaro).

Nonostante i vari significati ed i vari usi del concetto, il termine bene è stato elaborato per designare gli oggetti della proprietà e del possesso, per designare ciò che era suscettibile di una forma di appartenenza ricollegabile o alla proprietà romanistica o al Genus germanico. Definendo e distinguendo ciò che è bene e ciò che non lo è, si afferma una scelta anche politica tramite cui distinguere le cose che appartengono a qualcuno dalle cose che non possono appartenere a nessuno. Ecco perché esistono beni privati o pubblici, individuali o collettivi. Ed ecco perché è opportuno decidere se i beni e quali beni rientrano tra queste categorie e quali, invece, non appartengono a nessuno o, quindi, siano in comunione tra tutti. Secondo qualcuno occorre tenere presente che, per una radicatissima eredità culturale, le società umane sono più contente se possono vantare una situazione di non appartenenza, ovvero una situazione di totale libertà piuttosto che una situazione regolata dal diritto con le sue inevitabili costrizioni cui va aggiunta la difficoltà di trovare un accordo circa il meccanismo di assegnazione (Gambaro).

Il problema della demarcazione tra i beni e non, si pone, quindi, in prima battuta, indipendentemente dal problema del regime giuridico cui sono sottoposte le situazioni di appartenenza e questo a sua volta è collegato, ma è distinguibile, dal problema relativo alle tecniche di tutela delle situazioni di appartenenza. Ciò significa che poiché non vi è e non vi può essere una seria disputa circa l'assegnazione in appartenenza dei prodotti e delle risorse naturali attuali, il problema della demarcazione si pone rispetto alle risorse naturali ed ai prodotti delle generazioni passate. Da questo aspetto si arriva facilmente a capire la necessità di operare in un regime giuridico che possa non solo disciplinare le varie forme di appartenenza, ma anche i rapporti tra i vari «appartenenti», di conseguenza, operare delle forme di tutela dell'appartenenza. Questa necessità di appartenenza ha dato vita al diritto assoluto per eccellenza, ossia, il diritto di proprietà e da qui tutti gli altri diritti reali.

Distinzione dei beni

La nozione di bene in senso giuridico può essere oggetto di diverse distinzioni. Una prima (rappresentante la summa divisio) va posta tra beni mobili ed immobili.

Beni immobili sono il suolo e tutte le cose incorporate ad esso; **beni mobili sono tutti gli altri beni. In una posizione intermedia tra mobili ed immobili si trovano i beni mobili iscritti in pubblici registri.** La loro legge di circolazione presenta forti analogie con quella degli immobili (sono ad esempio capaci di ipoteca), ma per ciò che non dispongano le norme che li riguardano, essi sono sottoposti alle norme proprie dei beni mobili (art. 815 c.c.). Rientrano in questa categoria autoveicoli, navi, aeromobili.

La seconda distinzione riguarda i beni in senso materiale e i beni in senso immateriale. Sono beni materiali le cose esistenti nel mondo fisico e suscettibili di percezione con sensi o strumenti materiali (es. un albero, un animale, un'automobile).

Sono beni immateriali, ad esempio, le invenzioni e le opere dell'ingegno. Tutto questo è detto naturalmente in estrema sintesi. Esistono poi altre distinzioni e classificazioni. Rispetto ai beni materiali ed immateriali vanno ulteriormente distinti i beni essenziali della persona, cioè i suoi essenziali valori, come la vita, l'onore, integrità fisica e quant'altro. Si tratta, in quest'ultimo caso, naturalmente, di beni non patrimoniali in quanto non suscettibili di valutazione economica. Nell'attuale ordinamento sono costituzionalmente garantiti, formando oggetto dei diritti fondamentali dell'uomo. È confermato, così, che il bene giuridico è, in generale, qualsiasi entità materiale o ideale giuridicamente tutelata. Questa nozione può essere assunta a nozione primaria, perché coglie il momento essenziale e caratterizzante del bene in senso giuridico (Bianca). Il linguaggio normativo può tuttavia fare riferimento a categorie più ristrette di beni giuridici, in relazione alle quali verranno formulate nozioni più specifiche. Le distinzioni dei beni riflettono differenze di regime giuridico, aventi raggio più o meno esteso di applicazione (Zitelmann).

Nel nostro ordinamento le varie distinzioni si desumono dalle norme particolari dalle quali deriva la diversità di regime. La distinzione su accennata tra beni mobili ed immobili fa eccezione a questo discorso e forma oggetto di una disciplina a sé stante (art. 812 c.c.). Questa distinzione ha carattere generale e tende a raggruppare tutti i beni in modo che possano essere sottoposti a un regime controllato oppure a un regime libero, rispettivamente detti regime immobiliare e mobiliare. Ogni distinzione ha come centro di gravità le cose. Tornando alla distinzione tra beni mobili e immobili, occorre dire che tale distinzione muove da un criterio prettamente materiale, cioè il criterio della fissità o mobilità delle cose corporali, ma si estende anche a tutti i beni patrimoniali. L'art. 812 c.c., distinguendo i beni mobili da quelli immobili, determina positivamente la categoria degli immobili attraverso una enumerazione di «cose» materiali. Più precisamente sono il suolo e le cose in esso incorporate: «tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo». La categoria è estesa alle cose che sono anche «reputate» immobili. Oltre al suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le costruzioni galleggianti immobilizzate. Il suolo, in particolare, è definito come quella superficie della terra nelle sua configurazione naturale (Biondi). Comprende il sottosuolo, cioè lo strato inferiore utilizzabile, e l'area soprastante. Il suolo, poi, comprende anche le sorgenti e i corsi d'acqua. Questi ultimi sono immobili in quanto ineriscono al suolo e, per analogia, saranno immobili anche i laghi e i grandi bacini naturali o artificiali, trattandosi di masse d'acqua. La norma citata del codice civile, invece, determina la categoria dei beni mobili negativamente: «Sono mobili tutti gli altri beni». Secondo l'art. 814 c.c. vengono incluse in tale dizione, anche le energie naturali che hanno valore economico e che sono da considerarsi come cose. Cosa mobile è, inoltre, l'acqua che ha cessato di sorgere o che è stata artificialmente canalizzata. Ancora si parla di cosa mobile per l'acqua raccolta in serbatoi o che scorre in condutture. Gli alberi fanno parte del suolo in cui sono incorporati. Come tutti i prodotti del suolo, quindi, anch'essi diventano cose mobili quando per qualsiasi causa si separano dal terreno.

Tale discorso è avvalorato dal fatto che prima del distacco gli alberi non possono essere oggetto di proprietà separata, anche se possono, però, essere oggetto di atti di disposizione quali cose mobili future. Vanno poi distinte le cose incorporate al suolo, che restano cose immobili, da quelle connesse con l'immobile o posate o occultate nel terreno che restano cose mobili. Eccezione è prevista per le costruzioni galleggianti (mulini) che il codice fa rientrare tra gli immobili quando siano ancorate saldamente e permanentemente alla riva o all'alveo (art. 812 c.c.). Altra categoria sono i beni mobili iscritti in pubblici registri (art. 815 c.c.) che sono sottoposti ad un regime analogo a quello immobiliare, in questo stesso senso vanno considerate anche le universalità di beni, pur se costituite di beni mobili (art. 816 c.c.).

La base di tutte queste classificazioni è costituita dalle cose e anche le distinzioni particolari gravitano di regola verso la cosa alla quale si riferiscono i diritti. Così è per le cose fungibili e infungibili; consumabili e inconsumabili; divisibili e indivisibili. Si possono ancora aggiungere i beni mobili generici, considerati con esclusivo riferimento alla loro appartenenza ad un genere; e quelli specifici che sono, invece, designati nella loro identità. Tale distinzione rileva in tema di obbligazioni di dare – distinguibili esse stesse in generiche e specifiche secondo che abbiano ad oggetto beni generici o specifici – e principalmente con riguardo al principio del consenso traslativo (Bianca). Se pur si parla di genericità con riferimento ai beni mobili, anche gli immobili possono eccezionalmente essere assunti in atti dispositivi come cose parzialmente generiche. Cose fungibili sono quelle che nel comune apprezzamento socio-economico sono considerate in ragione della loro appartenenza ad un genere anziché alla loro identità. Beni che rilevano in termini di peso, misura o numero, come il vino, l'olio, il frumento, il denaro (Iust. Inst. 3.14: mutui autem datio in his rebus consistit, quae pondere numero mensurave constant, velu vino oleo frumento pecunia numerata aere argento auro). Sono fungibili per loro natura, le cose che nella valutazione sociale vengono considerate sostanzialmente identiche per l'identità dei loro essenziali elementi strutturali e della loro funzione, anche se ciascuna di esse è provvista di ulteriori caratteristiche individualizzanti, le quali sono, però, considerate non essenziali, tanto da essere sostituibili e surrogabili tra di loro. Sono infungibili le cose diversificate dai loro elementi strutturali e dalla loro funzione, tanto da essere esclusa ogni sostituibilità e surrogabilità. In altre parole, mentre la genericità è un modo di designazione negoziale del bene, la fungibilità è verificabile alla stregua di un criterio socio-economico (Bianca).

Consumabili, come dice la stessa parola, sono i beni la cui normale utilizzazione comporta la consumazione, cioè la distruzione, l'esaurimento o la perdita. Bene consumabile per eccellenza è considerato il denaro, in quanto la sua normale utilizzazione come mezzo di scambio o di pagamento si attua mediante l'attribuzione ad altri e ne comporta la perdita giuridica da parte di chi la utilizza. Alcuni beni, poi, sono considerati consumabili se pur la loro utilizzazione non ne comporta la completa distruzione ma solo una parziale diminuzione. La distinzione tra beni consumabili e

non rileva per l'inidoneità dei primi a costituire oggetto di concessione di diritti di godimento con obbligo di conservazione e restituzione della loro identità.

La distinzione tra beni divisibili e non si pone, invece, in relazione ai comportamenti (Allara), ai diritti, ai rapporti, alle situazioni giuridiche in genere, ma non cessa di essere legata alle cose che stanno alla base di essi (Kokourek). La divisibilità materiale sussiste quando il bene può essere scomposto in parti omogenee senza il loro apprezzabile deterioramento e senza costi eccessivi. La divisibilità economicofunzionale sussiste quando il bene può essere scomposto in parti aventi valore e utilità proporzionali al tutto. Sono indivisibili quando risultano infrazionabili materialmente, economicamente o funzionalmente. La divisibilità prevista dal codice è la divisibilità per porzioni, ed essa si traduce nella divisibilità dei diritti che hanno ad oggetto i beni divisibili. I diritti sono anche suscettibili di divisioni per quote. Anticamente configurata come divisibilità intellettuale, non incontra i limiti della divisione per porzioni: questo accade, ad esempio, nella successione ereditaria e nella comunione legale e ordinaria. Altra distinzione è quella relativa a beni semplici, composti e universalità. I primi sono quei beni che nella valutazione giuridica costituiscono un tutto unitario, nel quale la fusione degli elementi che li compongono è così perfetta che questi ultimi hanno perduto la loro individualità (Trabucchi).

I beni che risultano da più elementi che conservano la loro individualità materiale ma che concorrono al perfezionamento del tutto senza avere autonomia funzionale sono, invece, beni composti. La rilevante differenza tra questi due tipi di beni sta nel fatto che le parti divisibili dei beni composti possono essere oggetto di proprietà separata.

Infine, esiste una differenza tra beni futuri e cose future. I primi sono i beni che non appartengono ad un determinato soggetto, ma che per certe situazioni o rapporti, in relazione a determinati atti, sulla base di un interesse esistente e tutelato, sono considerati elementi della sfera giuridica di quel soggetto (Pugliese). Le seconde, invece, possono essere «sperate» ossia cose di cui si può addivenire al possesso con probabilità o cose che al momento attuale sono considerate in una certa condizione ma vengono considerate in relazione ad una futura condizione (ad esempio in frutti pendenti) (Pugliatti).

(segue) Ancora distinzioni: beni pubblici, beni ecclesiastici, beni d'interesse storico-artistico e beni collettivi

Meritano un cenno anche i beni appartenenti allo Stato, o ad enti pubblici, e agli enti ecclesiastici. Le distinzioni da questo punto di vista si prospettano da diverse angolazioni: rispetto ai soggetti ai quali appartengono, rispetto alla commerciabilità o non commerciabilità, rispetto alla patrimonialità o non patrimonialità. In particolare, in ogni caso, si parla di una precisa categoria di beni, i beni pubblici, che assume aspetti e funzioni, nonché regime giuridico, specifici, distinti da quelli relativi ai beni privati. Simile distinzione esiste tra proprietà pubblica e proprietà privata. Beni

pubblici sono i beni che appartengono allo Stato o ad altri enti pubblici, come abbiamo detto. Lo studio di questi beni spetta al diritto amministrativo, daremo qui solo un accenno circa i riflessi privatistici. Secondo il codice civile i beni pubblici si distinguono in beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili (art. 822 c.c.). I beni demaniali sono quelli dello Stato o altri enti pubblici territoriali che in ragione della loro funzione essenziale sono assolutamente non commerciabili. Non possono, cioè, costituire oggetto di atti dispositivi di diritto privato. I beni demaniali sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei limiti e nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano (art. 823 c.c.). Beni patrimoniali indisponibili sono i beni dello Stato, o degli enti pubblici territoriali, che possono costituire oggetto di atti dispositivi di diritto privato compatibili con la loro destinazione a fini di utilità generale. Possono essere riservati o non riservati. Tra i primi ci sono il lido del mare, le spiagge, i porti, i fiumi, i torrenti, etc.. Tra i secondi abbiamo le vie pubbliche, le autostrade, gli aeroporti, etc.. La differenza tra questi due ultimi tipi di beni sta nel fatto che i beni riservati appartengono necessariamente allo Stato; gli altri, invece, possono appartenere ai privati. I beni demaniali sono beni fuori commercio. Sono, cioè, inalienabili e insuscettibili di usucapione e di altre forme di appropriazione da parte dei privati. Possono essere oggetto di concessioni amministrative (art. 823 c.c.). I beni patrimoniali indisponibili soddisfano un interesse generale senza entrare nella categoria precedente (art. 823 c.c.): sono assoggettati alle norme di diritto privato in quanto compatibili con la loro speciale disciplina pubblicistica (art. 828 c.c.). In questi beni rientrano le foreste, le miniere, le cave e le torbiere, le cose di interesse storico e artistico, archeologico, gli arredi dei pubblici uffici e gli edifici stessi destinati a pubblici uffici. Non possono essere oggetto di contratti in contrasto con la loro destinazione pubblicistica. Beni patrimoniali disponibili sono, invece, quei beni dello Stato non destinati ad una diretta funzione pubblica, e che, quindi, sono alienabili secondo il diritto comune, senza l'osservanza delle forme prescritte per gli atti della Pubblica Amministrazione. Tali beni possono anche essere oggetto di usucapione ed espropriazione (tra questi beni si considera compreso il denaro contante).

Una categoria considerata intermedia tra beni privati e beni pubblici è quella dei beni privati di interesse pubblico. Sono quei beni, in particolare, appartenenti a privati, e impiegati, per destinazione istituzionale, al conseguimento di finalità di interesse pubblico.

Beni ecclesiastici sono beni aventi finalità di religione o di culto, eretti o approvati secondo le norme del diritto canonico e sono, naturalmente, beni degli enti ecclesiastici. Tali beni non sono fuori commercio, in quanto assoggettati al regime dei beni privati. La condizione giuridica di questi beni è equiparata a quella del patrimonio indisponibile degli enti pubblici, in quanto gli atti di disposizione non sono ammessi se contrastano con le finalità del culto. Il contrasto comporta la nullità degli atti. La cessazione della finalità di culto può essere dichiarata dall'Autorità ecclesiastica. Essi sottostanno anche alle norme di salvaguardia del patrimonio artistico e storico, ma

l'Autorità statale esercita i suoi poteri d'accordo con quella ecclesiastica al fine di garantire le esigenze di culto. I beni di interesse storico-artistico sono le cose di proprietà privata dichiarate dall'Autorità governativa di importante interesse artistico, storico, archeologico o etnografico (art. 1 della l. 10 giugno 1939, n. 1089). Queste cose sono soggette ad uno speciale regime inteso ad assicurare la loro conservazione e a determinare il collocamento e l'uso. Tale regime si applica anche alle cose che appartengono allo Stato o agli altri enti pubblici. Sono alienabili, se appartengono ai privati, previa notifica all'Autorità governativa e lo Stato ha il diritto di prelazione, pena la nullità dell'atto di vendita. Beni collettivi sono quei beni oggetto di un diritto di godimento in capo ad una generalità di soggetti (Cerulli Irelli). Si tratta ad esempio dei beni immobili su cui gravano usi civici. Beni collettivi sono anche quei beni sui quali una collettività di abitanti abbia acquisito un diritto d'uso, come ad esempio le vie vicinali (Bianca). Non sono beni collettivi quelli appartenenti ad enti pubblici esponenziali della collettività, come i beni comunali. In particolare è ritenuta impropria la dizione di proprietà collettiva riferita a beni che sono in proprietà di persone giuridiche (Bianca).

Le pertinenze e gli accessori

Importante quando si cerca di delineare il concetto di bene è il termine «pertinenza». Le pertinenze sono definite dal codice come «le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa» (art. 817 c.c.). Necessari per la loro identificazione sono, pertanto, il vincolo di destinazione e la durevole funzione di servizio o ornamento. L'uno è requisito soggettivo del rapporto pertinenziale, l'altro oggettivo. La destinazione è l'atto giuridico che mette in relazione in modo funzionale la cosa accessoria con quella principale. Si realizza mettendo in concreto una cosa a servizio o ad ornamento di un'altra, ossia di quella principale. Per tale motivo la destinazione non è un negozio bensì un atto giuridico in senso stretto (Tamburrino). La destinazione comporta una modifica della cosa di pertinenza e tale potere di disposizione compete, pertanto, esclusivamente al proprietario o al titolare di un diritto reale di godimento sulla cosa stessa. Da qui segue che la destinazione operata da chi non è titolare non realizza alcuna modifica, pertanto, alcun rapporto pertinenziale. Il titolare o proprietario deve essere tale anche della cosa accessoria oltre che della principale, per poter effettuare la destinazione di pertinenza. Questo discorso non è comunque condiviso da tutti. C'è chi ritiene che la destinazione possa essere effettuata anche dal non proprietario della cosa accessoria (Contursi Lisi), tesi questa, che, tuttavia, omette di ritenere che la destinazione opera una modifica anche sulla cosa accessoria assoggettandola alla sorte di quella principale. Per quanto riguarda la funzione di servizio o ornamento della pertinenza è il collegamento diretto a fornire alla cosa principale qualsiasi utilità o abbellimento (Andreoli). Il senso è che la pertinenza (cosa accessoria) deve accrescere l'utilità o l'abbellimento della principale. Le pertinenze possono essere materialmente connesse alla cosa principale o distaccate. Certo è che se unite o incorporate, diventando parte integrante della cosa principale e, quindi, di un bene composto, non potranno dare origine ad una

pertinenza. Nel caso di pertinenza distaccata deve sussistere la vicinanza a realizzare la funzione suddetta. La funzione di servizio della pertinenza deve essere stabile non essendo sufficiente che il servizio sia relativo alla soddisfazione di esigenze occasionali (Bianca). Le pertinenze seguono la sorte della cosa principale, ed invero: «gli atti e i rapporti che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, salvo che sia diversamente disposto» (art. 818 c.c.). È stato ritenuto che la relazione pertinenziale tra due cose determina automaticamente l'estensione degli effetti degli atti e rapporti giuridici aventi ad oggetto la cosa principale, salvo che il rapporto strumentale sia cessato anteriormente all'atto concernente la cosa principale ovvero da questo risulti espressamente la volontà del proprietario di escludere la pertinenza come oggetto dello stesso. Così, la vendita della cosa principale comprende le pertinenze (art. 1477 c.c.). L'usufrutto si estende alle pertinenze ed anche l'ipoteca (art. 2810 c.c.). Una regola importante riguarda, inoltre, l'applicazione del principio generale dell'inefficacia degli atti dispositivi di diritti altrui, e trova conferma nella norma che prevede la salvezza dei diritti dei terzi sulle cose destinate a pertinenze (art. 819 c.c.). Da considerare ancora è la regola secondo cui le pertinenze possono essere oggetto di atti separati o di separati rapporti giuridici. Questo genera un conflitto che può determinarsi tra l'acquirente della cosa principale e altri acquirenti delle pertinenze. Tale conflitto, però, viene risolto dal sistema di pubblicità immobiliare, nel caso in cui la pertinenza sia un immobile, in base il principio della priorità temporale, se il bene è mobile. Ovviamente, in primo luogo è sempre salva la regola del possesso vale titolo. Venuta meno la funzione di servizio o di ornamento della cosa accessoria, viene meno anche il vincolo pertinenziale. Ciò può essere dovuto ad una causa esterna che renda impossibile all'improvviso tale funzione o ad un atto di scioglimento volontario. Per atto di scioglimento si intende l'atto giuridico che definitivamente elimina la destinazione del bene a servizio od ornamento della cosa principale. Si parla, quindi, sempre di atto giuridico e non di negozio, così come per la destinazione, e pertanto, può essere operata anch'essa dal proprietario (o dal titolare di diritto reale di godimento) e si concreta nella situazione di fatto o di diritto incompatibile con l'originaria destinazione pertinenziale; tale incompatibilità segue anche ad atti di alienazione della cosa principale separata dal bene pertinenziale (Bianca). Gli atti che comportano una temporanea utilizzazione del bene accessorio da parte di terzi non comportano lo scioglimento del vincolo.

Quando, invece, si parla di accessori, si fa riferimento a beni o diritti che si trovano in relazione funzionale rispetto ad altri beni detti sempre principali (Biondi). Tutte le pertinenze sono beni accessori, pertanto, la nozione di pertinenza comprende quella di accessorio, ma è più ampia perché attiene a qualsiasi entità materiale o giuridica che si ponga in funzione di un'altra a prescindere da un atto di destinazione (Winscheid).

La nozione di accessorio rileva in particolare in tema di alienazione, dove vale la regola per la quale l'accessorio segue il principale. La cessione del credito, ad esempio, comprende i diritti accessori (art. 1263 c.c.), ossia i privilegi, le garanzie, i poteri connessi al contenuto e all'esercizio del credito, gli interessi, i rimedi convenzionali

contro l'inadempimento. La vendita, inoltre, di una cosa comprende anche gli accessori necessari al suo uso o godimento; tale concetto si differenzia, però, dalla pertinenza giuridicamente necessaria che è, invece, stabilita dalla legge. Il concetto di accessorietà deriva dal diritto romano, dove sono contrapposte le parti con gli accessori. Le prime seguivano la sorte del bene principale, mentre il bene non facente parte di un altro non ne seguiva la sorte, anche se collegato ad esso da un rapporto di accessorietà. «Dice Celso che se è legato del vino, anche gli orci sono legati, sebbene il vino non sia stato legato con gli orci, ciò non perché gli orci siano parti del vino, ma perché è credibile che l'intenzione del testatore fosse quella di riferirsi agli orci come accedenti al vino» (Ulpiano XXIII ad Sabinum, in D. 33.6.3.1).

Le universalità

Secondo il codice civile, l'universalità è una pluralità di cose che appartengono alla stessa persona ed hanno una destinazione unitaria (art. 816 c.c.). Da questa definizione risulta che i punti di rilievo sono: la pluralità di cose, l'appartenenza ad una stessa persona e la destinazione unitaria.

L'universalità è composta da beni distinti (Biondi) che permangono nella loro individualità, nella loro autonomia funzionale e, pertanto, anche nella loro idoneità a svolgere la loro normale funzione anche separatamente dal complesso degli altri beni.

Inizialmente si concepivano solo le universalità di beni mobili, con la moderna economia il concetto si è esteso fino a comprendere anche le universalità di beni immobili, come ad esempio i negozi, gli alberghi e così via. C'è chi ritiene che i beni debbano essere omogenei (Rascio) e c'è chi ritiene che in realtà più cose possono svolgere una comune funzione economica senza essere dello stesso genere, in quanto è stato detto che non possono assumersi come caratteri essenziali delle cose facenti parte del complesso la materialità, l'omogeneità, la fungibilità od altri simili (Pugliatti).

I beni dell'universalità devono, quindi, appartenere alla stessa persona, nel senso che le cose devono appartenere o allo stesso proprietario o anche allo stesso possessore (art. 1170 c.c.).

Elemento in comune con le pertinenze e gli accessori è ancora una volta la destinazione unitaria intesa nel senso di destinazione funzionale economica che i beni concorrono a realizzare nel loro insieme. È stato ritenuto che la destinazione è l'atto di organizzazione dei beni ad una unità funzionale (Rascio). Tale complesso organizzato dei beni soddisfa uno specifico interesse che si distingue rispetto all'interesse realizzato dai singoli beni (Trimarchi). L'universalità costituisce, quindi, un'entità economica a sé stante. Questa autonoma identità economica della universalità si traduce in un'autonoma identità giuridica, che non muta con il variare dei suoi elementi. L'universalità costituisce, quindi, un bene ulteriore rispetto ai beni che la compongono (Bianca).

La disciplina relativa è quella dettata in materia di pertinenze. In sintesi occorre sottolineare, quindi, che le componenti seguono la sorte dell'universalità. La disposizione dell'universalità, inoltre, non pregiudica i diritti dei terzi sulle singole componenti che possono essere oggetto di separati rapporti giuridici o separati atti. Senza scendere nell'analisi dettagliata delle universalità di diritto, chiariamo semplicemente che in tale tipo di universalità la destinazione giuridica dei beni è stabilita dalla legge in relazione a diverse esigenze e, inoltre, in tal caso si parla di complesso di diritti e non di cose. Come esempi si possono citare le eredità o il fondo patrimoniale. L'una quale complesso destinato alla vicenda successoria, l'altro destinato a soddisfare i bisogni della famiglia.

Le universalità di beni

Le universalità di beni si distinguono in universalità di beni mobili per la quale non vale la regola possesso vale titolo e le universalità di diritto.

Universalità di cose mobili

Più cose formano una universalità di cose se appartengono ad un medesimo proprietario ed hanno una destinazione unitaria (art. 816, comma 1o, c.c.). Così una collezione di quadri o una biblioteca, così un gregge o una mandria; così una collezione di francobolli. Ciò che caratterizza l'universalità di cose è, anzitutto, la pluralità delle cose che la compongono; e queste debbono presentare, ciascuna, una propria individualità, non soltanto fisica, ma anche economica e giuridica. Così un trattato in più volumi, ciascuno dei quali abbia un proprio prezzo e sia in commercio separatamente dal tutto, è una universalità; ma non è tale una enciclopedia in più volumi: nonostante la fisica pluralità dei volumi che la compongono, essa va qualificata come un unico bene.

La condizione giuridica delle universalità si distacca, per qualche aspetto, da quella dei beni mobili e tende ad essere assimilata a quella degli immobili (v. beni, universalità immobili): in materia di acquisto a titolo originario (art. 1160 c.c.), di tutela possessoria (art. 1170 c.c.).

Sotto altri aspetti le universalità sono parificate ai beni mobili: così, al pari di questi, possono formare oggetto di pegno (art. 2784 c.c.).

L'essenza delle universalità di cose sta nel fatto che esse possono essere considerate sia come entità unitaria, sia come pluralità di cose. Il loro proprietario può disporre dell'universalità nel suo insieme (ad esempio, vendere la biblioteca), e allora l'atto di disposizione comprende i singoli beni mobili che la compongono, anche se non sono espressamente menzionati; ma può anche disporre, separatamente dal tutto, dei singoli beni (art. 816, comma 2o, c.c.). Nel linguaggio tradizionale l'universalità di cose veniva contrapposta, quale *universitas rerum*, all'associazione, concepita quale *universitas personarum*.

Altra distinzione interna alla prima, tuttora consueta, è quella che contrappone l'universitas facti all'universitas iuris, la quale ultima sarebbe costituita da quelle pluralità di cose che ricevono una considerazione unitaria non per la destinazione impressa loro dal proprietario, ma per disposizione di legge. Gli esempi che si sogliono fare, quelli dell'azienda (v.) e dell'eredità (v.), mostrano come il concetto di universitas iuris sia irriducibile ad unità concettuale con le universalità di cose di cui all'art. 816 c.c.: l'azienda è costituita dai beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.) e comprende anche beni di cui l'imprenditore non sia proprietario; l'eredità può comprendere, oltre ai beni mobili, beni immobili e, inoltre, diritti di credito. In ogni caso, azienda ed eredità sono sottoposte, ciascuna, ad una propria disciplina, con la quale non concorre quella dettata per le universalità di cose mobili.

Le universalità di diritto

Si ha universalità di diritto quando una pluralità di rapporti giuridici è considerata dal legislatore come un complesso unitario senza che sia necessaria l'aggregazione materiale tra gli elementi che la compongono. Manca in questi casi l'elemento materiale che caratterizza l'universalità di fatto; sono le norme di legge, e non il titolare o il proprietario, ad operare l'unificazione ed a disciplinare unitariamente un complesso di rapporti giuridici, e non necessariamente soltanto cose.

Esempi classici di universalità di diritto sono l'eredità (per effetto della successione a titolo universale si trasferisce il complesso di situazioni giuridiche facenti capo al defunto) e l'azienda.

APPROFONDIMENTO: La disciplina giuridica dell'azienda

di A. Patron

Uno dei temi più controversi dell'intero diritto commerciale riguarda i contratti di trasferimento e di cessione dell'azienda, nel senso che sulla natura giuridica dell'azienda, sull'estensione del concetto di azienda, come pure sulla natura dei contratti di trasferimento o di concessione in godimento dell'azienda sono sorte e perdurano tuttora controversie assai rilevanti tra i nostri studiosi.

Prima di affrontare tali questioni è opportuno fare un breve richiamo ai suoi fondamenti: per impresa si intende l'attività, cioè il complesso di atti coordinati, per imprenditore il soggetto che svolge l'attività e per azienda si intende il complesso dei beni utilizzati dall'imprenditore per l'esercizio della sua impresa.

Come già annunciato, sulla natura giuridica di questo complesso e sull'individuazione dei beni che vi appartengono non vi è nella nostra dottrina una posizione unanime, ma neppure una posizione dominante.

L'art. 2555 c.c. che ci dà la nozione di azienda ha risolto un primo problema che può sembrare assolutamente scontato, ma che non lo era affatto prima dell'entrata in

vigore del codice civile, cioè l'azienda come complesso di beni appartiene alla categoria degli oggetti di diritto. Quest'affermazione che può suonare assolutamente lapalissiana, rappresenta invece il risultato di un dibattito emerso nella dottrina, non solo italiana, ma anche di altri paesi europei, nel secolo scorso e nella prima metà di questo secolo.

In particolare, in Germania (e non mi consta nessuna adesione nella nostra dottrina) l'azienda era stata ricondotta da taluni autori alla categoria dei soggetti di diritto. In Italia, prima dell'entrata in vigore del codice, l'azienda era stata qualificata, facendo leva sulla rete di rapporti giuridici, ossia sui rapporti che intercorrono tra i diversi collaboratori dell'azienda e l'imprenditore, tra quest'ultimo e i finanziatori, come negozio giuridico.

Dopo l'entrata in vigore del codice poi, altri autori hanno definito l'azienda come una situazione possessoria. Sono tesi queste su cui è bene non soffermarsi, perché alcune sono ormai assolutamente abbandonate, altre come quest'ultima, dell'azienda quale situazione possessoria specifica (così qualificata dal Ravà), sono tesi isolate ed è invece preferibile dedicarci all'analisi degli orientamenti prevalenti nella nostra dottrina e giurisprudenza al giorno d'oggi.

L'azienda, che, ripeto, appartiene alla categoria degli oggetti di diritto, è stata dai nostri interpreti ricondotta a tutte le sottocategorie di beni: è stata qualificata ad esempio come cosa composta (tesi del Barbero), come bene mobile registrato, come bene mobile non registrato, come universalità di fatto, come universalità di diritto, come bene immateriale e infine come somma di beni non riducibile ad unità. L'unica tesi non emersa è dunque quella che considera l'azienda come un bene immobile.

Date tutte queste interpretazioni, risulta piuttosto difficile orientarsi. Lasciamo da parte la teoria dell'azienda come cosa composta e soffermiamoci invece sulle altre tesi che sono in qualche modo riconducibili a due filoni contrapposti: quello che va sotto il nome delle teorie unitarie e quello della teoria atomistica dell'azienda.

Secondo la teoria unitaria, l'azienda costituirebbe un bene unitario, distinto dai singoli beni che la compongono e su cui l'imprenditore, il titolare dell'azienda, vanterebbe un diritto, normalmente qualificato come proprietà, distinto dai diritti che lo stesso vanta sui singoli beni dell'azienda. Secondo la teoria atomistica, l'azienda non sarebbe riducibile ad unità, ma sarebbe descrivibile e definibile esclusivamente come complesso di beni, il titolare dell'azienda dunque non vanterebbe nient'altro se non i singoli diritti sui singoli beni dell'azienda.

La tesi che qualifica l'azienda come bene immateriale, quella che la qualifica come bene mobile registrato o non registrato, parzialmente quella che la qualifica come una universitas fanno parte del filone delle teorie unitarie.

Secondo la teoria sostenuta da Ferrara nella sua monografia - Teoria giuridica dell'azienda -, che costituisce uno degli studi più importanti in materia di azienda, e condivisa anche dal Valeri, l'azienda consisterebbe in un bene immateriale che sarebbe rappresentato dall'organizzazione. Questa tesi fa emergere dal complesso dei beni quello che ne è l'elemento coagulante, l'organizzazione appunto, e ritiene di poterla configurare quale oggetto di un diritto assoluto spettante al titolare dell'azienda, diritto distinto che si affiancherebbe al diritto sui singoli beni che compongono l'azienda.

Questa tesi è stata criticata dalla dottrina dominante sulla base di una serie di argomentazioni delle quali le più importanti sono le seguenti:

l'organizzazione non ha esistenza autonoma rispetto ai beni che la compongono e dunque non può costituire oggetto di diritti distintamente, separatamente dai beni stessi. Così come le varie parti che compongono un'automobile perdono la loro natura di cose per divenire esclusivamente elementi della cosa composta ed il proprietario dell'automobile non vanta un diritto di proprietà sulla stessa più un diritto di proprietà su ciascuna delle parti che la compongono, ma solo un diritto di proprietà sull'auto, così l'organizzazione non ha vita autonoma e distinta rispetto a quella dei singoli beni che compongono l'azienda e l'imprenditore, il titolare della stessa, avrà un diritto sul complesso dei beni che compongono l'azienda. Si potrà semmai discutere se questo diritto abbia ad oggetto i singoli beni separatamente o il complesso assunto ad unità.

Al titolare di questo bene immateriale non verrebbe data la medesima tutela che viene assicurata invece al titolare degli altri beni immateriali, cioè quel diritto all'esclusivo uso del bene; in altri termini chiunque potrebbe riprodurre le modalità organizzative con cui è strutturato il complesso aziendale, salva l'ipotesi che questo costituisca un atto di concorrenza sleale.

All'interno di questi due filoni contrapposti (teoria unitaria - teoria atomistica) vi sono peraltro delle spiccate diversità. In particolare all'interno del filone delle teorie che configurano l'azienda come universitas, l'azienda viene qualificata da taluni come universalità di fatto, e questa è la tesi prevalente, da altri, come universalità di diritto. Questa differenza non è meramente terminologica, ma investe ulteriori problemi: chi qualifica l'azienda come universalità di diritto tende a ricomprendere nel concetto di azienda tutti i rapporti giuridici che fanno capo all'attività di impresa, ad esempio crediti e debiti; chi parla invece dell'azienda come universalità di fatto tende a ricomprendere nell'azienda esclusivamente le cose, i beni in senso stretto. La giurisprudenza è a volte generica nel senso che qualifica l'azienda semplicemente come universalità, senza scendere nel dettaglio, a volte è invece più precisa, ma non concorde, si segnala al proposito la sentenza della Cassazione n. 4274 del 1992 che qualifica l'azienda come universitas rerum e la sentenza della Cassazione n. 8219 del 1990 che invece la qualifica come universitas iuris. Su questo problema della qualificazione dell'azienda si innesta l'altro problema, ossia se esista o meno un diritto unitario sull'azienda.

Chi qualifica l'azienda come bene immateriale ritiene che esista un diritto assoluto sull'azienda stessa; chi qualifica l'azienda come cosa composta ritiene sussista un diritto di proprietà sull'azienda, distinto dai diritti sui singoli beni; chi qualifica l'azienda come universalità tende a riconoscere l'esistenza di un diritto di proprietà sull'azienda. E' controverso però se l'universalità costituisca oggetto di diritti in sé oppure no. Tra coloro che parlano dell'azienda come universalità infatti, alcuni la considerano oggetto di un diritto di proprietà distinto dai diritti sui singoli beni, altri ritengono che essa non attribuisca al suo titolare un diritto di proprietà distinto dai diritti sui singoli beni.

I due problemi sono strettamente collegati, ma non si sovrappongono perfettamente fra di loro dando luogo ad una serie di varianti teoriche sostanzialmente infinita.

A mio avviso l'azienda non può essere considerata un bene unitario e non si può parlare di diritto di proprietà o diritto assoluto sui generis sull'azienda stessa.

In altri termini, il titolare dell'azienda è titolare di una serie di posizioni giuridiche che gli attribuiscono il godimento dei singoli beni che compongono il complesso, le quali ineriscono ai diritti sugli stessi beni, nessun'altra posizione di potere o di facoltà sembra invece spettare al titolare dell'azienda che non sia riconducibile a tali diritti, non vi è dunque contenuto per questo preteso diritto unitario sull'azienda. Quest'argomentazione viene fatta valere anche da coloro che negano che in generale l'universitas costituisca bene unico e distinto dai singoli componenti dell'universalità. Tali autori, infatti, ritengono che parlare, ad esempio, di un diritto di proprietà su una biblioteca nel suo complesso, distinto dai diritti di proprietà sui singoli libri, rappresenterebbe null'altro che una superfetazione, perché questo diritto di proprietà sul complesso non avrebbe contenuto autonomo, in quanto tutte le posizioni di potere e di facoltà che spettano al proprietario della biblioteca sono riconducibili ai diritti di proprietà sui singoli volumi. Il contenuto del diritto di proprietà sul complesso è pertanto assolutamente vacuo. Cartina di tornasole, per giungere a questa conclusione, mi sembra possa essere il problema dell'usucapibilità dell'azienda nel senso che, chi qualifica l'azienda come bene unitario ritiene che essa sia usucapibile; chi qualifica l'azienda come bene mobile non registrato immagina l'applicazione dell'art. 1153; chi qualifica l'azienda come bene mobile registrato applica la relativa disciplina; chi parla dell'azienda come universalità ritiene che essa possa essere usucapita con le regole dell'usucapione delle universalità di beni mobili disciplinato dal codice civile.

Ebbene tutti questi autori che ritengono usucapibile l'azienda in quanto tale riconoscono che l'usucapione dei singoli beni segue le regole relative al singolo bene da usucapire. Anche chi (si tratta del Mengoni, che successivamente muta posizione) aveva ritenuto applicabile l'art. 1153 c.c., aveva sì affermato che il diritto di proprietà sull'azienda come tale fosse acquisibile istantaneamente, ma aveva precisato che l'usucapione dei singoli beni componenti l'azienda doveva seguire le rispettive regole.

Ne emerge l'assoluta inesistenza di questo preteso diritto di proprietà sull'azienda, con la conseguenza che, in caso contrario, ci si troverebbe nella situazione in cui un soggetto ha usucapito l'azienda come tale, ma non ha usucapito alcuno dei beni del complesso aziendale ed è quindi soggetto per ciascuno di essi a rivendicazione da parte del legittimo proprietario. Una volta privato di ciascuno dei beni del complesso aziendale, rivendicati dai legittimi proprietari ancora tali, quel che rimane al soggetto è l'azienda, cioè "niente". Si può dunque affermare che l'azienda si risolve nel complesso dei beni e che la **titolarità, la proprietà dell'azienda, di cui parla il nostro legislatore negli artt. 2555 c.c. e seguenti, non è altro che la titolarità delle diverse situazioni giuridiche che spettano al titolare dell'azienda su ciascuno dei beni. Il titolare dell'azienda è dunque il titolare di una pluralità di situazioni giuridiche, ciascuna avente ad oggetto uno dei beni aziendali, e non è invece titolare di un diritto assoluto sul complesso che a queste situazioni giuridiche si affianca.**

Ciò posto, possiamo procedere oltre e passare al secondo problema che consiste nell'individuazione degli elementi che compongono l'azienda, cioè cosa si debba intendere per beni del complesso aziendale. Secondo una tesi, che può essere definita omnicomprensiva, all'azienda appartengono tutti i beni, materiali e immateriali, e tutti i rapporti giuridici inerenti all'attività d'impresa.

Questa teoria che, in buona sostanza, fa rientrare nel concetto di azienda anche i contratti, crediti e debiti della cui disciplina si occupano gli artt. 2558 c.c. e seguenti, è stata sostenuta dal Messineo e talvolta anche in giurisprudenza, si segnalano in proposito due sentenze della Cassazione n. 8219 del 1990 – già citata - e n. 360 del 1987.

Prevalente è invece l'orientamento più restrittivo, secondo cui non appartengono al concetto di azienda i rapporti obbligatori in generale, cioè i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa. Peraltro, all'interno di questo orientamento dobbiamo distinguere tra coloro che ritengono appartenere all'azienda tanto i beni quanto i cosiddetti servizi, cioè le prestazioni dei collaboratori, dall'orientamento ancor più restrittivo, che ritiene appartenere all'azienda esclusivamente i beni materiali e immateriali che compongono il complesso. Questo problema dell'estensione del concetto di azienda è di rilevanza teorica, ma ha ripercussioni pratiche, perché, ad esempio, chi muove dalle teorie omnicomprensive dovrà ritenere, per coerenza, che all'acquirente si trasferiscano tutti i rapporti giuridici inerenti all'esercizio dell'impresa e quindi ad esempio anche i debiti.

L'art. 2560 dispone che l'acquirente dell'azienda risponde in solido con l'alienante di determinati debiti. E' controverso se questa norma disponga esclusivamente la responsabilità dell'acquirente nei confronti dei debitori o se sancisca anche un trasferimento del debito nei rapporti interni.

Ritornando al problema iniziale, ci si chiede: quando si ha azienda? L'azienda richiede che i beni siano organizzati e che consentano l'esercizio di un'impresa. L'esistenza di un'azienda non esige però che il complesso sia in attività, può quindi qualificarsi come azienda anche un complesso temporaneamente inattivo o il complesso che non abbia mai iniziato l'attività, quel che è necessario è che il complesso sia idoneo a servire per l'esercizio di un'impresa. Il complesso perde la qualità di azienda soltanto quando perde quest'idoneità a servire per l'esercizio di un'impresa, quando viene disgregato in modo tale da non essere più utilizzabile a tal fine.

Si ritiene inoltre che possa essere considerato azienda anche il complesso mancante di alcuni beni. Sotto questo profilo, sia in dottrina che in giurisprudenza, si è detto che è possibile parlare di azienda anche se la formazione del complesso non è ancora completata purché il programma formativo risulti già delineato (tesi del Martorano). Non si avrebbe invece azienda se le scelte ancora da compiere fossero tali da poter incidere sulla struttura organizzativa aziendale.

Elemento fondamentale per la qualificazione di azienda è che il complesso costituisca uno strumento che consente di esercitare un'attività d'impresa delineata nel suo ambito di operatività. Questo punto è rilevante per la qualificazione dei negozi traslativi di un complesso di beni, in quanto la possibilità di qualificare l'oggetto del contratto come azienda renderebbe applicabile la disciplina degli artt. 2556 c.c. e seguenti, l'impossibilità invece di riscontrare nel caso concreto un'azienda renderebbe questa disciplina inapplicabile.

Il concetto di azienda viene ritenuto applicabile tanto alle imprese commerciali, quanto alle imprese agricole ed alle piccole imprese.

La giurisprudenza ha ritenuto non qualificabile come azienda il complesso dei beni organizzati dal professionista per l'esercizio della propria professione intellettuale, si segnala in merito la sentenza della Cassazione n. 899 del 1979.

Un ultimo punto riguardo al concetto di azienda inerisce al concetto di avviamento, che da taluni viene definito quale attitudine dell'azienda a creare nuova ricchezza, da altri come attitudine a produrre un reddito. Secondo la Cassazione (sentenza n. 8470 del 1995) l'avviamento è quell'attitudine che consente al complesso di conseguire risultati economici diversi e maggiori rispetto a quelli ottenibili attraverso l'utilizzazione isolata dei singoli elementi che lo compongono. Secondo l'opinione assolutamente dominante, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, l'avviamento non è un bene, ma una qualità dell'azienda. In tal senso Martorano e Galgano tra i tanti in dottrina e due sentenze della Cassazione n. 12575 del 1995 e n. 3775 del 1994.

Alcuni si sono domandati se la semplice redazione di un business-plan possa essere già considerata attività sufficiente ad individuare un'azienda. Certo è che l'azienda richiede l'esistenza di un complesso di beni che consentano l'esercizio di un'attività in un determinato ambito concreto di clientela, fornitori ecc. Si deve avere un complesso di beni che siano sufficienti a raggiungere tal scopo, alcuni beni possono anche

mancare purché ci sia un minimo tale da far pensare che l'apporto dei beni mancanti costituisce integrazione del complesso e non creazione ex novo del medesimo. Sicuramente, in fase di formazione la questione è più complessa e né in dottrina né in giurisprudenza sono emersi elementi che consentano di dare a tale quesito una risposta esaustiva.

Per quanto riguarda i contratti di trasferimento di azienda e dei contratti di concessione in godimento dell'azienda è opportuno compiere innanzitutto una premessa, per chi ritiene che l'azienda costituisca un bene unitario, trasferire la stessa vorrà dire trasferire il diritto su di essa e i diritti sui singoli beni aziendali; per chi, come a me sembra preferibile, ritiene che l'azienda non costituisca un bene unitario, trasferimento della stessa significa trasferimento delle posizioni giuridiche che l'alienante vanta sui singoli beni aziendali. Per inciso, è evidente che non necessariamente il titolare dell'azienda deve essere proprietario di tutti i beni che compongono l'azienda, può essere proprietario di alcuni beni e vantare su altri un diritto di godimento in forza di un contratto di locazione o ancora può avere un diritto reale di usufrutto. Se si considera la tesi secondo cui all'azienda appartengono oltre ai beni anche i servizi, cioè le prestazioni collaborative, è chiaro che il titolare dell'azienda non avrà alcun diritto di proprietà, né diritto personale o reale di godimento su di essi, ma avrà un diritto di credito al ricevimento della prestazione collaborativa.

Trasferimento dell'azienda significa trasferimento di queste posizioni giuridiche e quindi trasferimento dei beni, nella situazione giuridica in cui ciascuno di essi si trova, in capo all'alienante. Il punto delicato riguarda la qualificazione dei negozi di trasferimento di azienda e dei contratti di concessione in godimento di azienda perché vi sono due orientamenti dottrinali ed un ambiguo orientamento giurisprudenziale. La dottrina prevalentemente ritiene, che ai fini della qualificazione di un contratto come contratto di trasferimento di azienda, con conseguente operatività della disciplina degli artt. 2556 c.c. e seguenti, occorre fare riferimento ad un criterio assolutamente oggettivo, cioè occorre avere riguardo all'oggettiva consistenza dei beni. Se i beni costituiscono oggettivamente un'azienda siamo in presenza di un contratto traslativo della stessa, se i beni non costituiscono un'azienda siamo al di fuori di questa figura contrattuale.

Altri autori, ma si tratta di un'opinione minoritaria, peraltro condivisibile, fanno invece riferimento ad un criterio soggettivo nel senso che accentuano, al fine della qualificazione, il profilo della considerazione fatta dai contraenti in relazione ai beni trasferiti come complesso funzionale in vista della prosecuzione dell'attività da parte dell'acquirente.

La giurisprudenza adotta, soprattutto con riguardo al problema della distinzione tra il contratto di affitto d'azienda e il contratto di locazione d'immobile con pertinenze, un criterio molto ambiguo, affermando che la qualificazione del contratto deve avere riguardo da un lato alla comune intenzione delle parti, dall'altro all'effettiva

consistenza dei beni oggetto del contratto. La dottrina dominante, che afferma la rilevanza del criterio della consistenza oggettiva dei beni, critica l'opinione minoritaria sostenendo che, se si avesse riguardo all'intenzione delle parti, si arriverebbe a subordinare alla volontà delle stesse l'applicazione di norme quali l'articolo 2112 c.c. e 2560 c.c. che sono posti a tutela dei terzi. Peraltro, anche la dottrina prevalente dà in parte rilievo all'intenzione delle parti nel senso che, qualora esse avessero fatto oggetto del loro contratto un complesso di beni obiettivamente costituenti un'azienda, ma non considerato tale dalle stesse, sarebbero applicabili le norme poste a tutela dei terzi, mentre non verrebbero applicate le norme poste a tutela esclusivamente dei contraenti quale ad esempio l'art. 2557 c.c. che riguarda il divieto di concorrenza a carico dell'alienante.

L'intera disciplina del trasferimento d'azienda (il divieto di concorrenza, la sorte dei contratti dell'impresa ecc.) lascia emergere una valutazione legislativa di questa figura contrattuale come fattispecie posta in essere per l'immissione dell'acquirente nell'ambito di attività a cui è strumentale l'azienda trasferita. Se si esclude la qualificabilità quale fattispecie traslativa dell'azienda di un negozio che trasferisce un complesso obiettivamente costituente un'azienda, ma che è stato voluto dalle parti per scopi diversi da questo (immissione dell'acquirente nell'ambito di attività a cui è strumentale l'azienda trasferita) si finirebbe con il mettere nelle mani delle parti l'applicazione di norme poste a tutela dei terzi. Se, ad esempio, l'azienda costituisce l'elemento più rilevante del patrimonio dell'alienante, è giusto non far perdere al creditore la garanzia che sul complesso aziendale, prima del trasferimento, egli poteva vantare per il soddisfacimento del suo credito.

A questa tesi, a me sembra si possa replicare nel modo seguente: normalmente a fronte della dismissione del complesso aziendale l'alienante riceve una somma di denaro di corrispondente valore, inoltre il creditore trae dal trasferimento dell'azienda un grosso vantaggio, in quanto si ritrova ad avere due debitori e una garanzia generica moltiplicata. Non pare dunque che la norma sia posta a tutela del creditore, inoltre sembra strano che il nostro legislatore si sia preoccupato di tutelare il creditore in caso di dismissione del complesso aziendale e non in caso di disgregazione del complesso e alienazione delle varie parti del complesso a diversi acquirenti.

E' invece probabile che la norma abbia un'altra ragion d'essere, perché il trasferimento dell'azienda è seguito normalmente dall'esercizio della stessa da parte dell'acquirente. Considerando l'art. 2560 c.c. in connessione con gli artt. 2557, 2558 e 2559 c.c. è chiaro che il legislatore ha voluto che l'acquirente proseguisse l'attività dell'alienante e quindi che il contratto di trasferimento d'azienda sia quel contratto stipulato dalle parti per immettere l'acquirente nell'ambito dell'attività a cui si riferisce l'azienda. Secondo quest'opinione non potrebbe essere considerato contratto di trasferimento d'azienda, ad esempio, quello a cui accedesse un patto in virtù del quale l'acquirente si impegna a non esercitare l'azienda. Secondo l'opinione dottrinale dominante invece, avendo ad oggetto un complesso obiettivamente costituente azienda, il contratto a cui

accedesse tale clausola sarebbe qualificabile come contratto di trasferimento di azienda. Con questa considerazione si può anche risolvere un altro problema che è emerso in giurisprudenza: possono essere esclusi dal trasferimento alcuni beni appartenenti al complesso? Il problema non è se sia valida o invalida una clausola che escluda dal trasferimento determinati beni, il problema è se questa operazione traslativa di un complesso a cui mancano dei beni sia qualificabile come trasferimento dell'azienda. Come già detto, si ritiene che sia qualificabile come trasferimento di azienda quel trasferimento del complesso a cui siano stati sottratti determinati beni, purché si tratti di beni non indispensabili all'esercizio dell'azienda e l'essenzialità venga valutata con riferimento a ciò che rimane, che deve essere un complesso che consente all'acquirente, sia pure con qualche integrazione, di essere immesso nell'ambito di attività a cui l'azienda si riferisce e di proseguire l'attività di impresa eventualmente iniziata dall'alienante. In quest'ottica, è stato ritenuto giustamente non costituire trasferimento d'azienda l'acquisto in blocco dei beni mobili e delle merci di un negozio situato in un caseggiato destinato ad essere demolito e utilizzabili per aprire un altro negozio a molta distanza da quello precedente. Perché il trasferimento di questo complesso non può essere qualificato come trasferimento d'azienda? Perché nella fattispecie, essendo il caseggiato da demolire ed essendo i beni utilizzabili solo in un locale posto a molta distanza, l'acquirente non può essere immesso nell'ambito di attività a cui si riferiva l'azienda prima del trasferimento di questo complesso, intendendo appunto come ambito di attività non il settore merceologico, ma il settore di mercato concreto individuato dalla clientela, dai fornitori, ecc. È questa la tesi del Casanova il quale ritiene che l'essenzialità del caseggiato non trasferito va valutata non tanto in sé, nel fatto che il valore del caseggiato rispetto agli altri beni è superiore, ma va valutata considerando che il non trasferimento del caseggiato impedisce all'acquirente di immettersi nell'ambito di attività a cui l'azienda si riferiva. Probabilmente se ci trovassimo in presenza di un trasferimento dei beni mobili e delle merci di un negozio che l'acquirente può aprire in un caseggiato di fianco, saremmo in presenza di un trasferimento di azienda, pur se al complesso aziendale venisse sottratto il locale in cui l'azienda precedentemente veniva esercitata, perché vi sarebbe sì un'integrazione del complesso, ma permanerebbe la possibilità per l'acquirente di essere immesso nell'ambito di attività a cui l'azienda stessa si riferiva e a cui si può tuttora riferire. Ci si potrebbe domandare se sarebbe possibile nel caso di azienda considerata come bene immateriale.

Il principale argomento addotto per contestare la tesi del Ferrara, dell'azienda come bene immateriale è che l'azienda quale organizzazione non ha vita autonoma rispetto ai singoli beni che compongono il complesso aziendale, non può costituire oggetto di diritti distintamente, separatamente da essi, pertanto il trasferimento dell'azienda non è semplicemente trasferimento dell'idea organizzativa, ma è trasferimento di essa e dei singoli beni.

Per ciò che concerne la forma del negozio traslativo dell'azienda, dall'art. 2556 c.c. si desume che i negozi aventi ad oggetto l'azienda sono a forma libera, salvo

che una determinata forma sia richiesta da una particolare natura dei beni trasferiti o dal tipo di contratto, ad esempio qualora l'azienda fosse oggetto di donazione ovviamente occorrerebbe rispettare le forme richieste per questo tipo contrattuale, parimenti se all'azienda appartenesse un bene immobile di proprietà dell'alienante, per il trasferimento dell'azienda, concretizzandosi questo anche nel trasferimento della proprietà sull'immobile, occorrerebbe rispettare la forma scritta. Può sorgere il dubbio tuttavia, se il requisito della forma scritta debba essere rispettato esclusivamente per quella parte di negozio relativo all'immobile oppure se l'intero negozio debba essere stipulato per iscritto e si pone l'ulteriore problema delle conseguenze dell'eventuale mancato rispetto della forma. In relazione al primo problema si può rispondere nel senso dell'improduttività da parte del negozio dell'effetto traslativo sul bene per il cui trasferimento era richiesta la forma che non è stata rispettata. Per ciò che attiene invece al problema delle conseguenze, il fatto che la restante parte del contratto rimanga valida o meno va risolto sulla base dei principi stabiliti in caso di nullità parziale del contratto.

L'art. 2556 c.c. richiede la forma scritta ad probationem per i contratti che hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento di un'azienda relativa ad impresa soggetta a registrazione. Si è ritenuto che, anche dopo l'entrata in vigore della disciplina sul registro delle imprese, soggette a registrazione siano esclusivamente le imprese che dovevano essere registrate secondo il disegno originario del codice, quindi la forma scritta ad probationem deve essere rispettata soltanto per il trasferimento di aziende relative ad imprese commerciali medio grandi. Il requisito di forma riguarda soltanto le parti e non i terzi, in questo senso ad esempio Cassazione n. 2518 del 1984.

Prima dell'attuazione del registro, ci si chiedeva cosa si dovesse intendere per impresa soggetta a registrazione, oggi abbiamo la risposta. Innanzitutto vanno iscritti nel registro delle imprese i trasferimenti di qualsiasi azienda essendo oggi imprese soggette a registrazione anche le imprese agricole e le piccole imprese. Va iscritto il trasferimento d'azienda inoltre anche se soltanto uno dei due contraenti è soggetto ad iscrizione nel registro delle imprese, così ad esempio, se viene trasferita un'azienda da un imprenditore ad un soggetto che imprenditore non è, il trasferimento va comunque iscritto nel registro delle imprese.

L'art. 11 comma X del regolamento n. 581 del 1995 disciplinante il registro delle imprese prevede che l'iscrizione avvenga nel registro dell'alienante, l'iscrizione sarà effettuata nel registro in cui è iscritto l'acquirente invece soltanto nel caso in cui solo quest'ultimo sia titolare di impresa soggetta a registrazione. Con l'indicazione peraltro nell'uno e nell'altro caso dei dati identificativi dell'altra parte. Non si dovrà invece procedere ad iscrizione del trasferimento d'azienda nel registro delle imprese qualora nessuno dei due contraenti sia titolare di impresa soggetta a registrazione, in questo senso la dottrina dominante salva l'opinione sostenuta da Lacenni. Problemi si pongono in relazione all'efficacia di questa iscrizione e all'opponibilità del

trasferimento. Nell'ipotesi che tanto l'alienante quanto l'acquirente siano iscritti nella sezione ordinaria del registro, l'iscrizione avviene nel registro dell'alienante, ma entrambi i soggetti, quindi anche l'acquirente, possono avvalersi degli effetti previsti dall'art. 2193, cioè potranno opporre al terzo il trasferimento una volta iscritto.

Se l'alienante è iscritto nella sezione ordinaria e l'acquirente è iscritto nella sezione speciale, sarà soltanto l'alienante a potersi giovare dell'iscrizione per opporre il trasferimento ai terzi, perché l'acquirente non appartiene a quella categoria di soggetti che possono avvalersi della efficacia dichiarativa dell'iscrizione. Il problema più delicato sorge quando l'alienante è iscritto nella sezione speciale e l'acquirente nella sezione ordinaria poiché ex art. 11 comma X del regolamento citato l'iscrizione avviene nella sezione speciale in cui è iscritto l'alienante. In questo caso potrà l'acquirente giovare dell'iscrizione avvenuta nella sezione speciale per opporre il trasferimento al terzo? A tale quesito la dottrina risponde correggendo la dizione dell'art. 11 comma X, nel senso che, considerata l'impossibilità di giovare di un'iscrizione avvenuta nella sezione speciale, e d'altra parte riconosciuto il diritto dell'acquirente di giovare dell'efficacia dichiarativa delle iscrizioni dei fatti che lo riguardano, si afferma che in questo caso all'unica domanda di iscrizione del trasferimento dovrebbero seguire due iscrizioni: una nella sezione speciale in cui è iscritto l'alienante e una nella sezione ordinaria in cui è iscritto l'acquirente. Nel caso in cui entrambi i soggetti siano iscritti nelle sezioni speciali, nessuno dei due potrà avvalersi degli effetti dell'art. 2193, cioè nessuno potrà opporre al terzo il trasferimento una volta iscritto, salvo il fatto che, dal maggio dello scorso anno, anche l'iscrizione nella sezione speciale dedicata all'imprenditore agricolo produce gli effetti di pubblicità dichiarativa previsti dall'art. 2193, quindi la sezione speciale dell'imprenditore agricolo si trova ad avere un ruolo, dal punto di vista degli effetti, uguale a quello dell'iscrizione nella sezione ordinaria.

Il divieto di concorrenza

La disciplina del codice, oltre che ai requisiti di forma ed al problema dell'iscrizione nel registro delle imprese, si occupa di alcuni effetti specifici del negozio di trasferimento dell'azienda, effetti naturali del contratto che possiamo raggruppare in due gruppi: uno riguarda il divieto di concorrenza a carico dell'alienante sancito dall'art. 2557 c.c., l'altro riguarda il trasferimento del cosiddetto patrimonio aziendale all'acquirente.

Per quanto riguarda il primo effetto, la ratio di questo divieto viene normalmente rinvenuta nella pericolosità della concorrenza che può essere esercitata dall'alienante rispetto alla concorrenza genericamente esercitabile da un qualsiasi terzo, in quanto l'alienante conosce l'azienda che ha trasferito, la sua struttura organizzativa, le modalità di funzionamento dell'esercizio dell'attività, la clientela e può avere capacità di attrazione della stessa.

Su questo punto la norma è ritenuta derogabile dalle parti senza alcun limite. Quest'opinione non sembra però del tutto condivisibile nel senso che, ammessa in linea di principio la derogabilità del divieto di concorrenza in capo all'alienante, trattandosi di tutelare l'interesse dell'acquirente, se la deroga si spingesse fino al punto di consentire all'alienante di iniziare un'attività di impresa immediatamente dopo aver trasferito l'azienda (che dunque verrebbe vista dai terzi come la prosecuzione dell'attività precedentemente esercitata, mentre l'attività dell'acquirente verrebbe ritenuta nuova attività) impedirebbe all'acquirente di immettersi nell'ambito di attività dell'azienda trasferita. La presenza nel contratto di una clausola di deroga di questo tenore e di quest'ampiezza porterebbe ad escludere la qualificazione del negozio come trasferimento d'azienda.

Una clausola di questo tenore potrebbe venire in rilievo quando insieme all'azienda non fosse trasferita la ditta.

Diverso sarebbe se si consentisse all'alienante una qualche attività capace di sviare la clientela, ma non tanto da pregiudicare l'immissione dell'acquirente nell'ambito di attività a cui si riferiva l'azienda. Sul punto del divieto di concorrenza va rilevato che, è opinione diffusa che, esso non si applichi alle attività dell'alienante preesistenti al trasferimento, né si applichi ad atti concorrenziali isolati e occasionali. Il problema del divieto è stato esaminato soprattutto con riferimento ad una serie di ipotesi in qualche modo vicine a quelle del trasferimento d'azienda e in relazione alle quali ci si è chiesti se operi o meno il divieto. Si è affermato ad esempio che la violazione del divieto si può avere tanto con l'inizio di una nuova impresa individuale da parte dell'alienante, quanto con l'assunzione della qualità di socio in una società concorrente, o l'assunzione della gestione dell'impresa altrui concorrente o ancora con l'inizio dell'attività di impresa per mezzo di un prestanome. Naturalmente non solo società di persone ma anche di capitali; se infatti si potrebbe obiettare in questa ipotesi che colui che esercita l'attività in concorrenza è diverso dall'alienante, è però emersa nella nostra dottrina una linea interpretativa che tende a non ancorarsi esclusivamente al dato formale dell'esistenza della società, persona giuridica, ma a guardare alla sostanza del fenomeno, quindi se ad esempio l'alienante costituisse una società di capitali con un collega, il quale sottoscrive una quota pari a 0,01% del capitale, si potrebbe superare la personalità giuridica della società e scatterebbero a carico dell'alienante le sanzioni previste dall'art. 2557 c.c.. Ci si è chiesti se l'art. 2557 c.c. abbia carattere di norma eccezionale o meno limitando la libertà di iniziativa economica dell'alienante. Nella giurisprudenza più recente prevale la tesi che nega il carattere di norma eccezionale a quest'articolo e ritiene dunque che tale norma sia applicabile in caso di cessione di quota sociale, come nell'esempio sopra fatto non è però sufficiente una qualunque cessione di quota di partecipazione perché scatti il divieto di concorrenza, occorre che si tratti di cessione di quote che realizza nella sostanza un passaggio di azienda. In questo senso due sentenze della Cassazione n. 9682 del 2000 e n. 1643 del 1998. Quest'orientamento non è tuttavia incontrastato, si segnala una sentenza della Cassazione n. 2669 del 1980 di tenore contrario.

La dottrina (Colombo) ritiene che la stessa conclusione sia valida quando viene ceduto il pacchetto azionario di controllo qualora questa cessione rappresenti nella sostanza trasmissione dell'azienda. Il nostro legislatore si occupa degli effetti del contratto di trasferimento di azienda sotto un secondo profilo riguardante la sorte del cosiddetto patrimonio aziendale, termine questo che fa riferimento al complesso dei rapporti giuridici inerenti all'esercizio dell'impresa. Tralasciando l'art. 2112 c.c. che riguarda la sorte dei rapporti di lavoro, gli artt. 2558, 2559 e 2560 c.c. distinguono tra contratti, crediti e debiti.

L'art. 2558 c.c. disciplina la sorte dei contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite da alcuna delle due parti, mentre gli artt. 2559 e 2560 c.c. disciplinano rispettivamente la sorte dei crediti e debiti puri, cioè quei crediti e debiti che sono di fonte extracontrattuale o che sono di fonte contrattuale, ma nascono da contratto con prestazione a carico di uno solo dei contraenti o da contratto originariamente a prestazioni corrispettive in relazione al quale uno dei due contraenti abbia già interamente eseguito la propria prestazione al momento del trasferimento dell'azienda.

L'art. 2558 c.c. prevede il trasferimento automatico di tali rapporti contrattuali all'acquirente, il trasferimento cioè non è subordinato né alla conoscenza o conoscibilità da parte dell'acquirente di tali contratti, né al consenso del terzo, in deroga a quanto previsto dall'art. 1406 del codice civile. Si tratta di una successione ex lege nei rapporti contrattuali, prevista appunto quale effetto naturale del trasferimento dell'azienda. Essendo il trasferimento di azienda negozio tipicamente finalizzato a consentire all'acquirente l'immissione nell'ambito di attività cui si riferisce l'azienda, il legislatore vuole che l'acquirente venga immesso in questo ambito di attività e quindi anche nel fascio dei rapporti giuridici eventualmente nati dall'esercizio di questa attività da parte dell'alienante.

Il trasferimento ha luogo per tutti i contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite da alcuna delle due parti, salvo quelli a carattere personale e purché non vi sia pattuizione diversa nel contratto di trasferimento dell'azienda. Le parti cioè possono escludere dal trasferimento taluni contratti senza che questo ponga problemi né di validità di questa clausola né di qualificazione del contratto, a meno che l'esclusione dal trasferimento non riguardi contratti essenziali in seno all'azienda trasferita. Non sarebbe possibile cioè per le parti inserire nel regolamento contrattuale una clausola di esclusione di un contratto avente ad oggetto beni aziendali, in caso contrario si sarebbe in presenza di un negozio non qualificabile come trasferimento d'azienda. E' questa ad esempio l'ipotesi in cui il titolare dell'azienda alienante non sia proprietario di un bene aziendale, ma abbia su di esso un diritto personale di godimento in forza di un contratto di locazione del cui trasferimento all'acquirente appunto si discute. Qualora nel contratto fosse escluso il trasferimento di questo rapporto che attribuiva all'alienante il diritto di godere del bene e qualora questo bene sia essenziale, la clausola di esclusione dal trasferimento di tale contratto porterebbe

a rendere non qualificabile il negozio traslativo come negozio di trasferimento d'azienda. Opinione questa unanime in dottrina (Galvano e Martorano).

Il trasferimento è escluso anche per quei contratti che hanno carattere personale, ossia quei contratti stipulati dal terzo contraente con particolare riferimento alla persona dell'imprenditore alienante. Questa definizione è sostenuta dalla dottrina dominante, ma non è incontrovertibile, nel senso che secondo l'opinione autorevole sostenuta dal Galvano, sarebbero a carattere personale quei contratti cosiddetti personalissimi, cioè che dipenderebbero da scelte personali dell'imprenditore. Si rovescia dunque la prospettiva, non più quei contratti che il terzo ha stipulato in considerazione della persona dell'imprenditore, ma contratti che l'imprenditore ha stipulato in considerazione di scelte personali. Galvano fa i classici esempi del contratto con lo psicologo di fabbrica o con un particolare consulente per problemi tributari e così via. Si tratta di una tesi non ampiamente condivisa ma che tuttavia, ha trovato accoglimento in una sentenza della Corte di Cassazione del 2001 la n. 5495 (pur in una anomala prospettiva). Per quanto riguarda la tesi dominante, che ritiene a carattere personale i contratti stipulati dal terzo con particolare riferimento alla persona dell'imprenditore, si ritiene che siano tali sia i contratti a prestazione oggettivamente infungibile, quelli cioè in cui l'imprenditore abbia promesso una prestazione ad esempio artistica, intellettuale, non quindi riproducibile da altri soggetti, sia quelli a prestazione soggettivamente infungibile, cioè quelli in cui la prestazione promessa dall'imprenditore sia stata considerata dalle parti nell'economia contrattuale infungibile, ne sono esempio i contratti in cui è inserita una clausola di incedibilità. È discusso se esistano dei contratti a prestazione tipicamente infungibile, cioè in quanto appartenenti ad un dato tipo contrattuale, con riferimento al mandato, all'agenzia, all'associazione in partecipazione. Si dice ad esempio che il contratto di associazione in partecipazione è un contratto a carattere personale e che quindi non si trasferisce in quanto sarebbe a prestazione tipicamente infungibile. Su questo punto la tesi più autorevole sostenuta da chi con più attenzione si è occupato del problema (Vanzetti e Colombo) è nel senso che non esistono contratti a prestazione tipicamente a carattere personale cioè in quanto appartenenti al tipo, e che infungibilità e carattere personale possono essere valutati solo in concreto nel caso in cui la prestazione sia oggettivamente in concreto infungibile oppure sia stata considerata infungibile dalle parti nell'economia del contratto e quindi sia soggettivamente infungibile.

Sul punto del trasferimento dei contratti c'è da dire ancora che il terzo contraente è tutelato dalla facoltà di recedere entro tre mesi per giusta causa.

Il recesso, secondo l'opinione dominante, determina risoluzione del rapporto contrattuale con effetto ex nunc. Minoritaria è la tesi (Martorano) secondo cui il recesso determinerebbe un ritrasferimento del rapporto contrattuale in capo all'alienante, così come poco sostenuta è la tesi secondo cui il recesso determinerebbe sì lo scioglimento del contratto, ma con effetto ex tunc, cioè dal momento del trasferimento dell'azienda.

Dottrina e giurisprudenza si sono sbizzarrite nel dare la definizione di giusta causa, ma tutte le definizioni seguono un unico filo conduttore: la giusta causa consiste nel fatto che il trasferimento dell'azienda ha determinato un mutamento nella situazione oggettiva tale che, se esistente e conosciuto al momento della conclusione del contratto, avrebbe indotto il terzo a non stipularlo o a stipularlo a condizioni diverse. Questa formula è contenuta nella sentenza della Cassazione n. 5495 del 2001 che contiene una serie di principi accettabili astrattamente, ma non concretamente.

Alcuni autori, scendendo più nel concreto, hanno affermato che la giusta causa può consistere:

- in carenze nelle qualità personali dell'acquirente che possono avere sia carattere oggettivo, ad esempio una comprovata incapacità dell'acquirente di svolgere quell'attività di impresa, sia carattere personale contingente, ad esempio potrebbe recedere per giusta causa il terzo avente una lite pendente per altre ragioni con l'acquirente;
- nella scarsa consistenza del patrimonio extra aziendale dell'acquirente.

Secondo l'art. 2558 c.c., in caso di recesso, è fatta salva la responsabilità dell'alienante. L'opinione dottrinale dominante ritiene che si tratti di responsabilità che presuppone la colpa nella scelta dell'acquirente. Gli articoli 2559 e 2560 c.c. riguardano i crediti ed i debiti e si applicano tanto ai crediti e debiti di fonte extracontrattuale tanto a quelli che derivano da contratti con prestazioni a carico di una sola delle parti o da contratti originariamente a prestazioni corrispettive qualora una delle due parti abbia già interamente eseguito la propria prestazione al momento del trasferimento dell'azienda.

L'art. 2559 c.c. che riguarda i crediti pone un problema: si ha trasferimento automatico dei crediti come per i contratti o per il trasferimento dei crediti occorre un'esplicita pattuizione tra alienante e acquirente? Mentre l'art. 2558 c.c. è molto esplicito nell'affermare il trasferimento del rapporto contrattuale all'acquirente, la norma dell'art. 2559 c.c. è muta su questo punto, ragion per cui la dottrina si è divisa. In proposito, la giurisprudenza tende ad affermare la successione ipso iure, automatica dell'acquirente nei crediti, in questo senso si segnalano due sentenze della Cassazione n. 577 del 1999 e n. 4873 del 1995.

L'art. 2559 c.c. detta una disciplina che riguarda l'opponibilità della cessione nei confronti dei terzi. Il punto più rilevante riguarda il fatto che la norma sancisce l'efficacia del trasferimento dell'azienda con l'iscrizione di esso nel registro delle imprese, ma fa salvo il fatto che se il debitore paga in buona fede all'alienante è comunque liberato. La norma costituisce una deroga rispetto ai principi dell'art. 2193 c.c. cioè della pubblicità dichiarativa, deroga che si spiega per il fatto che l'art. 1264 c.c., in materia di cessione di crediti in generale, richiede per la non liberatorietà del

pagamento effettuato dal debitore al cedente la conoscenza da parte di costui dell'avvenuto trasferimento.

L'art. 1264 c.c. prevede che il trasferimento abbia effetto nei confronti del debitore con la notificazione o l'accettazione da parte sua e che il debitore che paga prima non è liberato, se si prova che era comunque a conoscenza del trasferimento. Tale norma subordina dunque la non liberazione del debitore alla reale conoscenza da parte di costui della cessione del credito. L'iscrizione nel registro delle imprese non determina conoscenza, ma mera conoscibilità del trasferimento da parte del debitore, ecco perché il legislatore dettando l'art. 2559 c.c. non si è accontentato della conoscibilità assicurata dall'iscrizione nel registro delle imprese ed ha tutelato il debitore che in buona fede nonostante la conoscibilità paghi all'alienante dell'azienda. Questa è la ragione della deroga rispetto ai principi della pubblicità dichiarativa. Si discute, peraltro, se la buona fede debba essere provata dal debitore che paga l'alienante dell'azienda o se sia l'acquirente che pretende il pagamento che è tenuto a provare la mala fede del debitore stesso. Su questo punto la dottrina è divisa: Colombo ad esempio ritiene che in conformità alla disciplina generale dell'art. 1264 c.c. sia il cessionario, acquirente dell'azienda, che deve provare la mala fede del debitore. Altri invece (Ibba), per non distaccarsi troppo dalla disciplina degli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese, ritiene che sia il debitore che deve provare la sua buona fede. Il punto è se la disciplina dell'art. 2559 c.c., che sicuramente costituisce deroga agli effetti della pubblicità dichiarativa, vada ricondotta integralmente nell'alveo dell'art. 1264 c.c. oppure se si discosti dal 2193 c.c., ma non al punto da potersi ricondurre nell'art. 1264 c.c..

L'art. 2560 c.c. si occupa dei debiti prevedendo che l'acquirente risponda in solido con l'alienante dei soli debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, a tutela del creditore che si vedrebbe altrimenti diminuita, sottratta la garanzia generica, originariamente gravante sul patrimonio aziendale. Una tesi minoritaria sostenuta da Casanova, che condividiamo, ritiene che la norma abbia tutt'altra spiegazione e cioè si inquadri nel più generale principio per cui l'acquirente viene immesso nell'ambito di attività dell'impresa e quindi viene anche immesso nella rete di rapporti giuridici relativi all'esercizio di quest'impresa. Anche accogliendo la tesi prevalente, l'acquirente risponderebbe pure con i beni che non fanno parte dell'azienda? Sì, questo è uno degli argomenti che possono essere portati a confutazione della tesi prevalente, perché, se si deve garantire al creditore la garanzia generica sui beni aziendali, non si vede perché estenderla a tutti i beni dell'acquirente. Quest'estensione si spiega invece se si intende tutta la disciplina nell'ottica dell'inserimento dell'acquirente nella rete dei rapporti giuridici inerenti all'attività esercitata. Perché l'alienante rimane comunque responsabile? Perché, se si liberasse automaticamente l'alienante, si priverebbe il creditore dell'originario debitore ed è principio generale del nostro ordinamento che la sostituzione del debitore non possa avvenire se non con il consenso del creditore.

Due sono le questioni salienti relative alla disciplina dell'art. 2560 c.c.:

l'acquirente risponde esclusivamente dei debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie oppure risponde anche dei debiti comunque conosciuti o conoscibili? L'orientamento prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza ritiene che l'iscrizione del debito nei libri contabili obbligatori sia elemento costitutivo della responsabilità dell'acquirente; in questo senso si segnalano due sentenze della Cassazione n. 8363 del 2000 e n. 1429 del 1999. L'art. 2560 c.c. esplicitamente prende in considerazione solo la responsabilità dell'acquirente nei confronti dell'alienante e dei terzi, nei rapporti interni cosa accade? È l'alienante costretto a pagare che ha diritto di regresso nei confronti dell'acquirente o viceversa? Si ha trasferimento nei rapporti interni dei debiti dall'alienante all'acquirente? La dottrina prevalente dà una risposta negativa, perché la norma è posta esclusivamente a tutela dei terzi e quindi non tocca questo problema. La dottrina minoritaria (Casanova), che invece inquadra questa norma in una prospettiva più ampia, cioè nel quadro di un principio generale di inserimento dell'acquirente nella rete dei rapporti giuridici inerenti all'esercizio dell'impresa, afferma invece che si ha vero e proprio trasferimento dei debiti anche nei rapporti interni.

La norma dell'art. 2560 c.c. è ritenuta inderogabile dalle parti, esse cioè non potrebbero escludere la responsabilità dell'acquirente nei confronti dei terzi, ma possono liberamente regolare la sorte dei debiti nei loro rapporti interni. Per chi dice che non si ha trasferimento nei rapporti interni è pacifico che le parti possano stabilire che nei rapporti interni invece si abbia trasferimento; per chi, come il Casanova, ritiene invece che si abbia automatico trasferimento nei rapporti interni è pacifico che le parti possano pattuire invece che nei rapporti interni i debiti rimangano in capo all'alienante.

Fondazione

Tradizionalmente si distingue, entro il medesimo genere delle persone giuridiche, fra l'associazione come universitas personarum e la fondazione, invece, come universitas bonorum: una pluralità di persone, l'una, unite per il perseguimento di uno scopo comune; un complesso di beni, l'altra, destinato al perseguimento di uno scopo. Associazione e fondazione sono, entrambe, espressione di autonomia privata: l'una e l'altra traggono vita da un atto di volontà, dal contratto di associazione l'una, dall'atto di fondazione l'altra; l'attività volta a realizzare lo scopo è attività esecutiva dei rispettivi atti costitutivi. Ciò che accomuna fra loro associazione e fondazione può essere descritto con il concetto di atto di organizzazione, ossia di atto l'esecuzione del quale implica la costituzione di una struttura organizzativa. Sono queste peculiari modalità di esecuzione dell'atto il presupposto in considerazione del quale molteplici norme (quelle, in particolare, degli artt. 14, 16 – 19, 27, 30 – 35 c.c.) hanno potuto trovare indifferenziata formulazione per le associazioni e per le fondazioni. Le differenze che intercorrono fra l'una e l'altra figura sono di duplice ordine: esse attengono, in primo luogo, alla diversa natura dei rispettivi atti costitutivi; attengono,

in secondo luogo, ai diversi modi di esecuzione di questi atti. La fondazione può, a differenza dell'associazione, essere costituita da una sola persona; ma le differenze fra le due figure permangono anche nell'ipotesi in cui la fondazione sia stata costituita da più persone, da una moltitudine di persone. L'atto costitutivo dell'associazione è sempre un contratto; l'atto di fondazione ha sempre, per contro, natura di atto unilaterale: unico atto unilaterale, quando il fondatore sia una sola persona; pluralità di atti unilaterali, quando si tratti di fondazione costituita da più persone. Le ulteriori, più significative, differenze si manifestano nei modi di esecuzione: il fondatore non partecipa, in quanto tale, all'esecuzione dell'atto di fondazione; egli si spoglia, in modo definitivo, della disponibilità dei beni che destina allo scopo, e non concorre, come, invece concorrono le parti del contratto di associazione, nella loro amministrazione. Potranno essere diverse, nelle varie manifestazioni del fenomeno associativo e in rapporto alle varie categorie di associati, le modalità di partecipazione di questi all'attività dell'associazione: questa partecipazione potrà ridursi all'espressione di un voto nelle deliberazioni a maggioranza del gruppo e potrà, nel caso estremo, essere limitata alle sole deliberazioni che attengono alle modificazioni del contratto, alla sostituzione degli amministratori ed all'azione di responsabilità nei loro confronti; ma permarrà, in ogni caso, il potere dell'associato, se non di concorrere direttamente nella gestione, di influire indirettamente sul suo svolgimento. L'esecuzione dell'atto di fondazione è, invece, affidata a persone diverse dal fondatore: queste diverse persone, gli amministratori della fondazione, sono coloro che compongono l'elemento personale della fondazione; a costoro si allude allorché si avverte che anche la fondazione è, al pari dell'associazione, una organizzazione di uomini. La posizione degli amministratori della fondazione è profondamente diversa tanto dalla posizione degli associati, quanto da quella degli amministratori dell'associazione. Gli elementi che li differenziano dai primi vengono tradizionalmente riassunti nella proposizione secondo la quale l'associazione ha organi dominanti e la fondazione, invece, organi serventi. L'esecuzione dell'atto di fondazione rappresenta, per gli amministratori di questa, l'adempimento di un ufficio: essi sono vincolati, nel disporre dei beni della fondazione, al perseguimento dello scopo assegnato dal fondatore; e solo l'autorità governativa, che sull'amministrazione esercita il più penetrante controllo (art. 25 c.c.), può modificare la destinazione del patrimonio (artt. 28, 31, comma 2o, c.c.). Nell'associazione, al contrario, la destinazione del patrimonio allo scopo costituisce oggetto di un impegno contrattuale; e i membri dell'associazione fruiscono in ordine alla destinazione del patrimonio della medesima autonomia che è propria delle parti di ogni contratto: essi possono, a proprio arbitrio, modificare il contenuto del contratto, possono deliberare lo scioglimento dell'associazione, possono, in sede di estinzione, deliberare sulla devoluzione dei beni residui. La posizione degli amministratori della fondazione è altresì diversa da quella degli amministratori dell'associazione. I primi sono i soli arbitri della gestione: essi determinano a proprio piacimento i criteri che ritengono più opportuni per l'amministrazione del patrimonio e per la destinazione allo scopo; la loro carica può essere a vita; il fondatore non può, come non possono i suoi eredi, ingerirsi in alcun modo nell'amministrazione; il

controllo dell'autorità governativa, per quanto penetrante, è solo un controllo di legittimità : essa non può intervenire fino a quando gli amministratori non abbiano violato lo statuto o la legge o non abbiano agito in difformità dello scopo della fondazione (art. 25 c.c.). Le attribuzioni degli amministratori delle associazioni trovano, per contro, un limite nelle attribuzioni dell'assemblea degli associati: questa è periodicamente chiamata ad approvare o disapprovare, con il bilancio redatto dagli amministratori, i criteri di gestione da essi adottati; è periodicamente chiamata ad esprimere, con la conferma degli amministratori in carica o con la loro sostituzione, il proprio gradimento del loro operato; per quanto non possa, con istruzioni su specifici affari, ingerirsi nell'amministrazione diretta dell'associazione, che è di competenza esclusiva dell'organo amministrativo, essa può tuttavia formulare, in sede di approvazione del bilancio annuale o all'atto della nomina degli amministratori, direttive di carattere generale sul modo di amministrare.

Attività di impresa della fondazione: in mancanza di limiti statutari, le fondazioni sono libere di esercitare qualsiasi attività idonea al conseguimento degli scopi loro consentiti: potrà trattarsi, come normalmente si tratta, di attività non economiche, ma potrà altresì trattarsi, al pari che nelle società, di attività economiche, ossia organizzate per la produzione e lo scambio di beni o di servizi, sempre che siano preordinate, s'intende, al conseguimento degli scopi ideali che sono propri della fondazione. E le loro attività economiche potranno, nell'ambito di un sistema che, come quello vigente, non include lo scopo di lucro fra i connotati della figura giuridica dell'imprenditore, assumere i caratteri dell'impresa in senso tecnico, determinando in capo alla fondazione le conseguenze che si ricollegano all'acquisto della qualità di imprenditore. L'impresa della fondazione può costituire l'oggetto esclusivo o, comunque, principale dell'ente: solo allora potrà dirsi, in analogia con quanto è disposto per gli enti pubblici economici dall'art. 2201 c.c., di essere in presenza di un imprenditore commerciale, sottoposto alla speciale disciplina di cui agli artt. 2188 – 2221 c.c.: si sarà, invece, di fronte ad un imprenditore senza ulteriore specificazione, sottoposto alla disciplina legislativamente formulata con generico riferimento a tale figura, e non anche di fronte ad un imprenditore commerciale, quando l'esercizio dell'impresa costituisca oggetto secondario della fondazione.

Atto di fondazione: la fondazione è espressione di autonomia privata retta dai principi del quarto libro del c.c.: atto costitutivo e statuto vanno interpretati secondo le norme sull'interpretazione dei contratti, applicabili agli atti unilaterali a norma dell'art. 1324 c.c.. Il vincolo di destinazione dei beni allo scopo, tradizionalmente ricollegato all'efficacia costitutiva del decreto di riconoscimento, è dalla giurisprudenza odierna riferito alla fondazione e concepito come effetto di questo.

Di qui una duplice conseguenza: se l'atto di fondazione è invalido o inefficace, il vincolo di destinazione non opera, ed i beni dovranno essere restituiti agli aventi diritto, anche se sia intervenuto il decreto di riconoscimento; d'altro canto, il vincolo di destinazione cade per il solo fatto della invalidità o inefficacia dell'atto di autonomia

privata che era diretta a costituirlo, indipendentemente dalla revoca dell'atto amministrativo di riconoscimento, che sarà solo un consequenziale provvedimento. E' stato così superato quell'antico orientamento secondo il quale il riconoscimento della personalità giuridica copriva l'invalidità dell'fondazione, e questa si traduceva in causa di possibile revoca del riconoscimento.

L'atto di fondazione ha un duplice contenuto: è, in primo luogo, un atto di disposizione patrimoniale, mediante il quale un privato (o un ente pubblico) si spoglia, in modo definitivo e irrevocabile, della proprietà di beni che destina ad uno scopo di pubblica utilità; è, in secondo luogo, un atto di organizzazione, analogo sotto questo aspetto al contratto di associazione, mediante il quale il fondatore predetermina la struttura organizzativa che dovrà provvedere alla realizzazione dello scopo. Il rapporto intercorrente, nell'atto di fondazione, tra l'elemento patrimoniale e quello organizzativo può variamente atteggiarsi. Il patrimonio può, in talune forme di fondazione, assumere rilievo preponderante rispetto all'organizzazione: questa può ridursi, come nel caso delle fondazioni costituite per l'assegnazione di premi o di borse di studi, ad un'attività di mera erogazione, a favore dei destinatari della fondazione, delle rendite del patrimonio. In altre ipotesi può, per contro, assumere rilievo preponderante l'elemento organizzativo: il patrimonio può assolvere, come nel caso degli istituti di istruzione o dei centri di studio o degli istituti di ricerca scientifica costituiti in forma di fondazione, la funzione affatto strumentale di consentire il funzionamento di una complessa organizzazione, l'attività della quale realizzerà lo scopo perseguito dal fondatore. In questo secondo ordine di casi, che nell'epoca presente va moltiplicandosi, l'atto di disposizione patrimoniale del fondatore è solo mediatamente rivolto alla realizzazione dello scopo: questo è realizzato, in modo immediato, dalla struttura organizzativa predisposta dal fondatore.

La fondazione può essere costituita per atto fra vivi, per il quale è richiesta la forma dell'atto pubblico oppure per testamento (art. 14 c.c.; e in questo secondo caso l'atto di fondazione diventerà efficace, come ogni disposizione a causa di morte (v. atti giuridici a causa di morte), solo al momento dell'apertura della successione. Nel suo assetto complessivo, l'atto di fondazione si presenta dunque come l'atto unilaterale mediante il quale il fondatore enuncia un determinato scopo, predispone la struttura organizzativa che dovrà provvedere alla sua realizzazione e, quindi, la fornisce dei mezzi patrimoniali necessari. Questo ultimo atto di disposizione patrimoniale, il cosiddetto atto di dotazione, fa parte integrante, anche se contenuto in documento separato, dell'atto di fondazione: la contraria opinione, ancora largamente diffusa, secondo la quale il fondatore apporta la dotazione patrimoniale sulla base di un atto giuridico distinto dall'atto di fondazione, ed accessorio rispetto a questo, equivale a quella che, in materia di associazioni, pretendesse di qualificare il conferimento dell'associato come adempimento di un atto giuridico separato dal contratto di associazione. La dottrinale scomposizione di questa fattispecie in distinti atti giuridici è solo un artificio teorico, il quale tende a ricondurre alla comune tipologia giuridica le figure da essa difformi; a ricondurre, nella specie, l'effetto traslativo prodotto

dall'atto di fondazione a causa di morte ai prototipi dell'istituzione di erede (v. erede, istituzione di fondazione) o del legato. Distinguendo, infatti, tra fondazione e atto di dotazione patrimoniale, e costruendo il primo come atto rivolto, esclusivamente, a creare un nuovo soggetto di diritto, diventa possibile qualificare l'atto di dotazione patrimoniale, se contenuto in un testamento, come istituzione di erede o come legato a favore del nuovo soggetto creato con l'atto di fondazione. Ma questa qualificazione, e in ciò risiede l'artificio, è solo nominale, dal momento che all'atto di dotazione patrimoniale, per quanto concepito come atto a se' stante, non si potrà applicare la maggior parte delle norme sulle successioni (v. successione) ereditarie e sui legati: la fondazione disposta per testamento non potrà, come può l'erede o il legatario, rinunciare alla dotazione patrimoniale; e neppure quando la dotazione patrimoniale della fondazione comprenda l'intero patrimonio del fondatore, o sia determinata in ragione di una quota di questo, ci sarà responsabilità della fondazione per i debiti del fondatore, come c'è responsabilità dell'erede per i debiti del de cuius: sarà, insomma, inapplicabile ogni norma che presupponga la qualificazione dei beni come eredità, o della vicenda traslativa come successione a titolo universale.

L'inapplicabilità delle norme sull'istituzione di erede o sul legato si spiega, manifestamente, per il fatto che l'atto di dotazione della fondazione non ha la medesima causa di questi: esso è, a differenza dell'istituzione di erede o del legato, un'attribuzione patrimoniale che non ha in se' una propria causa, ma la trova nell'atto di fondazione: è, anziché autonomo atto giuridico, elemento integrante un più complesso atto, la disciplina del quale è preordinata alla destinazione dei beni per lo svolgimento di uno specifico scopo di pubblica utilità. Il punto è che il testamento può contenere altri atti di disposizione patrimoniale che non siano l'istituzione di erede o il legato. Questa ulteriore figura ha in comune con l'istituzione di erede e con il legato solo il fatto di essere un atto di liberalità (v. atti, fondazione di liberalità): è soggetta solo alle norme che, come quelle che regolano l'azione di riduzione per lesione di legittima, sono dettate per l'istituzione di erede e per il legato (oltre che per la donazione) in quanto atti di liberalità. La fondazione disposta per testamento solleva il problema della conservazione dei beni di fondazione nelle more del procedimento amministrativo di riconoscimento. L'art. 3 disp. att. c.c. dispone che, su istanza del prefetto, il tribunale può nominare un amministratore provvisorio. La Cassazione ha, tuttavia, avuto occasione di precisare che il potere del prefetto, ai sensi dell'art. 3 disp. att., di promuovere gli atti conservativi necessari per l'esecuzione delle disposizioni patrimoniali in favore di un ente da istituire deve intendersi limitato alla sola ipotesi in cui l'atto costitutivo o lo statuto dell'erigendo ente non contengano alcuna indicazione circa il soggetto cui sia demandato il compito di amministrare il patrimonio fino al riconoscimento; detta indicazione è infatti pienamente valida ed operante, anche prima dell'atto amministrativo di riconoscimento, in considerazione del fatto che la cosiddetta dotazione di beni in favore di un ente nascente produce l'immediato effetto di destinarli al costituendo soggetto, sottraendoli ad ogni altro potere dispositivo. Da tali principi deriva che, ove lo statuto di una fondazione, in

attesa del riconoscimento della personalità giuridica, devolva al suo presidente l'amministrazione del patrimonio, deve ritenersi giuridicamente inesistente il provvedimento con il quale il tribunale, su istanza del prefetto, nomina un diverso amministratore provvisorio per alcuni beni legati all'erigenda fondazione, e deve conseguentemente ritenersi affetto da invalidità assoluta, opponibile al terzo acquirente, ancorché in buona fede, il contratto con il quale detto amministratore, previa autorizzazione del tribunale, venda i beni legati, trattandosi di atto compiuto da un soggetto del tutto sfornito del potere di rappresentare (v. rappresentanza) il venditore.

Per la fondazione disposta con atto fra vivi l'art. 15 c.c. enuncia un principio, facendolo seguire da due eccezioni: il principio è quello secondo il quale l'atto di fondazione è revocabile fino a quando non sia intervenuto il riconoscimento; le eccezioni riguardano, l'una, il caso in cui il fondatore abbia, in attesa del riconoscimento, fatto iniziare l'attività dell'opera da lui disposta e, l'altra, l'ipotesi della morte del fondatore intervenuta prima del riconoscimento. Il principio vale per il caso in cui la fondazione sia destinata, per volontà del fondatore, ad operare solo quale fondazione riconosciuta. In tale caso, l'effetto traslativo della proprietà dei beni è subordinato alla concessione del riconoscimento: questo è l'elemento perfezionativo dell'atto di fondazione; l'atto può, fino al momento del riconoscimento, essere revocato dal fondatore. La prima eccezione al principio trova la propria giustificazione nel fatto che, una volta che l'opera abbia iniziata la sua attività, non rimane più nella sfera del fondatore, ma, interessando ormai la generalità dei cittadini, non può essere distrutta ad arbitrio dei privati. La norma si spiega, tecnicamente, per la considerazione che l'inizio dell'attività dell'opera è, da parte del fondatore, un comportamento incompatibile con la volontà di valersi della facoltà di revoca: il fondatore può dichiarare irrevocabile l'atto di fondazione; può, successivamente, rinunciare alla facoltà di revoca sia espressamente sia tacitamente, assumendo il comportamento descritto nell'art. 15 c.c.. L'inizio dell'attività dell'opera prima del riconoscimento non produce altro effetto al di fuori di questo: l'autorità amministrativa potrà pronunciare il riconoscimento, e perfezionare, in questo modo, l'atto di fondazione, quantunque il fondatore abbia dichiarato di volerlo revocare; ma il vincolo di irrevocabilità cadrà, ed il fondatore riacquisterà la piena disponibilità dei beni di fondazione, se l'autorità avrà negato il riconoscimento.

Altri effetti non possono, invece, essere attribuiti all'inizio dell'attività dell'opera: non potrà dirsi, in particolare, che esso sia valso a perfezionare, altrimenti che non con il riconoscimento, l'atto di fondazione ed abbia dato vita ad una fondazione non riconosciuta, sia pure destinata a diventare, con il decreto di riconoscimento, una fondazione riconosciuta. L'attività dell'opera, svolta prima del riconoscimento, dà luogo ad una mera esistenza di fatto della fondazione: i beni di fondazione sono ancora nel patrimonio del fondatore ed esposti, in linea di principio, all'azione esecutiva dei suoi creditori personali. L'altra eccezione al principio della revocabilità, quella prevista dal capoverso dell'art. 15 c.c., viene solitamente giustificata con la

considerazione che la facoltà di revoca ha natura personale (così la Relazione del guardasigilli). Natura di atto personale ha, piuttosto, l'atto di fondazione: questo non passa agli eredi e, pertanto, non si trasmette agli eredi la facoltà di revoca ad esso inerente.

Fondazione bancaria: espressione con la quale si designano, a seguito della legge Amato (d.l. 20 novembre 1990, n. 356), gli enti, già casse di risparmio, che hanno conferito l'azienda bancaria in s.p.a., della quale hanno la partecipazione azionaria. Ad esse non compete tuttavia l'esercizio indiretto dell'attività bancaria e non possono essere considerate come a capo di un gruppo creditizio; possono, per la citata legge, perseguire solo finalità di pubblica utilità, devolvendo ad esse gli utili conseguiti dalla banca partecipata.

Fondazione di famiglia: sono le fondazioni destinate ad operare a vantaggio di una o più famiglie determinate (art. 28, comma 3o, c.c.). Anche per tali fondazioni lo scopo deve presentare caratteri di pubblica utilità, come sia pure indirettamente si desume dalla norma, legislativamente collocata fra quelle che pongono limiti alle sostituzioni fedecommissarie, dell'art. 699 c.c.: beneficiari della fondazione non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tali, bensì solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva, di indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc., che il fondatore abbia preso in considerazione; di modo che la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non sia lo scopo della disposizione, ma sia il mezzo per realizzare una diversa finalità socialmente utile.

Estinzione della fondazione: l'atto di fondazione è disciplinato dalle stesse norme che regolano l'estinzione delle associazioni (cfr. artt. 27, 29 ss. c.c.) fondazione fiduciaria: v. fondazione non riconosciuta; fiducia.

Formazione indiretta della fondazione: si distingue, tradizionalmente, tra formazione diretta e formazione indiretta di una fondazione: la distinzione compare nell'art. 3 disp. att., che si riferisce agli atti fra vivi e ai testamenti con i quali si dispongono fondazioni o si fanno donazioni o lasciti in favore di enti da istituire. Il linguaggio legislativo, che si esprime in termini di donazioni o lasciti, non deve fare pensare a vere e proprie donazioni o istituzioni di erede o legati con l'onere (v. modus), per il donatario o l'erede o il legatario, di costituire una fondazione: la volontà di donare o di disporre per testamento in favore di enti da istituire è dall'art. 3 disp. att. parificata alla volontà di disporre una fondazione, essendo in ogni caso il prefetto autorizzato, su obbligatoria denuncia del notaio, a promuovere gli atti conservativi che reputa necessari per l'esecuzione della disposizione e, in particolare, a chiedere al tribunale, in caso di urgenza o di necessità, la nomina di un amministratore provvisorio dei beni. La norma non fa, dunque, riferimento all'ipotesi, che pure è ammissibile, in cui la costituzione della fondazione formi oggetto di un onere apposto ad una donazione o ad una disposizione testamentaria: non si giustificerebbero, se i beni fossero entrati, sia pure sub modo, nel patrimonio del donatario o dell'erede o del legatario, i diretti interventi consentiti su di essi dall'autorità governativa. La norma

si riferisce, invece, alla diversa ipotesi in cui l'atto di disposizione è esso stesso atto di fondazione ed ha, pertanto, già impresso sui beni quel vincolo di destinazione a tutela del quale agisce, in via cautelare, l'autorità governativa; mentre il presunto donatario o erede o legatario è, in realtà, la persona incaricata dal fondatore di integrare, se necessario, l'atto di fondazione e di proporre la domanda di riconoscimento.

Fondazione holding: l'esercizio dell'impresa, svolto dalle fondazioni in concorso con altre attività non economiche, potrà essere definito come oggetto principale quante volte esso si riveli idoneo, di per sé solo, all'integrale realizzazione dello scopo dell'ente. Non assurge, in linea di principio, al rango di oggetto principale l'impresa esercitata dalla fondazione con generici fini lucrativi: essa realizza solo in via mediata lo scopo dell'ente; implica lo svolgimento, con gli utili dell'impresa, di un'attività ulteriore che, a sua volta, realizzerà in via immediata lo scopo della fondazione. C'è, tuttavia, un'ipotesi nella quale anche un'impresa di tal genere si presenta quale oggetto principale: è l'ipotesi dell'impresa esercitata dalla cosiddetta fondazione holding. Normalmente accade che la fondazione attenda, con i medesimi organi, tanto all'amministrazione del proprio patrimonio quanto alla destinazione delle rendite allo scopo: è però largamente sentita l'esigenza di tenere distinta, sotto l'aspetto organizzativo, l'una e l'altra attività; e tale esigenza è ancora più acuta quando la fondazione tragga dall'esercizio di un'impresa i mezzi finanziari necessari per svolgere la propria azione. Può accadere che si dia vita, all'interno della medesima fondazione, a separati organi di gestione; ma può, altresì, accadere che si costituiscano distinte fondazioni: l'una ha per oggetto l'amministrazione del patrimonio o la gestione dell'impresa, con l'obbligo, impostole dallo statuto, di devolvere le rendite del patrimonio o gli utili dell'impresa all'altra fondazione, o eventualmente ad una pluralità di altre fondazioni, a loro volta distinte fra loro in ragione dei diversi settori di attività; queste ultime utilizzano le rendite o gli utili ricevuti per la diretta realizzazione degli scopi di fondazione. La prima fondazione prende il nome di fondazione holding o finanziaria: essa può avere funzioni di mero finanziamento, ma può anche avere funzioni direttive sulle fondazioni finanziate, lo statuto delle quali recherà la clausola che impone loro di seguire le direttive impartite dalla holding. fondazione holding e fondazioni operanti possono essere costituite simultaneamente; ma può anche accadere che una fondazione originariamente costituita come unitaria dia vita ad altre fondazioni, riservando a se stessa le funzioni di holding. L'autonomia giuridica della fondazione holding rispetto alle fondazioni da essa finanziate fa sì che la prima si presenti come una fondazione priva in sé considerata, di uno scopo rientrante fra quelli perseguibili nelle forme giuridiche della fondazione: essa agisce per ricavare rendite da un patrimonio o, addirittura, per ritrarre utili dall'esercizio di un'impresa; mentre le forme giuridiche della fondazione sono, nel nostro sistema, utilizzabili solo per il perseguimento di uno scopo di pubblica utilità. Ciò non potrà, tuttavia, sollevare perplessità; decisiva è la circostanza che la fondazione holding debba, a norma di statuto, devolvere le rendite del proprio patrimonio, o gli utili della propria impresa, ad altre fondazioni: lo scopo di pubblica utilità è qui perseguito in via

mediata; esso è enunciato nello stesso statuto della holding: solo che la sua attuazione è rimessa ad altre fondazioni. Il fatto, tuttavia, che la fondazione holding svolga, in sé considerata, solo attività di gestione patrimoniale produrrà conseguenze normativamente rilevanti nell'ipotesi in cui essa non si limiti ad amministrare il patrimonio di fondazione, ma lo utilizzi per l'esercizio di un'impresa commerciale: si sarà, allora, in presenza di un ente che ha per oggetto esclusivo l'esercizio di un'impresa e, perciò, sottoposto allo statuto dell'imprenditore commerciale (v. imprenditore, fondazione commerciale), in analogia con quanto disposto per gli enti pubblici economici dall'art. 2201 c.c..

fondazione non riconosciuta (o fiduciaria): in linea di pura tecnica giuridica fondazioni non riconosciute sono concepibili, e la tradizione le conosce sotto il nome di fondazioni fiduciarie (i beni venivano trasferiti in proprietà agli amministratori, ma con un vincolo reale, opponibile ai loro eredi, di destinazione allo scopo). Sennonché l'immutabilità del vincolo di destinazione, che la fondazione imprime sui beni, ha indotto il legislatore moderno ad escludere che simili vincoli perpetui si possano liberamente costituire per volontà privata, ed a limitare i casi e le forme di costituzione della fondazione. Questo non significa che fondazioni non riconosciute siano sempre e comunque inammissibili per il nostro ordinamento; piuttosto significa: a) che nel nostro ordinamento manca un principio di generale ammissibilità di fondazioni non riconosciute, così come è presente un principio di generale ammissibilità di associazioni non riconosciute; b) che fondazioni non riconosciute risultano ammissibili, secondo un principio di tipicità, nei casi espressamente previsti dall'ordinamento giuridico. Un caso del genere non ricorre nella fondazione in attesa del riconoscimento, sebbene non manchino propensioni giurisprudenziali in tal senso. Ricorre, invece, nell'ipotesi contemplata dall'art. 32 c.c. ed è presente nel fenomeno regolato dagli artt. 39 – 42 c.c., come la giurisprudenza ha più volte riconosciuto. L'art. 32 c.c. si riferisce ad un'ipotesi frequente di fondazione. L'impreciso linguaggio legislativo si esprime in termini di donazioni o lasciti laddove si tratta, in realtà, di atti che imprimono sui beni donati o lasciati un vincolo reale, e non solo personale, di destinazione; vincolo che permane, a differenza di quanto accade per le donazioni e le disposizioni testamentarie con onere, perfino nell'ipotesi di estinzione dell'ente cui i beni sono stati affidati, dovendo in tal caso l'autorità governativa devolvere tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche che hanno fini analoghi. Si noti, inoltre, che l'art. 32 c.c. sottrae, e questa è, anzi, la sua specifica funzione, i beni con destinazione particolare all'applicazione delle clausole dell'atto costitutivo o dello statuto circa la devoluzione del patrimonio residuo dell'ente: questo è considerato come donatario o come destinatario di un lascito e, perciò, come proprietario dei beni ricevuti con destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente; e, tuttavia, si tratta di una proprietà diversa da quella di diritto comune, dal momento che l'ente proprietario non può servirsi di questi beni se non per realizzare lo scopo al quale sono, immutabilmente, destinati e non può disporne, come può disporre del suo restante patrimonio ai sensi degli artt. 16, comma 2o, c.c., 21, comma 3o, c.c., e 31 c.c.,

per l'epoca in cui avrà cessato di esistere. Questi beni formano, dunque, un patrimonio separato rispetto al restante patrimonio dell'ente; la loro amministrazione deve essere tenuta distinta dall'amministrazione del restante patrimonio dell'ente; ne risulterà la possibilità di distinguere una duplice serie di creditori: i comuni creditori dell'ente non potranno soddisfarsi sui beni vincolati alla destinazione particolare; su questi potranno soddisfarsi coloro che hanno acquistato ragioni di credito in relazione all'attività di gestione dei beni con destinazione particolare. Diventa, allora, evidente come il presunto lascito o la presunta donazione sia, in realtà, un vero e proprio atto di fondazione; che l'ente presunto destinatario del lascito o presunto donatario è, in realtà, null'altro che l'amministratore della fondazione: di una fondazione amministrata da una persona giuridica anziché da una o più persone fisiche; di una fondazione che differisce dalle altre fondazioni regolate nel capo II del titolo II del libro I del c.c., solo perché si tratta di una fondazione come persona giuridica.

personalità giuridica della fondazione: la fondazione consegue la personalità giuridica con il riconoscimento per decreto, allo stesso modo dell'associazione (art. 12 c.c.). Per effetto del riconoscimento si determina, anche qui, un fenomeno analogo al sorgere di un nuovo soggetto di diritto: il patrimonio destinato allo scopo si presenta come patrimonio della fondazione quale persona giuridica: gli amministratori che provvedono alla realizzazione dello scopo agiscono quali organi dell'ente e così via. C'è, sotto questo aspetto, identità di situazioni con l'associazione riconosciuta, tant'è che il c.c. regola associazioni riconosciute e fondazioni entro un medesimo capo e pone molte norme comuni alle une e alle altre: così sono comuni le norme sulle modalità del riconoscimento (artt. 12 c.c., 2 disp. att.), sulle autorizzazioni agli acquisti (art. 17 c.c.), sulla responsabilità degli amministratori (art. 18 c.c.), sull'iscrizione nel registro delle persone giuridiche (artt. 33 ss. c.c.) e sui relativi effetti (art. 19 c.c.), sulla estinzione dell'ente (artt. 27, 29 ss. c.c.). **Rispetto alle associazioni c'è, tuttavia, una rilevante differenza, anche sotto questo riguardo: le associazioni possono, indifferentemente, operare tanto come associazioni riconosciute quanto come associazioni non riconosciute, e la mancanza del riconoscimento comporta solo una parziale diversità di condizione giuridica; per le fondazioni, al contrario, non è prevista dalla legge una altrettanto generale possibilità di operare quali fondazioni non riconosciute.**

Scopo della fondazione: la gamma di scopi perseguibili attraverso la fondazione è più ristretta di quella dell'associazione: questa può perseguire qualsiasi scopo di natura non economica, purché non vietato ai singoli dalla legge penale (art. 18 Cost.); la fondazione può, invece, essere costituita solo per scopi nei quali sia riconoscibile una pubblica utilità. Assume rilievo la circostanza che le forme giuridiche della fondazione implicano, a differenza di quelle dell'associazione, il prodursi di un fenomeno al quale gli ordinamenti moderni guardano con sfavore: esse comportano che determinati beni vengono assoggettati ad un vincolo di destinazione, assegnato

loro dal fondatore, immutabile e potenzialmente perpetuo, in contrasto con quei principi di politica economica, cui sono informate le codificazioni moderne, che esigono la libera circolazione e il libero sfruttamento delle risorse economiche. Il vincolo di destinazione non può cessare né per volontà del fondatore né per deliberazione degli amministratori né, fino a quando lo scopo sia attuabile, per provvedimento dell'autorità governativa: il che spiega perché l'autonomia privata soffra, quanto all'utilizzabilità delle forme giuridiche della fondazione, di limitazioni che non hanno, per contro, ragion d'essere in rapporto alle organizzazioni di tipo associativo, caratterizzate dagli opposti principi della modificabilità, per deliberazione degli associati, dello scopo originario e della risolubilità, ad arbitrio degli stessi associati, del vincolo associativo; spiega perché il ricorso alle forme giuridiche della fondazione sia ammissibile, e gli inconvenienti economici che esse comportano siano accettabili, solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità.

Trasformazione della fondazione: la trasformazione è una modificazione dell'atto di fondazione attuata con provvedimento dell'autorità governativa: oggetto di modificazione è, di regola, lo scopo della fondazione; ma è del pari ammissibile che venga modificata la sede o che la trasformazione venga attuata attraverso la fusione con altra analoga fondazione. La competenza a deliberare la trasformazione è dell'autorità amministrativa: l'eventuale deliberazione degli amministratori della fondazione o del commissario governativo nominato a norma dell'art. 25 c.c. vale solo come proposta. L'ammissibilità del provvedimento è subordinata alla condizione, posta dal primo comma dell'art. 28 c.c., che si sia verificata una causa di estinzione della fondazione (o di revoca del riconoscimento): la sua specifica funzione è, perciò, di evitare l'operatività di tali cause e la conseguente disgregazione della struttura organizzativa e finanziaria dell'ente. L'art. 28 c.c. prende in considerazione l'esaurimento dello scopo e la sua sopravvenuta impossibilità (vicende estintive comuni ad ogni persona giuridica); prende in considerazione, inoltre, il fatto che lo scopo sia divenuto di scarsa utilità: vicenda estintiva specifica della fondazione, alla quale è richiesto il perseguimento di uno scopo di pubblica utilità. Occorre che la trasformazione non risulti esclusa dall'atto di fondazione con clausole che impongano, al verificarsi di una causa di estinzione o di revoca del riconoscimento, la devoluzione dei beni a terze persone; occorre, infine, che non si tratti di fondazione di famiglia, ipotesi per la quale l'art. 28, comma 3o, c.c., esclude la trasformabilità. La norma denota lo sfavore del legislatore per le fondazioni di famiglia: a differenza delle altre fondazioni che, in virtù dell'intervento dei pubblici poteri, possono sopravvivere al verificarsi di una causa estintiva, esse sono condannate all'estinzione: il patrimonio residuo sarà, a norma dell'art. 31 c.c., devoluto ad enti che hanno fini analoghi e sarà, in tal modo, definitivamente sottratto al vantaggio della famiglia. Quando la trasformazione risulta ammissibile, l'autorità amministrativa la disporrà allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore: prescrizione, questa, dalla quale si desume il criterio, cui l'autorità governativa dovrà attenersi, secondo il quale il diverso scopo da questa assegnato alla fondazione dovrà essere il più possibile

affine a quello originariamente fissato dal fondatore. L'autorità governativa dovrà, inoltre, attenersi alle specifiche clausole statutarie relative alla trasformazione quando lo statuto abbia, come è consentito dall'art. 16, comma 2o, c.c., regolato l'eventualità della trasformazione. La trasformazione non interrompe la continuità del rapporto di fondazione, neppure quando venga attuata mediante le fusioni con altra fondazione; come non interrompe la continuità del rapporto di associazione la deliberazione assembleare di modificazione dello scopo.

La proprietà destinata FONDO PATRIMONIALE e TRUST

Giovanni D'Amico

Prof. ord. dell'Università « Mediterranea » di Reggio Calabria

LA PROPRIETÀ « DESTINATA »

Sommario: 1. Premessa. La « destinazione » a uno scopo e i poteri (di godimento e di disposizione) del proprietario. — 2. Destinazione e diritti dei terzi. La destinazione come atto di conformazione/funzionalizzazione del diritto di proprietà da parte del suo titolare. 3. La novità dello strumento introdotto dall'art. 2645 ter. — 4. Destinazione e interessi meritevoli di tutela.

1. — Nella letteratura, ormai copiosa, che si è formata sull'atto di destinazione ex art. 2645 ter, non si è mancato di evidenziare — tra le tante chiavi di lettura che sono state proposte — il profilo per cui l'istituto in esame interferisce specificamente con il tema della proprietà (prima e più ancora che col tema della tutela del credito).

Dei due « effetti » che l'atto di cui parla l'art. 2645 ter produce — ossia l'effetto di « destinazione » e l'effetto di « segregazione » (o creazione di un patrimonio separato) — il primo è senza dubbio quello determinante, apparendo in un certo senso come un prius del secondo, sia dal punto di vista logico che dal punto di vista pratico.

Ora, se ci si interroghi su cosa significhi « destinare » un bene ad uno scopo (ovvero — detto altrimenti — imporre ad un bene un vincolo di destinazione), è agevole rispondere che ciò significa (comunque, e anzi tutto) limitare la facoltà di uso e/o la facoltà di disposizione del proprietario di tale bene.

L'effetto di destinazione dovrà essere individuato, dunque, entro dette coordinate.

Orbene, le limitazioni delle facoltà (di godimento e di disposizione) del proprietario di una cosa — a parte quelle che discendono dalla necessità di rispettare (e non ledere) diritti altrui, sia di natura pubblica (ad es. rispetto di distanze nell'interesse pubblico) che di natura privata (ad es.: divieto di immissioni)

— possono derivare o da « poteri » che un terzo soggetto (ancora una volta: pubblico o privato) abbia in relazione a quella cosa, oppure da una « conformazione » che la proprietà (o, se si preferisce, l'esercizio delle facoltà ad essa inerenti) subisce per la

necessità di realizzare la funzione sociale di cui all'art. 42, comma 2o, Cost. (si parla, in questi casi, di un limite « interno »).

Le prime domande da porsi sono allora — direi — le seguenti:

a) posto che l'effetto di destinazione di cui all'art. 2645 ter consiste — come detto — nell'imposizione di un vincolo al proprietario della cosa, tale vincolo riguarda il potere di godimento, quello di disposizione, oppure entrambi?

b) in che termini (e con quale contenuto) può prospettarsi — a fronte del vincolo gravante sul proprietario (o sul gestore, cui il proprietario abbia affidato la « gestione » destinata della cosa) — un diritto e/o una (posizione comunque di) « pretesa » dei terzi rispetto alla cosa?

Alla prima domanda è possibile rispondere alquanto agevolmente. Sembra, infatti, abbastanza sicuro che la « destinazione » del bene ad uno scopo non comporti — di per sé — limiti particolari al potere del proprietario di trasferire (con atto inter vivos, o in virtù di una vicenda successoria mortis causa) il bene a terzi. Lo dimostra il fatto che tra i « terzi » cui la trascrizione rende opponibile l'atto di destinazione non si dubita che rientrino anche i c.d. « aventi causa » (il che presuppone che ci si trovi di fronte ad un bene che abbia formato oggetto di trasferimento); lo dimostra altresì — se si vuole avere un riscontro testuale più immediato — la circostanza che è lo stesso art. 2645 ter, laddove ipotizza una durata del vincolo di destinazione sino a 90 anni (o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria), a prevedere (implicitamente) che il vincolo possa sussistere (durare) anche dopo la morte del « conferente », e dunque in capo a soggetti (eredi o legatari) ai quali il bene sia stato trasferito mortis causa (in particolare attraverso un testamento). E, se non sussistono limiti al trasferimento del bene (con il vincolo che lo connota) per effetto di una successione mortis causa, non si vede perché limiti siffatti possano porsi (in considerazione della presenza del vincolo) con riguardo ad atti di trasferimento del bene inter vivos.

Più complessa è invece la risposta al secondo quesito, come vedremo subito nel paragrafo che segue.

2. — Acclarato che la « destinazione » si traduce in una limitazione (soprattutto, se non esclusivamente) della facoltà di godimento che inerisce alla titolarità (proprietà) del bene, occorre chiedersi se a detta limitazione (in capo al proprietario) corrisponda un « diritto sulla cosa » che possa configurarsi in capo al beneficiario (o ai beneficiari) previsti dall'atto di destinazione.

Ora, benché non sia da escludere che la « destinazione » del bene possa consistere anche nell'attribuzione a terzi (i beneficiari) del potere di godimento diretto del bene medesimo (si pensi alla destinazione di un terreno privato a « parco giochi » per i bambini di una scuola, o della parrocchia; o, ancora, alla destinazione di un fabbricato a « mensa per i poveri », affidata alla gestione del Comune), non può nemmeno escludersi per altro verso che la « destinazione » di un bene a vantaggio di uno o più

soggetti prescindano affatto dal godimento « diretto » di tale bene da parte del/dei beneficiario/i, e comporti soltanto un obbligo di impiego delle « rendite » in suo/loro favore

Del resto — a parte la considerazione che, volendo configurare la posizione del beneficiario (di un atto di destinazione) in termini di « diritto reale », ci si dovrebbe porre il problema di quanto ciò sia compatibile con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali — ad escludere la prospettiva qui considerata sta anche l'osservazione secondo la quale non bisogna confondere la opponibilità (ai terzi) del vincolo con la realtà. Quest'ultima è una caratteristica della situazione giuridica e dipende dalla ricorrenza di una serie di caratteristiche dall'atto di destinazione, non tanto nel senso che quest'ultimo implichi un divieto di disporre della cosa, ma piuttosto nel senso che esso possa (esplicitamente o implicitamente) comportare un obbligo di disporre per la realizzazione dello scopo (ad es. un obbligo di dare in locazione il bene, per destinare le « rendite » al soddisfacimento dei bisogni del beneficiario dell'atto di destinazione), caratteri (inerenza del diritto alla cosa, immediatezza, ecc.) dai quali discende anche la c.d. « absolutezza » (intesa come possibilità di far valere il diritto *erga omnes*); l'opponibilità, invece, prescinde — come tale — dalla natura (reale o personale) del diritto.

I terzi hanno dunque una « pretesa » (non sulla cosa, bensì) verso il proprietario al rispetto della destinazione impressa alla cosa, sia che ciò si traduca in una possibilità loro concessa di utilizzazione della cosa stessa, sia che comporti un beneficio « mediato » (avente ad oggetto, cioè, i frutti della cosa, o — per meglio dire — la « pretesa » ad un certo impiego degli stessi).

Negare (come abbiamo appena fatto) che questa « pretesa » (*recte*: interesse) consista in un potere diretto e immediato sulla cosa (quale tipicamente sussiste nel caso dei diritti reali in *re aliena*) non significa, peraltro, dover giocoforza riconoscere che ci si trova di fronte ad un (semplice) diritto di credito. L'opponibilità ai terzi della destinazione del bene, infatti, sta comunque ad indicare l'esistenza di un *quid* che riguarda la cosa come tale, ancorché questa « pretesa » non si esprima — lo si ripete — nella forma di un (tradizionale) diritto reale.

E — se è consentito aprire una breve parentesi — proprio perché qui è la trascrizione (del vincolo) a rendere possibile una opponibilità ai terzi che altrimenti non sussisterebbe (mancando appunto — in ipotesi — un diritto « reale »), hanno ragione — sembra da riconoscere — quelle posizioni dottrinali che affermano il carattere costitutivo, che nella fattispecie in esame la pubblicità riveste. Né è persuasiva l'affermazione secondo la quale, in assenza della trascrizione, il vincolo di destinazione comunque varrebbe tra le « parti » (*rectius*: tra il proprietario e il beneficiario (14)): un semplice rapporto « obbligatorio » — quale, allora, si potrebbe configurare — sarebbe infatti cosa ben diversa (è appena il caso di evidenziarlo) da quel fenomeno « destinatorio », che la disposizione in esame delinea, configurandolo come fatto.

Si accoglie qui, evidentemente, l'idea che l'opponibilità ai terzi sia connaturata « concettualmente » alla figura del diritto reale: ciò che corrisponde all'opinione forse maggiormente diffusa, e tuttavia non incontestata, atteso che esistono posizioni dottrinali che ricollegano l'opponibilità ai terzi, anche per i diritti reali, alla attuazione in concreto della pubblicità (per una riflessione sul punto cfr. Comporti, *Diritti reali in generale*², in Tratt.Cicu-Messineo, cont. da Mengoni e Schlesinger, Milano 2011, p. 95 ss.).

Al più potrà discorrersi se questo atto (in tal caso, necessariamente, a titolo gratuito) — comportando un beneficio nei confronti di un terzo — richieda comunque un « consenso » da parte di quest'ultimo (o, almeno, un non dissenso), onde possa parlarsi (secondo uno schema concettuale ben noto) di un atto unilaterale con struttura a rilievo bilaterale.

Deve comunque ritenersi (secondo l'opinione prevalente) che il vincolo di destinazione — anche se sorto in virtù di un atto unilaterale — non possa venir meno in virtù di una volontà di « revoca » dello stesso successivamente manifestata dal « conferente », in particolare se questa volontà intervenga dopo che l'imposizione del vincolo sia stata comunicata al beneficiario, e ancor più se quest'ultimo abbia già dichiarato di volerne profittare (cfr. sul punto Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano 2007, p. 259 ss.; e Bullo, *Separazioni patrimoniali e trascrizione*, cit., pp.51-52).

Peraltro, quando la costituzione del vincolo a favore di uno o più beneficiari sia avvenuta a titolo gratuito, si può porre — riteniamo — il problema di una applicazione analogica di disposizioni come l'art. 1809, comma 2o (che prevede il diritto del comodante di richiedere la « restituzione » immediata della cosa comodata se sia sopravvenuto un urgente e impreveduto bisogno del comodante stesso) o come l'art. 803 c.c. (che prevede la revocazione della donazione per sopravvenienza di figli; norma la cui applicazione è estesa dall'art. 809 c.c. anche alle liberalità non donative).

Nella stessa logica (ma con soluzione tecnicamente diversa) qualche autore suggerisce di inserire nell'atto notarile di destinazione « una condizione risolutiva con la quale subordinare l'efficacia del contratto al sopraggiungere di una situazione esistenziale espressione di un interesse prioritario rispetto alla destinazione » (così G. Perlingieri, *Il controllo di « meritevolezza »*, cit., p. 75). Soluzione che lascia aperto comunque il problema per le ipotesi in cui una clausola siffatta non sia prevista nell'atto di destinazione « oggettivo » (ossia relativo all'oggetto), e dunque in essenziale rapporto proprio con la « opponibilità ai terzi » (del vincolo).

Tornando adesso alla linea principale del discorso, c'è — a questo punto — da porsi la (ulteriore) domanda: se l'atto di destinazione non crea in capo a terzi (beneficiari) un diritto reale sulla cosa, ma per altro verso non si riduce nemmeno ad un mero vincolo « obbligatorio » che il proprietario assuma nei

confronti del beneficiario (o dei beneficiari), in che termini è descrivibile l'effetto di questo atto?

Un'idea alquanto suggestiva è che l'atto di destinazione sia espressione di un potere di conformazione della proprietà che sarebbe attribuito al proprietario stesso, e che consentirebbe di dar vita ad un modello proprietario atipico.

Sviluppando la suggestione, si potrebbe vedere nell'art. 2645 ter una sorta di delega allo stesso proprietario, titolare del diritto, del potere di funzionalizzare la proprietà, ossia di prevederne modalità di godimento (e di disposizione) tali da consentire di realizzare — non solo in via di fatto, ma in virtù di un assetto giuridico acquisito dal bene — (anche) interessi di terzi ovvero interessi sociali. Si invererebbe insomma, in tal modo — in una prospettiva di sussidiarietà orizzontale, e dunque facendo ricorso alla stessa autonomia negoziale

Non avrebbe alcun senso considerare l'ipotetico (mero) « effetto obbligatorio » di cui si parla nel testo alla stregua di una specie di « effetto minore » che l'atto di destinazione possa produrre, in caso di sua mancata trascrizione.

Quel che deve ribadirsi, insomma, è che atto di destinazione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 ter, è solo quello che risulti trascritto/trascrivibile. Un atto non destinato alla trascrizione e/o non trascritto non integra il fenomeno di cui si occupa la norma in questione, e andrà « qualificato » in base a norme diverse.

Prima dell'introduzione dell'art. 2645 ter c.c. è dubbio peraltro, a nostro avviso, che un simile effetto di « conformazione » della proprietà (anche a tacere del problema di come renderlo « pubblico », stante il principio di tipicità degli atti trascrivibili) potesse ritenersi conseguibile — in presenza di una regola del *numerus clausus* dei diritti reali — in applicazione del riconoscimento dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. (sarebbe, infatti, mancato l'interesse meritevole di tutela, nel significato in cui ne parla la disposizione in questione), e quale esplicazione del più ampio potere di disposizione spettante al proprietario (così, invece, Palermo, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *R. d. comm.*, 2001, I, p. 391 ss.).

Il potere riconosciuto all'autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c. avrebbe potuto infatti consentire (prima della introduzione dell'art. 2645 ter) di riconoscere al più (la legittimità di) un negozio di destinazione con effetti esclusivamente obbligatori.

Al di là della suggestione, non ci si può nascondere — tuttavia — che anche questa idea deve fare i conti con il principio del « numero chiuso dei diritti reali », ossia col principio che riserva alla legge il potere di conformare la proprietà stabilendo quali vincoli e quali restrizioni possono limitare il contenuto del diritto dominicale (e, quindi, anche il valore di tale diritto).

Sotto tale profilo, peraltro, potrebbero acquisire un significato ben preciso proprio le limitazioni che l'art. 2645 ter pone all'autonomia privata nella creazione di vincoli

sulla proprietà: la « meritevolezza » degli interessi che attraverso questo strumento possono perseguirsi andrebbe pertanto intesa in senso pregnante, in quanto sarebbe indicativa di una tendenziale « eccezionalità » dei vincoli imposti alla proprietà (vincoli che — volenti o nolenti — collocano, quanto meno di fatto, il bene fuori dal mercato, per di più per un periodo di tempo che può essere anche molto lungo), i quali devono poter trovare la loro giustificazione in effettive esigenze di natura « sociale », che possano legittimare il sacrificio non solo di interessi privati (come quelli dei creditori « generali » del proprietario), ma anche dell'interesse pubblico racchiuso nel principio di « libertà della proprietà », quale principio idoneo a favorire la più ampia circolazione della ricchezza .

Tali esigenze potranno anche riguardare persone determinate (e, al limite, persino una singola persona), ma non meno legittimamente (e anzi — si direbbe — ancor più persuasivamente) esse potranno riferirsi a « categorie » di soggetti non previamente individuate (gli allievi di una scuola, i poveri del quartiere, gli anziani del paese, e così via), che possano essere interessati all'uso del bene (o dei beni) che il proprietario decida di vincolare per il soddisfacimento (anche) di bisogni di altri .

3. — La percezione della « novità » dell'istituto introdotto dall'art. 2645 ter è un dato che accomuna tutti gli interpreti che hanno analizzato la portata della disposizione .

Quasi tutti gli autori insistono, al riguardo, sulla circostanza che la disposizione dell'art. 2645 ter — pur inserendosi in un trend legislativo che (soprattutto negli ultimi anni) si è mosso decisamente all'insegna dell'abbandono del tradizionale principio della « universalità » della responsabilità patrimoniale in favore di un opposto principio di « specializzazione » di tale responsabilità — segnerebbe tuttavia, in questa direzione, una « accelerazione », e anzi probabilmente il raggiungimento del punto di arrivo finale che si sarebbe potuto (in astratto) immaginare: ossia l'attribuzione alla autonomia privata (con implicita abrogazione della « riserva di legge » contenuta nell'art. 2740 c.c.) del potere, in generale, di creare patrimoni separati, ai quali il titolare imprima una particolare « destinazione ».

Ad avviso di chi scrive, la suggestione di questo rilievo non deve essere enfatizzata. Da un lato, infatti — sul piano normativo — non devono essere sottovalutati i limiti che (come già accennato) l'art. 2645 ter pone alla trascrivibilità dell'atto di destinazione, e dunque anche all'effetto « reale » (opponibilità ai terzi del vincolo) che a tale forma di pubblicità consegue, specie sotto il profilo della c.d. « segregazione » del bene. Dall'altro — sul piano fattuale — va evidenziato che la decisione di imporre ad un proprio bene un vincolo di destinazione — proprio perché un tale vincolo pone sostanzialmente (come già si è accennato) il bene fuori mercato — è una decisione che il proprietario non prenderà (è da supporre) troppo facilmente, anche quando dovessero sussistere in ipotesi tutti i presupposti richiesti dalla legge (e in particolare l'« interesse meritevole di tutela », del quale si è già detto, e sul quale si ritornerà fra poco) .

Sotto questo profilo, è agevole prevedere che l'art. 2645 ter (come pure l'istituto del trust, che consente — con modalità diverse — di conseguire risultati in parte analoghi) configuri uno strumento che sarà realmente appetibile solo a chi possiede un patrimonio sufficientemente ampio da consentirgli (senza eccessivo pregiudizio per il proprio interesse) di « staccare » uno o più beni per destinarli a finalità « sociali » (o comunque non egoistiche).

Se quanto detto è vero, allora, non possono non apparire eccessive le preoccupazioni di quanti hanno immaginato una corsa alla trascrizione di vincoli di destinazione (corsa, non a caso, smentita — almeno sin qui — dai fatti, che raccontano piuttosto di un ricorso ancora modesto, se non addirittura esiguo, all'istituto in esame), probabilmente sulla base dell'assunto che la possibilità di ottenere l'effetto « segregativo » (leggi: sottrazione del bene ai propri creditori, o a buona parte di essi) avrebbe spinto diversi soggetti ad utilizzare proprio per questa finalità lo strumento messo a disposizione dal legislatore.

C'è in questo modo di ragionare una notevole dose di ingenuità, in quanto, a tacer d'altro, si tralascia di considerare: a) che i beni costituiscono « garanzia » non soltanto dei creditori attuali, ma soprattutto di quelli « potenziali » (vale a dire di quelli che potrebbero « fare credito » al soggetto in futuro, a condizione naturalmente di trovare sufficiente capienza — e dunque garanzia, sia pure solo generica, di soddisfacimento del credito — nel patrimonio del debitore); e b) che rispetto ai creditori attuali (e in parte anche con riguardo a quelli futuri, ove ci si trovi di fronte ad una « dolosa preordinazione») operano comunque le norme sulla revocatoria di cui all'art. 2901 c.c., e questo dovrebbe escludere (in linea di principio, almeno) che possa ritenersi consentito (e men che mai favorito) un uso « fraudolento » dell'atto di destinazione. Del resto, non meno ingenuo è pensare che il legislatore potesse introdurre un istituto che si presti per sua natura (e in via, per così dire, di utilizzazione ordinaria e normale) ad un uso « fraudolento ».

Diverse (da quelle sin qui considerate) devono essere, dunque, le ragioni sottese alla scelta effettuata con l'introduzione dell'art. 2645 ter. L'esame di tali ragioni aiuta anche ad individuare l'effettivo « spazio » che il nuovo istituto può legittimamente ambire a ritagliarsi (e l'effettiva novità che esso esprime).

a) La prima di tali ragioni ci sembra da individuare nella crisi della « soggettivazione » come tecnica per realizzare destinazioni particolari dei beni (si pensi al classico istituto della fondazione, ma anche alla utilizzazione del meccanismo della creazione di una nuova società allo scopo di convogliare nella stessa risorse che si vogliono riservate ad un determinato affare e ai creditori coinvolti nello stesso). La creazione di un nuovo soggetto giuridico ha dei costi « transattivi », ma anche dei costi di « mantenimento » (organi amministrativi e direttivi del « soggetto »/persona giuridica; dipendenti, sedi, ecc.), che possono risultare eccessivi rispetto all'obiettivo da raggiungere, o tali comunque da assorbire una parte consistente delle risorse destinate a un determinato obiettivo.

b) La seconda di tali ragioni consiste nella remora che — in talune situazioni — si può avere a dismettere un proprio bene a favore di un terzo che lo acquisti con il vincolo di destinarlo ad un certo scopo. Gli strumenti della donazione modale o anche del trust o di un negozio fiduciario — che si basano su un meccanismo di questo genere — possono, ad es., e in taluni casi, risultare non del tutto « congeniali » e/o « appropriati », per varie ragioni: ad es. perché il soggetto a cui si affida il bene rischia di impiegare una parte del valore del bene stesso per mantenere la propria organizzazione (si pensi ad un trustee professionale; si pensi ad un soggetto pubblico che debba affrontare delle spese ingenti per la gestione « dedicata » del bene o dei beni che gli sono trasferiti); oppure perché il (potenziale) « disponente » non ha fiducia (piena) sulle effettive capacità del terzo di gestire il bene per realizzare la destinazione programmata; o, ancora, semplicemente perché il soggetto vuole realizzare la destinazione per un certo periodo, ma senza privarsi definitivamente del bene (che egli vuole invece conservare nel proprio patrimonio, per disporne successivamente *inter vivos* ovvero per trasmetterlo ai propri eredi). Ecco allora che l'imposizione di un vincolo di destinazione — opportunamente congegnato — può consentire di realizzare lo scopo, tenendo conto però al contempo degli elementi sopra richiamati.

4. — Il secondo « effetto » che l'art. 2645 ter ricollega all'atto di destinazione è il c.d. effetto di « segregazione » (del bene o dei beni vincolati), che l'ultimo inciso della disposizione in esame esprime con la formula secondo cui « I beni conferiti e i loro frutti [possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e] possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, comma 1o, solo per debiti contratti per tale scopo ».

L'effetto « segregativo » — così delineato — non sarebbe, di per sé, essenziale alla realizzazione della « destinazione »; serve piuttosto (solo) a « rafforzarla ».

È equivoca, pertanto, e fonte di possibili fraintendimenti, la posizione di chi assume che si possa dare un « atto di destinazione » (ai sensi dell'art. 2645 ter) anche senza la trascrizione, ponendosi pertanto il problema se ci possa essere un « atto di destinazione » valido ma non trascrivibile, e distinguendo pertanto una « meritevolezza » (dell'interesse) che potrebbe essere sufficiente a far ritenere valido l'atto, ancorché inidoneo ad essere trascritto (e dunque a conseguire l'effetto della « opponibilità ai terzi » del vincolo di destinazione). Va qui ribadito che l'atto di destinazione ex art. 2645 ter, è solo quello (trascrivibile e) trascritto. Atti che non abbiano questa finalizzazione (o ai quali comunque non segua la trascrizione, perché risulti insussistente un « interesse meritevole di tutela ») non sono atti di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter. Dopodiché non è neanche esatto dire che si tratta di atti nulli (per mancanza di causa) ai sensi della disposizione in esame (così, ad es., Ceolin, op. cit., p. 205): semplicemente si tratterà di atti che difettano dei requisiti per essere meritevole di tutela direttamente alla trascrizione. Il che — sia detto per inciso — avrebbe, fra l'altro, il vantaggio di rendere (più) evidente che il giudizio di meritevolezza va condotto avendo riguardo (come termini di confronto) entrambi gli

effetti che il legislatore riconnette (inscindibilmente) alla suddetta trascrizione: e dunque non solo l'effetto « segregativo » (che coinvolge i terzi creditori), ma anche l'effetto di « destinazione » (che coinvolge direttamente il bene).

Proprio per quanto appena detto, lascia perplessi l'atteggiamento della dottrina, che ha invece concentrato l'attenzione pressoché esclusivamente sull'effetto segregativo, finendo — a nostro avviso — per porre la lettura dell'art. 2645 ter sotto un angolo visuale non del tutto corretto (se non, addirittura, fuorviante).

Nella prospettiva della centralità dell'effetto segregativo, quest'ultimi sono stati ricondotti allo « schema » di cui all'art. 2645 ter, impregiudicata una loro possibile qualificazione alla stregua dello schema di un negozio tipico (di cui eventualmente presentino i requisiti: es. una donazione modale, un atto con cui il proprietario costituisca sul proprio fondo una servitus altius non tollendi, o un diritto reale di uso a favore di una determinata persona, ecc. ecc.) ovvero al limite di uno schema « atipico », sempreché (in quest'ultimo caso) risulti superato il vaglio di « meritevolezza » ex art. 1322 c.c. (vaglio che — è appena il caso di sottolinearlo — dovrà essere condotto sulla base di parametri diversi da quelli utilizzati ai fini dell'art. 2645 ter, atteso che il richiamo che quest'ultima disposizione fa all'art. 1322 c.c. va inteso proprio nella prospettiva di una « specializzazione » del giudizio di meritevolezza quando esso sia riferito ad un « atto di destinazione » che si voglia opponibile ai terzi).

Un'ultima considerazione. Alla luce di quanto sopra affermato, ci sembra che risulti altresì evidente che l'« atto di destinazione » di cui parla l'art. 2645 ter debba considerarsi un atto « negoziale » tipico, atteso che esso trova nella disposizione in esame sia la descrizione della « fattispecie » (seppure delineata in maniera alquanto ampia e generica) sia la « disciplina degli effetti » (effetto di destinazione ed effetto segregativo) (sulla « tipizzazione » della causa dell'atto di destinazione ex art. 2645 ter cfr. Oberto, *Atti di destinazione* [art. 2645 ter c.c.] e trust: analogie e differenze, in *Contratto e impr./Europ.*, 2007, p. 351 ss.), sia la disciplina delle modalità (pubblicitarie) che devono necessariamente accompagnare l'atto (leggi: trascrizione).

Non bisogna, in conclusione, confondere la « atipicità » dell'effetto segregativo (« atipicità » che attiene al fatto che, adesso, questo effetto non richiede una specifica previsione di legge, ma può conseguire anche ad un atto di autonomia privata), con una (pretesa e, per le ragioni appena dette, insussistente) « atipicità » dell'atto negoziale che dà vita alla separazione patrimoniale.

È esatto, dunque, che solo interessi di rango « superiore » (e, tendenzialmente, interessi aventi rilevanza costituzionale) sono idonei a giustificare l'imposizione di « vincoli di destinazione » ex art. 2645 ter, ma ciò non in base all'astratta (e frusta) disputa intorno alla questione se la « meritevolezza di tutela » si possa identificare oppur no con la (mera) « liceità » dell'interesse, ma inserendo piuttosto il discorso nel contesto specifico che riguarda il valore « costituzionale » della proprietà e la possibilità (e i limiti) entro cui la conformazione del diritto dominicale venga ad essere

determinata dalla considerazione di interessi estranei alla « logica proprietaria » in quanto tale (perché espressivi di valori di « solidarietà sociale » , o comunque di valori che trascendono la dimensione meramente « individualistica » ed « egoistica » di un diritto, la cui essenza da sempre è stata identificata proprio nello *ius excludendi alios*).

L'« ordine pubblico » col quale deve confrontarsi la « meritevolezza degli interessi », richiesta perché possa validamente porsi in essere un atto di destinazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 ter c.c., è, dunque, prima di tutto, costituito da quell'insieme di « valori » che sono sottesi al principio del *numerus clausus* dei diritti reali, quale principio che ingloba in sé (tradizionalmente) — oltre al divieto di creare nuovi diritti reali in re aliena — anche il divieto (fuori dai casi e dai modi previsti dalla legge) di alterare lo schema del diritto di proprietà, ad es. attraverso la creazione di proprietà « a termine », di proprietà « risolubili », di proprietà « fiduciarie », e così via.

È in questo contesto che va inquadrata anche la problematica della « proprietà destinata » (formula che abbiamo, nel titolo del presente saggio, proposto per designare le ipotesi di apposizione su un bene di un « vincolo di destinazione » ex art. 2645 ter), fattispecie nella quale — ancor più che in quelle or ora richiamate (dove il vincolo si esprime, sovente, solo sul piano obbligatorio, e dunque restando come tale « esterno » rispetto al nucleo dei poteri « proprietari ») — si assiste ad una conformazione del diritto dominicale, suscettibile di alterare profondamente (sia pure con riferimento ad un bene determinato) il contenuto e il significato del diritto di proprietà (sia con riferimento ai poteri di godimento del proprietario, in sé considerati; sia nella sua proiezione di questi poteri nei rapporti con i terzi).

Né varrebbe osservare che una lettura che identifichi nel modo sopra visto la « meritevolezza dell'interesse » (collegando tale meritevolezza al concetto di utilità o funzione sociale) rischia di risolversi in una interpretazione « abrogante » (e, comunque, fortemente ridimensionatrice della portata applicativa) dell'art. 2645 ter .

È vero che l'interpretazione proposta esclude che si possa far ricorso all'istituto di cui all'art. 2645 ter in numerose ipotesi che pur sono state (sovente) considerate suscettibili di rientrare nel campo di applicazione di tale norma. Ma ciò corrisponde — se sono vere le considerazioni sopra svolte — a quella che è precisamente la portata della disposizione in esame, senza che si possa accusare l'interpretazione proposta di essere (indebitamente, ossia in contrasto con la lettera e con la ratio della disposizione) « restrittiva » .

È da condividere, pertanto, l'idea secondo la quale « interessi meritevoli di tutela » ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 ter possano considerarsi solo interessi « pubblici » (intesa peraltro l'espressione, semplicemente, nel senso che deve trattarsi di interessi diversi dall'interesse « privato » del proprietario che impone il vincolo di destinazione), e di interessi che devono altresì qualificarsi per una impronta di « solidarietà sociale » (ove l'aggettivo intende, questa volta, non tanto sottolineare che

non possa trattarsi di interessi riferibili anche ad individui singoli, quanto piuttosto che debba comunque trattarsi di interessi non patrimoniali del soggetto o dei soggetti beneficiari dell'atto di destinazione).

Del resto è proprio al criterio appena enunciato che si è attenuta (correttamente) la dottrina quando (a proposito di un altro profilo, emerso nell'interpretazione dell'art. 2645 ter) ha evidenziato come — al di là delle « intenzioni » sottese ai disegni di legge che hanno portato alla sua introduzione — la disposizione in esame non può assolutamente leggersi come disciplinante una versione « domestica » dell'istituto del trust.

Così individuata e ricostruita, la figura di cui all'art. 2645 ter c.c. potrebbe rivelarsi uno strumento prezioso per consentire anche nel nostro ordinamento un'articolazione (« dal basso ») delle forme d'uso dei beni, attraverso meccanismi originali ed innovativi. Queste ultime modalità possono ben consistere in una prestazione « patrimoniale » (come l'erogazione di una rendita, o di fondi destinati al sostegno della ricerca scientifica in determinati settori, ecc.) o comunque valutabile patrimonialmente, purché essa sia diretta a soddisfare un interesse non patrimoniale del beneficiario (ad es.: interesse alla ricerca scientifica, interesse alla salute, interesse all'abitazione, interesse al sostentamento vitale; ecc. ecc.).

I FRUTTI

Tra le diverse categorie o meglio, sub categorie di beni, occorre considerare anche i frutti.

I frutti sono beni di derivazione, ovvero beni che derivano da altri beni condividendone inizialmente la situazione di appartenenza (Gambaro). Possono essere naturali o civili (art. 820 c.c.).

Secondo il codice, quindi, sono frutti naturali quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo, come i prodotti agricoli, la legna, le parti degli animali, i prodotti delle miniere, cave e torbiere. Fino a quando non si completa la separazione i frutti rimangono a far parte della cosa, anche se si può disporre di loro come cosa mobile futura. I frutti, quindi, fino a che sono fisicamente collegati al bene che li genera sono parte di esso e ne condividono la situazione di appartenenza. La situazione di appartenenza del bene che genera frutti non è necessariamente una situazione di proprietà, anzi proprio rispetto alla percezione dei frutti si è istituita la posizione dell'usufruttuario. Il legame tra bene principale e frutti, si manifesta in tal caso nell'affidare all'usufruttuario il possesso, proprio a titolo di usufrutto, del primo, sì che possa controllare la produzione dei frutti che diverranno di sua proprietà solo una volta separati. La stessa regola viene adottata nel caso del possessore di buona fede. Costui, infatti, fa suoi i frutti sino al momento della domanda giudiziale di rivendicazione (art. 1148 c.c.). I frutti civili sono quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia. Tali sono gli interessi di capitali, i canoni enfiteutici, le rendite vitalizie e ogni altra rendita, il corrispettivo

delle locazioni (art. 820 c.c.). I frutti civili a differenza dei frutti naturali non sono cose corporali destinate ad essere oggetto di situazioni reali. I primi, infatti, sono destinati a costituire oggetto di diritti di credito. La distinzione tra i due tipi esaminati risiede nel fatto che mentre i frutti naturali derivano da una cosa madre per via di un processo naturale, gli altri sono il reddito pecuniario che si ricava in virtù di un rapporto giuridico. Gli uni e gli altri rientrano in una generale nozione di frutti quali normali proventi economici (Bianca).

Requisito essenziale dei frutti, secondo alcuni, è la periodicità o rinnovabilità (Pugliese). La periodicità secondo altri è tipica ma non necessaria (Bianca). Esistono, infatti, frutti naturali che rappresentano proventi unici delle cose madri, conformemente alla normale capacità produttiva di queste. Per un esempio basti pensare alle perle. Requisito dei frutti, resterebbe, così, quello della impregiudicatezza della sostanza della cosa madre (Reichel). Questo requisito è implicito nell'idea del frutto come normale provento della cosa madre. Non si può, infatti, parlare di provento con riguardo a ciò che si acquisisce mediante il consumo o l'esaurimento della cosa principale (Bianca).

In contrario si potrebbe osservare che la legge qualifica frutti i materiali estratti dalle miniere e dalle cave, benché la loro estrazione porti all'esaurimento della cosa principale. Le classificazioni dei beni devono, però, tenere anche conto della realtà economica del bene. Le singole estrazioni, pertanto, non intaccano la sostanza della cosa madre se questa, miniera o cava, è suscettibile di conservare a tempo indefinito la sua capacità produttiva (Coviello). Altro requisito dei frutti è la conformità alla destinazione economica della cosa madre. Tale requisito va inteso nel senso che il frutto è il risultato di ciò che la cosa madre è normalmente idonea a produrre. Una rapida ulteriore distinzione tra i frutti porterebbe a considerare i frutti pendenti, che sono frutti maturi o in via di maturazione ma non ancora separati, e frutti separati, ossia i frutti staccatisi dalla cosa madre. Ancora, i frutti maturi pronti per essere separati in conformità della loro destinazione economica e i frutti civili dovuti per ogni giorno di godimento dell'altrui cosa fruttifera o capitale. Frutti percetti sono i frutti naturali appresi dal possessore della cosa madre e i frutti civili ricevuti in pagamento dal possessore della cosa madre o del capitale. I percipiendi sono i frutti che il possessore della cosa o del capitale avrebbe potuto diligentemente ricavarne. I consumati, infine, sono quelli utilizzati o alienati.

Il denaro

Il denaro può essere considerato sotto diversi aspetti. È una moneta di conto, in quanto può essere assunta come il parametro legalmente stabilito mediante il quale si esprimono i prezzi e l'ammontare dei debiti. La moneta, pertanto, esprime il potere di acquisto generale di un soggetto.

Il nostro sistema giuridico utilizza la moneta di conto per ristabilire l'equilibrio tra i soggetti ogni volta che esso sia stato alterato in modo antigiuridico. La moneta, quindi, non è oggetto diretto né del sistema dei diritti reali né del sistema dei rapporti obbligatori, ma è unità di misura per entrambi (Gambaro).

Altro tipo di forma monetaria è la moneta merce, la moneta di Stato e le banconote, le quali possono essere oggetto di appartenenza, quale la proprietà. La moneta merce è, infatti, costituita da effettive unità di una certa merce che per le sue caratteristiche sia stata comunemente scelta per usi monetari.

Esempio tipico di moneta merce è l'oro. Le monete di Stato a corso forzoso hanno natura di titoli di credito. Il supporto materiale ha la funzione di rendere ad esse applicabili le regole di circolazione dei beni mobili basate sul possesso. Tuttavia il valore intrinseco dello strumento di supporto è indipendente dal valore monetario che resta fissato dallo Stato e che è ormai incontrovertibile salvo che in altre monete di Stato. Il valore di tali monete, pertanto, dipende dal fatto che hanno corso legale, ovvero che servono ad estinguere i debiti pecuniari, poiché l'ordinamento obbliga i creditori ad accettarli come strumento di pagamento soddisfacente (Gambaro). Circa la fungibilità occorre dire che il denaro è fungibile al punto che non risulta essere suscettibile di appartenenza di diritto, ma solo di appartenenza di fatto, ossia di possesso. La tutela che lo Stato offre a chi detiene monete o banconote è una tutela possessoria e non proprietaria. Qualcuno ritiene, inoltre, che sia scorretta la classificazione circa la consumabilità del denaro (Gambaro). Il denaro, infatti, è consumabile solo nel senso che non si può mai disporre di esso senza spogliarsi della situazione di appartenenza. Tuttavia, la contrapposizione tra i beni consumabili e non, è stata pensata in relazione alla distinzione tra i beni il cui godimento comporta la distruzione fisica del bene e non per distinguere le ipotesi in cui per disporre di esso il suo titolare si spoglia della situazione di appartenenza per acquistare un credito equivalente o maggiore. L'aggettivo consumabile suggerisce il riferimento ad una opposizione concettualmente diversa da quella che in realtà si adopera (Gambaro).

fondo patrimoniale è uno strumento attraverso il quale i coniugi, e ora anche i componenti dell'unione civile omosessuale, vincolano determinati beni destinandoli ai bisogni della famiglia.

IL FONDO PATRIMONIALE

di Giuseppina Vassallo

1. Modi di costituzione e pubblicità

I coniugi, e ora anche i componenti dell'unione civile omosessuale, possono creare un patrimonio separato che abbia come specifica destinazione la finalità di far fronte ai bisogni della famiglia (art. 167 c.c.).

Anche un terzo può costituire un fondo patrimoniale con tale destinazione, sia per atto tra vivi che per testamento.

I beni che possono essere destinati al fondo sono beni immobili o mobili registrati oppure titoli di credito. Su tali beni possono essere conferiti diritti di proprietà o di godimento.

La costituzione del fondo si effettua mediante atto pubblico a cui partecipano i coniugi ed eventualmente il terzo che conferisce il bene. In quest'ultimo caso la costituzione del fondo si perfeziona solo con l'accettazione dei beneficiari.

Per quanto riguarda la pubblicità della convenzione, questa deve essere annotata a margine dell'atto di matrimonio e trascritta nei registri immobiliari e dei beni mobili soggetti a registrazione. La mancanza dell'annotazione comporta il venir meno dell'opponibilità del fondo ai creditori. A loro volta i creditori hanno l'onere di accertare l'esistenza di una convenzione, consultando sia i registri dello stato civile sia i registri immobiliari. I beni del fondo sono in comproprietà di entrambi i coniugi che ne hanno la gestione, regolata dalle norme in tema di comunione legale. I frutti devono essere destinati ai bisogni della famiglia.

I beni del fondo, inoltre, non possono essere alienati, ipotecati o dati in pegno se non con il consenso dell'altro coniuge, a meno che tale facoltà non sia stata espressamente prevista. In presenza di figli minori è necessaria anche l'autorizzazione del Tribunale che la concederà in caso di necessità o utilità evidente (art. 169 c.c.).

2. I benefici del fondo

La separazione del patrimonio da quello personale dei coniugi fa sì che si crei una limitazione di responsabilità dei beni che fanno parte del patrimonio separato, i quali sono destinati esclusivamente alla soddisfazione di obbligazioni strettamente collegate alla loro finalità. I beni e i frutti del fondo possono essere aggrediti solo per debiti derivanti da obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia (art. 170 c.c.). La norma costituisce una deroga alla normale responsabilità per debiti ex art. 2740 c.c.

Il limite all'inespropriabilità opera solo se il creditore sapeva che l'obbligazione contratta era estranea ai bisogni della famiglia, ma l'onere probatorio di tale conoscenza rimane a carico del debitore che si oppone all'esecuzione del bene. Al fine di contestare il diritto del creditore di agire esecutivamente, il debitore opponente deve provare la regolare costituzione del fondo patrimoniale, la sua opponibilità nei

confronti del creditore pignorante, e che il debito per cui si procede è stato contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

Inoltre, sul debitore grava anche l'onere di provare la conoscenza di tale estraneità in capo al creditore. Si tratta di un principio affermato dalla Cassazione già da lungo tempo (Cass. Civ. 15 marzo 2006 n. 5684) e ribadito recentemente con la sentenza n. 15886/2014.

La prova, sulla base dei principi generali, può essere fornita anche avvalendosi di presunzioni.

Quanto al criterio per identificare la natura dei crediti che, essendo stati contratti per fare fronte ai bisogni della famiglia, possono essere soddisfatti anche in via esecutiva, la Cassazione ha affermato il principio di diritto secondo il quale la nozione di debiti contratti nell'interesse della famiglia va intesa non in senso restrittivo, vale a dire con riferimento alla necessità di soddisfare l'indispensabile per l'esistenza della famiglia.

Occorre ricomprendere in tali bisogni anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia, o al potenziamento della capacità lavorativa dei coniugi, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o meramente speculative (Cass. Civ. 30.5.2007 n. 12730, Cass. Civ. 7.7.2009 n. 15862 e Cass. Civ. 19.2.2013 n. 4011). Si è quindi preferita una nozione di bisogni della famiglia piuttosto ampia, per la quale si esclude che bisogni rilevanti siano soltanto quelli essenziali del nucleo familiare. Sono ricompresi anche i bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione dell'indirizzo della vita familiare e del tenore scelto, in conseguenza delle possibilità economiche.

Non è pacifico se possano essere ricondotti ai bisogni della famiglia i debiti derivanti dall'attività professionale o di impresa di uno dei coniugi, ma in giurisprudenza si ritiene che l'indagine del giudice deve avere ad oggetto specificamente il fatto generatore dell'obbligazione, a prescindere dalla natura di questa.

3. La controversa questione dell'esecuzione dei debiti tributari

La Cassazione si è recentemente pronunciata sulla possibilità per l'Ente di riscossione di iscrivere ipoteca sui beni del Fondo matrimoniale. Con la sentenza n. 3600/2016, la Corte ha esaminato la legittimità dell'azione esecutiva avviata da Equitalia su un immobile costituito in Fondo, sul quale era altresì stata iscritta ipoteca legale.

Secondo l'ente non era preclusa al creditore, in applicazione dell'art. 170 c.c., la possibilità di procedere a iscrizione ipotecaria, poiché l'espropriazione è cosa diversa dalla facoltà di iscrivere ipoteca. Secondo i giudici della Suprema Corte, la norma di cui all'art. 170 si occupa sia della possibilità dell'esecuzione, sia dell'iscrizione di ipoteca, su beni e sui frutti del fondo. Essa esclude non in modo assoluto l'esecuzione, ma solo nel caso in cui la situazione debitoria per cui si procede esecutivamente sia

insorta "per scopi estranei ai bisogni della famiglia" e conosciuta dal creditore come tale. La Corte ha ribadito che, in tema di fondo patrimoniale, il criterio identificativo dei debiti per i quali può avere luogo l'esecuzione sui beni del fondo, va ricercato non nella natura dell'obbligazione, contrattuale o extracontrattuale, ma nella relazione tra il fatto generatore di essa e i bisogni della famiglia, sicché anche un debito di natura tributaria sorto per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, potrebbe ritenersi contratto per soddisfare tale finalità (cfr. Cass. Civ. n. 3738/2015).

A distanza di pochi mesi, la stessa sezione della Cassazione ha emanato una pronuncia di senso contrario, ammettendo la possibilità per l'Ente concessionario di procedere all'iscrizione ipotecaria sull'immobile del contribuente costituito in fondo patrimoniale. Il ricorso di Equitalia si è basato sul fatto che l'art. 170 fa riferimento soltanto a procedure di tipo esecutivo e non cautelari, come può essere qualificata l'iscrizione ipotecaria, che può essere solo preparatoria a un'eventuale ma non sicura fase esecutiva.

Con questa sentenza, la Corte, andando contro il precedente orientamento, ha precisato che l'ipoteca ex art. 77 D.P.R. n. 602/1973, non ha natura di atto funzionale all'esecuzione forzata, con la conseguenza che non è possibile classificare l'iscrizione come atto di esecuzione.

Per rafforzare tale interpretazione la Corte ha richiamato una sentenza di legittimità resa a sezioni unite (Cass. Civ. n. 19667/2014), con la quale si è escluso che l'iscrizione ipotecaria ex art. 77 D.P.R. sia da considerare atto di espropriazione forzata, dovendo piuttosto la stessa essere considerata "un atto riferito ad una procedura alternativa all'esecuzione forzata vera e propria".

4. L'azione revocatoria e la decorrenza del termine di prescrizione

L'azione revocatoria finalizzata alla dichiarazione d'inefficacia del fondo patrimoniale in quanto atto pregiudizievole al creditore è soggetta al termine breve di prescrizione di cinque anni dalla data dell'atto, ai sensi dell'art. 2903 c.c. Sulla formulazione letterale della norma, quando ci si riferisce alla data dell'atto, si sono susseguite numerose pronunce giurisprudenziali anche contrastanti tra loro.

Di recente la Corte di Cassazione – sentenza 24 marzo 2016 n. 5889 – ha confermato l'inconsistenza della tesi secondo cui l'intento di pregiudicare le ragioni del creditore deve essere rapportato non alla data di annotazione dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale, ma a quella della sua effettiva stipulazione. Nel caso di costituzione di fondo patrimoniale tra coniugi, l'azione revocatoria si prescrive nel termine di cinque anni decorrenti dal giorno in cui l'atto è opponibile ai terzi, e non dalla data della stipula della convenzione, perché solo da quel momento il diritto può essere fatto valere.

Richiamando una propria decisione resa a sezioni unite del 13 ottobre 2009 n. 21658, la Corte ha ribadito che la costituzione di tale fondo è soggetta alle disposizioni relative alle convenzioni matrimoniali ex art. 162 c.c., le quali sono opponibili ai terzi dopo l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

La trascrizione dell'atto nei pubblici registri immobiliari, ai sensi dell'art. 2647 c.c., rileva come mera pubblicità-notizia e non compensa il difetto di annotazione nei registri dello stato civile, che non ammette deroghe, restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti della costituzione del fondo (si veda anche Cass. Civ. 12 dicembre 2013 n. 27854).

5. Lo scioglimento del fondo

L'effetto del fondo patrimoniale cessa quando si estingue il vincolo coniugale (art. 171 c.c.). Se ci sono figli minori, il vincolo del fondo rimane fino a che questi non abbiano raggiunto la maggiore età. In questo caso il Tribunale potrà affidare l'amministrazione dei beni del fondo al genitore affidatario o a un terzo, oppure assegnare in proprietà o in godimento direttamente ai figli una quota dei beni. Si discute se sia ammissibile lo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale, poiché le cause di scioglimento sarebbero tassativamente individuate dal legislatore in quelle che portano al dissolvimento del matrimonio. La recente Cassazione n. 17811/2014 è intervenuta a dirimere un contrasto che si era creato sia in dottrina che tra i tribunali di merito.

La Corte ha precisato che le cause di scioglimento di cui all'art. 171 non possono considerarsi tassative e pertanto, in mancanza di figli, lo scioglimento del fondo patrimoniale può intervenire anche sulla base del solo consenso dei coniugi.

In presenza di figli, invece, non è ammesso lo scioglimento consensuale da parte dei soli coniugi. L'istituzione del fondo patrimoniale determina un vincolo di destinazione per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, tra cui vanno ricompresi anche i figli minori che sono i componenti deboli della famiglia.

Conseguentemente, avendo interesse alla conservazione della consistenza patrimoniale del Fondo, per lo scioglimento è necessario il consenso dei figli minori, rappresentati da un curatore speciale autorizzato dal Tribunale, che tuteli la loro posizione nell'ipotetico conflitto di interesse derivante dalla disposizione sui beni del fondo.

La disciplina è estendibile anche ai figli nati.

Fondo patrimoniale e crisi coniugale

di Maria Luisa Cenni

Notaio in Ozzano dell'Emilia, Consigliere nazionale del Notariato

Introduzione

La collocazione teorica e l'applicazione pratica dell'istituto del fondo patrimoniale all'interno della crisi coniugale può apparire, a prima vista, di scarso rilievo se ci si pone nell'ottica della fisiologica cessazione del fondo patrimoniale a seguito dello scioglimento del rapporto coniugale.

In realtà il fondo patrimoniale come convenzione tipica con la quale, ciascuno o ambedue i coniugi o un terzo destinano determinati beni immobili, mobili registrati, titoli di credito a far fronte ai bisogni della famiglia, per le sue caratteristiche strutturali può risultare un utile strumento anche nella fase di crisi coniugale per assicurare alla famiglia, ed in particolare ai figli:

- il tenore di vita goduto;
- per adempiere agli obblighi di mantenimento;
- per garantire le esigenze abitative familiari;
- per assicurare una cogestione da parte dei coniugi dei beni destinati ai bisogni della famiglia, specialmente quando tali beni siano di proprietà esclusiva di uno solo dei coniugi;
- per attuare trasferimenti fra i coniugi e a favore dei figli e anche trasferimenti provenienti da terzi, mediante la struttura della costituzione del fondo patrimoniale da parte di "un terzo".

Il tutto con le garanzie del vincolo di destinazione tipico derivante dal fondo patrimoniale ed i conseguenti vantaggi sulla responsabilità patrimoniale discendenti dalla separazione patrimoniale (art. 170 c.c.).

Per comprendere le potenziali applicazioni del fondo patrimoniale nella crisi coniugale occorre fare un'analisi "dinamica" dell'istituto, cioè analizzare la sua disciplina complessivamente, tenendo conto:

- da un lato dei suoi limiti strutturali legali, che rappresentano altrettanti limiti nel suo utilizzo;
- dall'altro lato dei possibili meccanismi in fase costitutiva, distinguendo il possibile "effetto traslativo" dal necessario "effetto destinatorio", per ipotizzare, appunto, i possibili utilizzi, nell'interesse della famiglia nel suo complesso, dei coniugi e dei figli.

Così come in costanza di comunione di vita fra i coniugi il Fondo patrimoniale può essere strumento (seppure non doveroso ed ausiliario¹ di assolvimento del dovere di contribuzione², nella crisi coniugale può essere strumento di assolvimento del dovere di mantenimento che, come rileva la dottrina³, sorge a seguito della separazione personale dalle “ceneri” del dovere di contribuzione.

Pertanto il fondo patrimoniale nell’ambito della crisi coniugale e quale strumento tipico per il “soddisfacimento dei bisogni della famiglia”, potrà risultare utile:

¹ Occorre precisare che l’istituto in esame, pur presentando caratteristiche che lo rendono astrattamente idoneo a soddisfare esigenze “contributive”, è collocato in un contesto normativo che, indiscutibilmente, porta a classificarlo fra gli istituti del così detto “regime secondario o distributivo”, come tale inquadrabile fra le “convenzioni matrimoniali” e modificabile con lo strumento della convenzione matrimoniale

² Occorre ricordare come la dottrina abbia spesso individuato nel fondo patrimoniale uno strumento privilegiato di assolvimento del dovere di contribuzione posto a carico dei coniugi dall’art. 143, ult. comma, c.c. Così T. AULETTA, Il fondo patrimoniale, in Commentario al codice civile a cura di Schlesinger, Milano, 1992, p. 186. Al riguardo la giurisprudenza precisa che nella costituzione di fondo patrimoniale non può vedersi un atto con cui i coniugi adempiono ai doveri di contribuzione nascenti dal matrimonio o ad altri obblighi giuridici. Infatti la costituzione del fondo patrimoniale non sarebbe un atto doveroso ed inoltre non potrebbe configurarsi come adempimento di obbligo morale o come adempimento di un debito scaduto, non avendo funzione solutoria di pregresse obbligazioni ma finalità di prudentiale accantonamento in vista di esigenze economiche future della famiglia. Da ciò si fa discendere che la costituzione di beni in fondo patrimoniale anche quando comporta soltanto l’imposizione di un vincolo di destinazione costituisce atto di disposizione patrimoniale a titolo gratuito. In questo senso, fra tante: Cass., 17 gennaio 2007, n. 966, in Arch. sent. civ., Juris data. Ed inoltre: Cass., sez. 1, 08 agosto 2013, n. 19029, in Ced Cassazione secondo cui «La costituzione del fondo patrimoniale per fronteggiare i bisogni della famiglia, anche qualora effettuata da entrambi i coniugi, non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un’attribuzione in favore dei disponenti, suscettibile, pertanto, di revocatoria, a norma dell’art. 64 L.fall., salvo che si dimostri l’esistenza, in concreto, di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del “solvens” di adempiere unicamente a quel dovere mediante l’atto in questione»; Cassazione, sentenza 12 dicembre 2014, n. 26223, sez. I civile, in Ced Cassazione, secondo cui «La costituzione del fondo patrimoniale per fronteggiare i bisogni della famiglia, anche qualora sia effettuata da entrambi i coniugi, non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un’attribuzione a favore dei disponenti, ed è pertanto suscettibile di revocatoria, a norma dell’art. 64 L.fall., salvo che si dimostri l’esistenza, in concreto, di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del solvens di adempiere unicamente a quel dovere mediante l’atto in questione.

³ A. MORACE PINELLI, «Destinazione e tutela di soggetti deboli», in Dal trust all’atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un’idea, in I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2013, p. 145

- per garantire ai membri della famiglia un certo tenore di vita ⁴, ed in particolare per garantire il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori, come previsto anche dall'art. 337-ter novellato (fruizione dei frutti civili di immobili già a reddito);
- per agevolare la possibilità di accedere al credito per il soddisfacimento di esigenze familiari ⁵;
- per garantire un coniuge nei confronti dell'altro che compia, o si teme che possa compiere, un utilizzo personale dei beni destinati ai bisogni della famiglia;
- per tutelare, sotto il profilo della destinazione, amministrazione e disposizione, i familiari a favore dei quali le utilità del fondo sono destinate, ed in particolare i figli minori ⁶;
- per adempiere agli obblighi di mantenimento dei figli fissati dal giudice in sede di separazione personale e di divorzio ai sensi dell'art. 337-ter c.c. e 6 della L. 1 dicembre 1970, n. 898 entrambi come modificati dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219", entrato in vigore l'8 febbraio 2014;
- per soddisfare le esigenze di godimento della casa familiare, e di fruizione di altri immobili familiari, da parte di un coniuge e dei figli con uno strumento che, per certi

4

(4) Così T. AULETTA, Il fondo patrimoniale, cit., 4.

⁵ (5) V. DE PAOLA, Il diritto patrimoniale della famiglia, III, Milano, 1996, p. 30 e F. CORSI, Il regime patrimoniale della famiglia coniugale, II, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1984, p. 88.

⁶ (6) La dottrina (T. AULETTA, op. cit.) e la giurisprudenza della Suprema corte ormai costante (a partire da Cass., 29 novembre 2000, n. 15279, in *Juris data*, Giuffrè) hanno evidenziato come i figli non siano titolari dei beni del fondo ma solo portatori, insieme agli altri familiari, di un interesse tutelato al godimento dei frutti del fondo, in quanto destinati ai bisogni familiari. In questo senso da ultimo Cass., 15 maggio 2014, n. 10641, sez. III civile, in *Archivio Ced Cassazione*, secondo cui «La costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo, affinché, con i loro frutti, sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli di disponibilità. Ne consegue che deve escludersi che i figli minori del debitore siano litisconsorti necessari nel giudizio promosso dal creditore per sentire dichiarare l'inefficacia dell'atto con il quale il primo abbia costituito alcuni beni di sua proprietà in fondo patrimoniale». Che i figli non siano titolari dei beni del fondo si desume dall'intero impianto normativo in materia di fondo patrimoniale ed in particolare dall'art. 171, comma 3, c.c., il quale dà facoltà al giudice di attribuire ai figli una quota dei beni del fondo, in godimento o in proprietà, solo a seguito della cessazione del fondo. Prima della cessazione pertanto nessun diritto spetta ai figli sui beni del fondo e in capo agli stessi non è configurabile alcuna pretesa giuridicamente tutelata come diritto soggettivo; la sopracitata norma infatti attribuisce al giudice una facoltà e non un obbligo. Tuttavia le norme in materia di fondo patrimoniale offrono tutela ai figli prevedendo l'autorizzazione giudiziale, in presenza di figli minori, per il compimento degli atti di cui all'art. 169 c.c. e prevedendo comunque l'obbligo di impiegare i frutti per i bisogni della famiglia (art. 168, comma 2, c.c.). Più in generale le norme dettate dagli articoli 168 e 169 c.c., per l'esercizio dell'attività di amministrazione e disposizione dei beni del fondo, se interpretate nell'ottica vincolistica del patrimonio di destinazione, offrono idonea tutela ai familiari attraverso obblighi di reimpiego imposti ai coniugi, ed attraverso interventi giudiziali in caso di atti di amministrazione abusivi sotto il profilo funzionale.

versi, offre maggiori possibilità e maggiori tutele rispetto all'assegnazione della casa familiare prevista dall'art. 337-sexies novellato;

- per adempiere agli obblighi di mantenimento del coniuge di cui all'art. 156 c.c., anche mediante una fattispecie costitutiva del fondo che preveda un meccanismo traslativo a favore del coniuge qualificabile come adempimento in unica soluzione degli obblighi di mantenimento (adempimento mediante corresponsione una tantum come previsto dall'art. 5, comma 8 L. 898/1970, con i limiti tuttavia riconosciuti dalla dottrina nell'ambito della separazione).

Elementi strutturali del fondo patrimoniale e fattispecie costitutive - La flessibilità del fondo patrimoniale

Per comprendere la possibilità di utilizzo pratico del fondo patrimoniale nella crisi coniugale occorre porre in evidenza, da un lato, quelli che chiameremo gli "elementi strutturali" del fondo e, dall'altro lato, le fattispecie costitutive ipotizzabili.

In tal modo avremo individuato:

a) i limiti che condizionano l'utilizzo di tale istituto fra i quali, come vedremo, particolare rilievo rivestono le norme contenute nell'art. 171 c.c. che disciplina la cessazione del fondo;

b) le possibilità offerte in sede costitutiva, ciascuna delle quali potrà astrattamente soddisfare uno specifico interesse della famiglia. Sotto questo aspetto un particolare rilievo, dal punto di vista della flessibilità dell'istituto, assume la norma dell'art. 168 comma 1 c.c. il quale dispone che la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi «salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione», norma alla quale si riconduce la possibilità di costituzione del fondo patrimoniale con riserva della proprietà.

Sotto il primo aspetto possiamo dire che dal complesso di norme che lo regolano possono ricavarsi i seguenti "elementi strutturali" del fondo patrimoniale:

1) il fondo patrimoniale è caratterizzato dal vincolo di destinazione, che costituisce la sua stessa funzione e la sua connotazione causale ⁷. Al vincolo di destinazione consegue la separazione patrimoniale ⁸ e la particolare disciplina vincolistica relativa

⁷ In questo senso la recente Sentenza della Suprema Corte, Sez. 1, 08 agosto 2014, n. 17811, in Archivio Ced Cassazione, nella quale si legge che la funzione del Fondo patrimoniale è la destinazione dei beni ad esso conferiti a «far fronte ai bisogni della famiglia coniugale», e questa è «la funzione economico-sociale che il legislatore ha inteso attribuirgli».

⁸ Qualificano il fondo patrimoniale "patrimonio separato": T. AULETTA, op. cit., p. 21; F. CORSI, op. cit., p. 88; V. DE PAOLA, op. cit., p. 32. Nel senso invece che si tratti di patrimonio autonomo si veda l'interessante analisi strutturale di R. LENZI, «Struttura e funzione del fondo patrimoniale», in Riv. not., 1991, p. 54 e nt. 3. Parla di separazione patrimoniale "attenuata" M. CEOLIN, Destinazione e vincoli d'uso nel diritto privato, Padova, 2010, p. 92. Per un approfondimento sugli effetti del vincolo di destinazione creato dall'atto costitutivo di fondo patrimoniale si veda A. FUSARO, Commento sub art. 167 c.c., in Della Famiglia, I, a cura di Balestra, in Commentario al codice civile diretto da Gabrielli, Torino, 2010, p. 1057 e ss. Attenendoci ad una definizione di patrimonio separato che tiene conto del particolare regime giuridico dei beni possiamo dire che per patrimonio separato si intende una entità unitaria, distaccata dal patrimonio di uno o più

all'amministrazione e disposizione dei beni (artt. 168, comma ultimo e 169 c.c.) che ne sono oggetto nonché le particolari regole per l'esecuzione sui beni e sui frutti (art. 170 c.c.) che garantiscono il soddisfacimento delle obbligazioni che trovano la loro causa nella destinazione, con conseguente rafforzamento della garanzia di certi creditori.

Il vincolo di destinazione è il vero elemento caratterizzante ed indefettibile nel fondo patrimoniale; infatti l'atto costitutivo del fondo può mancare di qualsiasi effetto traslativo (come nel caso in cui i beni conferiti in fondo già appartengano ai coniugi in comunione legale o in comunione ordinaria per quote uguali), ma in esso non può mai mancare l'imposizione, sui beni costituiti in fondo, del vincolo di destinazione a far fronte ai bisogni della famiglia costituendo, tale vincolo di destinazione, la stessa giustificazione causale dell'istituto. È proprio l'esigenza di garantire attuazione a questo vincolo che giustifica il particolare regime giuridico del fondo patrimoniale che, in ossequio ai caratteri propri dei patrimoni di destinazione, si concretizza in una duplice limitazione che investe, con efficacia assoluta⁹, i beni che ne formano oggetto ossia: a) le regole ed i vincoli imposti nell'amministrazione e nell'alienazione dei beni del fondo dagli artt. 168, ultimo comma e 169 c.c., che costituisce, quest'ultimo, una deroga all'art. 1379 c.c.; b) il vincolo di inespropriabilità da parte di certi creditori previsto dall'art. 170 c.c., che costituisce una deroga al principio generale contenuto nell'art. 2740 c.c. e la correlativa preferenza accordata ad altri creditori

Nel fondo patrimoniale la destinazione tutelata è prevista dal legislatore ed è: «far fronte ai bisogni della famiglia».

soggetti, caratterizzata dalla destinazione ad una determinata finalità alla quale consegue la non distraibilità, del patrimonio stesso e dei singoli beni che lo compongono, dalla destinazione che li unifica. Alla separazione si accompagna l'instaurazione di un particolare regime di amministrazione dei beni separati che si caratterizza in funzione del particolare scopo cui sono destinati ed inoltre alla separazione consegue, come elemento tipico, una limitazione di responsabilità dei beni facenti parte del patrimonio separato, che sono destinati al soddisfacimento delle obbligazioni che trovano la loro causa nella destinazione con conseguente rafforzamento della garanzia di certi creditori: così L. BIGLIAZZI GERI, voce Patrimonio autonomo e separato, in Enc. dir., XXXII, Milano, 1982, p. 280 e ss. Per una analisi dell'evoluzione dottrinale e delle fattispecie tipiche dei patrimoni di destinazione si veda M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996.

⁹ Uno dei punti fermi raggiunti dalla Giurisprudenza della Suprema Corte è la "natura reale" del vincolo di destinazione nascente dalla costituzione del fondo patrimoniale, cui consegue l'assolutezza cui si fa riferimento nel testo. In questo senso Cass., sez. 1, 27 gennaio 2012, n. 1242, in Archivio Ced Cassazione, secondo cui «In tema di azione revocatoria, la natura reale del vincolo di destinazione impresso dalla costituzione del fondo patrimoniale in vista del soddisfacimento dei bisogni della famiglia e la conseguente necessità che la sentenza faccia stato nei confronti di tutti coloro per i quali il fondo è stato costituito comportano che, nel relativo giudizio per la dichiarazione della sua inefficacia, la legittimazione passiva spetta ad entrambi i coniugi, anche se l'atto costitutivo sia stato stipulato da uno solo di essi, spettando ad entrambi, ai sensi dell'art. 168 c.c., la proprietà dei beni che costituiscono oggetto della convenzione, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto costitutivo, con la precisazione che anche nell'ipotesi in cui la costituzione del fondo non comporti un effetto traslativo, essendosi il coniuge (o il terzo costituente) riservato la proprietà dei beni, è configurabile un interesse del coniuge non proprietario alla partecipazione al giudizio». Conformi: Cass., sez. 1, 12 ottobre 2011, n. 1242, in Archivio Ced Cassazione; Cass., sez. 3, 18 ottobre 2011, n. 21494, in Archivio Ced Cassazione; Cass., sez. 1, 13 luglio 2006, n. 15917, in Archivio Ced Cassazione.

L'analisi di tale concetto presuppone la delimitazione dei due elementi che lo compongono:

- quello soggettivo, cioè la nozione di famiglia, e
- quello oggettivo, cioè la nozione di bisogni familiari.

Iniziando dall'ambito soggettivo, come diremo, presupposto per la costituzione del fondo patrimoniale è l'esistenza di una famiglia legittima ¹⁰. Il legislatore impiega il termine famiglia in diverse accezioni, che variano dalla famiglia nucleare alla famiglia parentale, intesa quest'ultima in senso più o meno ampio. La dottrina è portata ad interpretare il termine famiglia in funzione del dovere di contribuzione, e quindi a riferirlo alla famiglia nucleare con gli opportuni allargamenti. Per famiglia, nell'ambito del fondo patrimoniale, si deve quindi intendere la famiglia formata dai coniugi e dai soggetti al cui mantenimento essi sono obbligati, con riferimento, innanzitutto, ai figli minori a carico, dovendosi comprendere nella categoria dei familiari a vantaggio dei quali è destinato il fondo patrimoniale anche i figli unilaterali purché conviventi, e quindi inseriti nella famiglia legittima del genitore ¹¹.

Con riferimento all'elemento c.d. "oggettivo", cioè il concetto di "bisogni familiari" la Suprema Corte ¹² ne ha fornito una definizione ampia ritenendo che rientrino fra i bisogni familiari «anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento e all'armonico sviluppo della famiglia nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze di natura voluttuaria caratterizzate da intenti meramente speculativi»;

2) presupposto o condizione di efficacia del fondo patrimoniale è l'esistenza di una famiglia legittima;

elemento strutturale, questo, che sul piano funzionale va collegato al seguente, e cioè

3) il fondo patrimoniale può essere costituito sia prima che durante il matrimonio, ma non dopo lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

L'efficacia del fondo patrimoniale costituito prima del matrimonio è subordinata alla celebrazione del matrimonio stesso ed il venir meno del legame coniugale, a seguito

¹⁰ Per una analisi delle situazioni di fatto, concludendosi tuttavia per l'inapplicabilità ad esse del fondo patrimoniale ed in genere delle norme dettate per il "regime primario" ed il "regime secondario" coniugale, e concludendosi per l'impossibilità, prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., di ammettere che l'autonomia negoziale dei coniugi possa spingersi fino alla creazione di un patrimonio separato la cui disciplina sia modellata su quella del fondo patrimoniale si veda: R. LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, cit., p. 60 e ss.

¹¹ In dottrina relativamente ai figli unilaterali si erano formate opinioni divergenti. In senso favorevole: V. DE PAOLA, op. cit., p. 39; T. AULETTA, op. cit., 187. In senso contrario sul presupposto che l'obbligo di provvedere ai bisogni della famiglia debba sussistere in capo alla coppia e non ad uno solo dei coniugi: G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, p. 294. La soluzione favorevole pare ora trovare conferma anche nel complesso di norme introdotto dalla L. 10 dicembre 2012, n. 219.

¹² In questo senso: Cass. 15862/2009; Cass. 12730/2007; Cass. 12998/2006, Cass. 23 gennaio 2006, n. 5684, in *Archivio sentenze civili Juris data*; Cass., 18 settembre 2001, n. 11683, in *Archivio sentenze civili Juris data*.

dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, lo fa cessare, salva l'eccezione posta dall'art. 171, comma 2, c.c. in presenza di figli minori.

Tali caratteristiche inderogabili assumono particolare rilievo nell'ambito in esame in quanto da esse, discende che:

- non potrà costituire un fondo patrimoniale una persona divorziata o una persona in stato vedovile, anche se abbia figli minori; infatti l'ultrattività prevista dall'art. 171, comma 2, c.c., non può essere invocata per ritenere ammissibile una costituzione del fondo che prescinda dalla sussistenza del matrimonio. Al contrario il citato art. 171 c.c. presuppone che la costituzione del fondo sia avvenuta in costanza di matrimonio;
- con la pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio anche il fondo patrimoniale cessa ai sensi dell'art. 171 comma 1 c.c.;
- se vi sono, però, figli minori il fondo, ai sensi dell'art. 171 comma 2 c.c., dura fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio; elemento questo che rende di interesse pratico la costituzione del fondo patrimoniale ad esempio nel caso di crisi coniugale in presenza di figli molto piccoli o, addirittura, nascituri;

4) con il fondo patrimoniale, come dice l'art. 167, comma 1 c.c., vengono destinati "determinati" beni alla finalità normativamente prevista.

Da ciò:

- emerge la peculiarità del fondo patrimoniale che consiste nell'essere, strutturalmente, un regime particolare sotto il profilo oggettivo, in quanto si riferisce a beni specifici e determinati. Giova precisare che possono formare oggetto di fondo patrimoniale solo determinate categorie oggettive e cioè: i beni immobili, mobili registrati e i titoli di credito vincolati rendendoli nominativi (art. 167, comma 1, c.c.);
- discende un'altra caratteristica del fondo patrimoniale: quella di dover necessariamente coesistere con un regime patrimoniale generale, e di poter coesistere con qualsiasi altro regime generale scelto dai coniugi (comunione legale o convenzionale o separazione dei beni) ¹³o che si sia instaurato a seguito della separazione personale fra i coniugi stessi.

Al riguardo giova ricordare fin d'ora che, ai sensi dell'art. 191 c.c., la comunione legale si scioglie per la "separazione personale" ed a seguito del suo scioglimento si instaura fra i coniugi il regime di separazione dei beni. Costituire un fondo patrimoniale avente ad oggetto taluni beni significa mantenere su tali specifici beni le regole di

¹³ Questo dato caratterizzante lo troviamo evidenziato nella decisione della Suprema Corte in data 18 settembre 2001, sez. I civ., n. 11683, la quale pone in rilievo come la costituzione del fondo patrimoniale non incida sulla totalità dei beni e dei rapporti tra i coniugi, ma si inserisce e coesiste con il regime di comunione o di separazione dei beni dagli stessi prescelto, il quale a sua volta non interferisce con la disciplina dell'istituto in esame.

amministrazione della comunione legale non più esistente, rafforzate dalle tutele del vincolo di destinazione ¹⁴.

5) da un punto di vista soggettivo il fondo patrimoniale si presenta come uno strumento estremamente flessibile e che, conseguentemente, si presta a soddisfare una pluralità di interessi.

Infatti il fondo patrimoniale può essere costituito:

- da ciascuno o da entrambi i coniugi o anche da un terzo (art. 167, comma 1, c.c.);
 - con riserva della proprietà, utilizzando la deroga consentita dall'art. 168, comma 1 c.c. e quindi con o senza "effetti traslativi", come meglio si dirà in seguito;
- 6) quanto alla forma, il fondo patrimoniale deve essere costituito dai coniugi necessariamente per atto pubblico, mentre quando il costituente è un terzo può essere costituito, oltre che per atto pubblico, anche per testamento. Quando la costituzione avviene per atto tra vivi il relativo negozio deve rivestire, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico ricevuto alla necessaria presenza di due testimoni, ai sensi del combinato disposto dell'art. 167, comma 1, c.c. e dell'art. 48 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (legge notarile) come modificato dall'art. 12, comma 1, lettera c) della legge 28 novembre 2005, n. 246 (legge di semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005), rientrando l'atto costitutivo di fondo patrimoniale nella categoria delle convenzioni matrimoniali.

Tale forma richiesta dalla legge per la validità delle convenzioni non consente, ovviamente, di ipotizzare la costituzione del fondo patrimoniale contenuta, ad esempio, nel verbale di separazione personale consensuale, come è stato invece ammesso per la costituzione del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c.¹⁵;

7) il dovere di destinare i frutti e, più in generale, le utilità tratte dai beni oggetto del fondo alle necessità della famiglia (art. 167, comma 2, c.c.);

8) nell'assetto proposto dal legislatore: a) il fondo patrimoniale comporta la contitolarità da parte dei coniugi dei diritti che ne sono oggetto (art. 168, comma 1, c.c.); b) ad esso si applicano le norme relative all'amministrazione della comunione legale, ovvero la regola dell'amministrazione disgiunta per gli atti di ordinaria amministrazione e dell'amministrazione congiunta, dei coniugi, per gli atti di straordinaria amministrazione e per i contratti con i quali si acquistano o si concedono diritti personali di godimento (art. 168, comma 3, c.c.); c) per gli atti previsti nell'art. 169 c.c., inquadrabili nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, se vi sono figli minori, oltre all'agire congiunto, occorre l'autorizzazione giudiziale;

¹⁴ Riguardo alla coesistenza di regimi la dottrina giustamente, rileva la necessaria coesistenza del fondo patrimoniale non solo con un "regime generale secondario" (o distributivo della ricchezza coniugale) ma anche con il "regime primario" (o contributivo regolato dalle norme inderogabili dettate dagli articoli 143 e seguenti c.c.).

¹⁵ (16) Sul punto espressamente Tribunale Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in Fam. e dir., n. 6, 2008, p. 616 e ss.

9) il limite posto dall'art. 170 c.c. all'esecuzione sui beni e sui frutti del fondo. Infatti tale norma prevede che l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non possa aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia;

10) infine, la fisiologica temporaneità del fondo patrimoniale, già evidenziata, che cessa con il cessare del matrimonio, salva l'eccezionale ultrattività prevista dall'art. 171, comma 2, c.c. se vi sono figli minori.

Riassumendo, alla luce degli evidenziati limiti strutturali pertanto, nell'utilizzo del fondo patrimoniale all'interno della crisi coniugale occorrerà tener presente che condizione di efficacia del fondo patrimoniale è l'esistenza del vincolo coniugale, e pertanto:

- anticipando una conclusione alla quale si giungerà, possiamo dire che può essere costituito un fondo patrimoniale da persone legalmente separate;
- che il fondo patrimoniale già costituito non cessa con la separazione personale dei coniugi;
- non potranno costituire un fondo patrimoniale persone divorziate anche se abbiano figli minori;
- la pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio produce la cessazione del fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 171 comma 1 c.c.;
- se vi sono figli minori tuttavia il fondo dura fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio;
- il fondo patrimoniale sarà pertanto utile strumento di fruizione dei beni e dei loro frutti per tutto il periodo della separazione personale e anche dopo il divorzio se vi sono figli minori, fino alla loro maggiore età.

Passando alle fattispecie costitutive occorrerà tenere conto di due norme:

a) l'art. 167, comma 1, c.c. che prevede la possibilità che il fondo patrimoniale venga costituito da ciascuno o da entrambi i coniugi, per atto pubblico, o da un terzo, sia per atto pubblico che per testamento. Sulla base di questa norma si possono pertanto delineare le seguenti ipotesi:

- costituzione da parte di un terzo per testamento;
- costituzione da parte di un terzo per atto tra vivi, per il cui perfezionamento l'art. 167, comma 2 c.c., richiede l'accettazione dei coniugi che può essere fatta anche con atto pubblico posteriore;
- costituzione da parte di uno dei coniugi per atto tra vivi;
- costituzione da parte di entrambi i coniugi per atto tra vivi;

b) l'art. 168, comma 1, c.c. secondo cui: «la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione».

Sulla base della possibilità di deroga contenuta in tale norma la prevalente dottrina ha sostenuto la possibilità per il costituente, o i costituenti, di riservarsi la proprietà dei beni conferiti, o di attribuirli ad uno solo dei coniugi o anche ad un terzo ¹⁶.

Si attua in tal modo una dissociazione fra la proprietà dei beni ed il diritto, caratterizzato dallo speciale vincolo di destinazione, conferito in fondo patrimoniale ¹⁷.

La funzione del fondo patrimoniale, pertanto, può attuarsi in due forme di diversa intensità:

- in modo più pieno quando i coniugi siano proprietari dei beni che lo compongono in quanto, in tal caso, l'impiego per il soddisfacimento dei bisogni familiari non incontra limiti;
- in forma più ridotta quando occorre rispettare la nuda proprietà di un altro soggetto, destinata a riespandersi con il verificarsi di una causa di cessazione del fondo patrimoniale.

Molto brevemente, non potendosi trattare diffusamente in questa sede, riguardo alla natura giuridica e alle caratteristiche del diritto oggetto di fondo patrimoniale quando il costituente si sia riservato la proprietà, può dirsi:

a) quanto alla sua natura che si parla:

- secondo una opinione, di posizione giuridica assimilabile all'usufrutto ordinario ¹⁸;
- secondo altra opinione, di posizione assimilabile all'usufrutto legale in quanto "usufrutto di scopo" ¹⁹, dando particolare rilievo al vincolo di destinazione;

¹⁶ In questo senso G. GABRIELLI, op. cit., p. 295 e ss.; G. CIAN G. CASAROTTO, voce Fondo patrimoniale della famiglia, in Noviss. Dig. it., Appendice, III, Torino, 1982, p. 833; A.M. FINOCCHIARO, Rifor ma del diritto di famiglia, in Diritto di famiglia, III, Milano, 1984, p. 402-403; F. GALLETTA, I regolamenti patrimoniali fra coniugi, Napoli, 1990, p. 149; A. NICOLINI, «Fondo patrimoniale», in Notariato, 1998, p. 451; T. AULETTA, op. cit., p. 172 e ss.; E. MANDES, Il fondo patrimoniale - Rassegna di dottrina e giurisprudenza, p. 667 e ss., ed infine con qualche perplessità per la riserva a favore di un soggetto terzo, F. CORSI, op. cit., p. 95 e 86 ed ivi nt. 9.

¹⁷ La scelta legislativa che la proprietà dei beni possa non appartenere ad entrambi i coniugi pare compatibile con la funzione del fondo patrimoniale la quale può essere assolta, ed anzi nell'ottica legislativa deve essere principalmente assolta, con la destinazione ai bisogni della famiglia dei frutti, ed in genere delle utilità, ricavabili dai beni che ne formano oggetto.

¹⁸) F. CARRESI, Del fondo patrimoniale, in Commentario Cian- Oppo-Trabucchi, p. 59-60.

¹⁹) In questo senso G. GABRIELLI, op. cit., p. 296.

- secondo altra opinione ancora, di diritto reale sui generis, rilevando come in esso siano presenti caratteristiche di entrambi, ponendo in rilievo la particolarità del diritto stesso.

Su questa linea di pensiero si colloca la Giurisprudenza la quale ritiene che alla riserva di proprietà apposta in un atto costitutivo di fondo patrimoniale vada conferita una connotazione positiva, tesa comunque ad attribuire un diritto reale di godimento ai coniugi sul bene conferito, e qualifica detto diritto come inespugnabile ed inalienabile ed assimilabile «pur se non nominato, ad un diritto d'uso o di abitazione o, al più, ad un usufrutto peculiarmente conformato in vista della sua vocazione a soddisfare i bisogni della famiglia beneficiata».

b) quanto alle sue caratteristiche:

- che ha l'effetto di stabilire limiti ed obblighi nella destinazione delle utilità che si possono trarre dai beni su cui è stato imposto il vincolo;

- che ha l'effetto di costituire in capo ai coniugi una necessaria ed inderogabile contitolarità di godimento, alla quale si applicano le regole della comunione legale. La Giurisprudenza evidenzia come «anche nell'ipotesi in cui la costituzione del fondo non comporti un effetto traslativo, essendosi il coniuge o il terzo costituente riservato la proprietà dei beni, il conferimento nel fondo comporta l'assoggettamento degli stessi ad un vincolo di destinazione, con la costituzione di un diritto di godimento attributivo delle facoltà e dei doveri previsti dagli artt. 167 - 171 c.c.»;

- che ha, come contenuto, l'attribuzione ai coniugi del diritto di conseguire il possesso dei beni (se non si trovano già nel loro possesso congiunto) e di godere dei beni stessi traendone tutte le utilità nel rispetto della destinazione impressa dal vincolo.

Da quanto detto, emerge che:

1) se l'atto costitutivo del fondo patrimoniale non dispone diversamente, in virtù dell'art. 168, comma 1, c.c., al momento della costituzione la proprietà dei beni passa in capo ad entrambi i coniugi (sempre che gli stessi non ne siano già comproprietari in comunione legale od ordinaria per quote uguali). La disposizione di legge si ritiene che operi anche nel silenzio dell'atto costitutivo: infatti se esso non contiene espressa riserva della proprietà in capo al costituente o trasferimento in capo ad altri in deroga alla regola fissata dall'art. 168, comma 1 c.c., opererà la detta norma e la proprietà si trasferirà in capo ad entrambi i coniugi ²⁰;

²⁰ Vedasi al riguardo la formulazione delle clausole proposta da A. NICOLINI, op. cit., p. 450. In questo senso espressamente anche G. GABRIELLI, op. cit., p. 302, secondo cui la legge configura il trasferimento della proprietà dal costituente ai coniugi beneficiari come effetto naturale della costituzione di fondo patrimoniale: nel senso che pur potendo essere escluso con apposita clausola, non occorre una volontà specificamente intesa a produrlo.

2) qualora non costituisca oggetto del fondo patrimoniale il diritto di proprietà, o un altro diritto reale tipico conferibile, ma l'atto costitutivo contenga la sola imposizione del vincolo di destinazione su beni la cui proprietà è riservata in capo al costituente (o ai costituenti) o trasferita in deroga alla regola di cui all'art. 168, comma 1, c.c. sorgerà in capo ai coniugi un diritto reale di godimento sui generis assimilabile al diritto di usufrutto ma inalienabile ed inespropriabile.

Sotto il profilo delle fattispecie costitutive sono allora configurabili le seguenti ipotesi:

1) ove il costituente sia un terzo, è ipotizzabile che:

- attribuisca la proprietà ad uno solo dei coniugi (è l'ipotesi dei coniugi che hanno fissato la residenza coniugale in un immobile, ad esempio di un genitore, e che abbiano interesse, nei loro accordi di separazione, a trasferire la proprietà ad uno dei coniugi, con le garanzie però assicurate dal fondo patrimoniale di cogestione);
- attribuisca la proprietà ad entrambi i coniugi;
- il terzo costituente si riservi la proprietà;
- la proprietà venga trasferita ad altro soggetto (ad esempio il nonno che trasferisce la proprietà al nipote gravata dal vincolo a favore della famiglia coniugale dei suoi genitori);

2) ove il costituente, già pieno proprietario del bene, sia uno solo dei coniugi, è ipotizzabile che:

- riservi a se stesso la proprietà;
- trasferisca l'intera proprietà all'altro coniuge;
- conferisca la proprietà nel fondo con attribuzione della stessa in capo ad entrambi i coniugi;
- la proprietà venga trasferita ad altro soggetto (ad esempio ai figli);

3) ove costituenti siano entrambi i coniugi, già comproprietari in comunione legale od ordinaria, è ipotizzabile che:

- sia attribuita la proprietà ad uno solo dei coniugi (se ciò è consentito dal regime patrimoniale generale adottato dai coniugi);
- la proprietà venga trasferita ad un terzo;
- i coniugi vogliano riservare in capo ad entrambi la proprietà del bene.

Da quanto esposto emerge la notevole flessibilità del fondo patrimoniale e la sua idoneità a soddisfare una molteplicità di esigenze anche nel momento della crisi coniugale.

Elementi strutturali del fondo patrimoniale. I limiti inderogabili

Nell'analisi di un utilizzo pratico in sede di separazione e divorzio pare opportuno soffermarsi su alcuni degli evidenziati elementi strutturali da considerarsi inderogabili, e che costituiscono pertanto un limite alla autonomia nella costituzione del fondo patrimoniale.

Si devono considerare inderogabili:

- le regole di amministrazione modellate su quelle della comunione legale con conseguente nullità di eventuali clausole derogatorie, salva la possibilità prevista dall'art. 169 c.c.;
- la disciplina della responsabilità del fondo in quanto posta nell'interesse di terzi. Sarebbero quindi viziata da nullità clausole dell'atto costitutivo che tendessero a delimitare i bisogni che il fondo è destinato a soddisfare, con la conseguenza di escludere dal soddisfacimento sui beni del fondo creditori «per bisogni della famiglia», i cui crediti siano però sorti per motivi diversi da quelli convenzionalmente pattuiti, ovvero clausole che ampliassero o restringessero l'ambito della famiglia destinataria delle utilità;
- le regole che disciplinano la cessazione del fondo patrimoniale. Al riguardo sono sorti dubbi circa la validità di clausole volte ad incidere sulle cause di estinzione del fondo patrimoniale, introducendone delle nuove, magari previste dall'art. 191 c.c., ma non dall'art. 171 c.c., o escludendone di quelle previste dalla legge. Fortemente dubbia, sotto questo aspetto, è anche l'apponibilità all'atto costitutivo di fondo patrimoniale di termini finali o condizioni risolutive ²¹.

È stata invece sostenuta la possibilità che l'atto costitutivo di fondo patrimoniale contenga termini iniziali o condizioni sospensive ²²come, ad esempio, il verificarsi di una certa situazione economica dei coniugi che giustifichi l'aumentata necessità di sostegno patrimoniale alla famiglia, quale la perdita del lavoro o la nascita di figli o anche il sopravvenire di una crisi coniugale.

Quindi, per quanto in questa sede più interessa, sarebbero da considerare illegittime:

- clausole che determinino convenzionalmente i crediti “per motivi familiari” che possono trovare soddisfacimento sui beni e sui frutti del fondo, escludendo dal

²¹ Autorevole dottrina (In questo senso T. AULETTA, op. cit., p. 61; V. DE PAOLA, op. cit., p. 77) ritiene che la durata del fondo patrimoniale costituisca un elemento caratterizzante del regime, che coinvolge anche interessi di terzi e quindi inderogabile mediante inserimento di clausole che, andando ad incidere su tale aspetto della disciplina, finirebbero per attribuire al regime connotati particolari.

²² V. DE PAOLA, op. cit., p. 77; T. AULETTA, op. cit., p. 60; T. AULETTA, Il fondo patrimoniale, in Il diritto di famiglia, II, Il regime patrimoniale della famiglia a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 1997, p. 360; A. NICOLINI, op. cit., p. 45; M.L. CENNI, Il fondo patrimoniale, in Trattato di diritto di famiglia Zatti, III, Milano, 2002, p. 599. Contra, con riferimento all'ammissibilità di apporre una condizione sospensiva: G. CASU, Fondo patrimoniale, in Dizionario giuridico del Notariato, Milano, 2006, p. 345; E. RUSSO, «L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali», in Vita not., 1982, p. 180.

soddisfacimento sui beni del fondo creditori anch'essi qualificabili "della famiglia" o viceversa includendo creditori "estranei" che potrebbero convenzionalmente soddisfarsi sui beni del fondo;

- clausole che ampliano o restringono l'ambito della famiglia "nucleare" destinataria delle utilità;

- clausole, o condizioni risolutive, che prevedano la cessazione del fondo per cause non previste dall'art. 171 c.c., anche se magari previste dall'art. 191 c.c.;

- termini finali di cessazione del fondo;

- condizioni risolutive per la cessazione del fondo, magari ancorate al raggiungimento dell'indipendenza economica dei figli.

Proprio su questo aspetto delle cause di cessazione del fondo patrimoniale pare opportuno soffermarsi, per la specifica importanza che rivestono nell'ambito qui analizzato.

In particolare due elementi occorre prendere in considerazione:

a) in primo luogo chiarire se la separazione personale dei coniugi costituisca causa di cessazione del fondo patrimoniale. Su questo punto incide l'opinione circa la tassatività delle cause (non volontarie) di cessazione del fondo patrimoniale contenute nell'art. 171, comma 1 c.c. Occorre subito premettere che è questione diversa dall'ammissibilità dello scioglimento convenzionale del fondo, della quale ci occuperemo brevemente in seguito.

L'art. 171, comma 1, c.c. stabilisce che «La destinazione del fondo termina a seguito dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio».

Le divergenze sull'interpretazione di questa norma riguardano l'estensibilità al fondo patrimoniale delle cause di scioglimento della comunione legale, previste dall'art. 191 c.c., e nascono dalla diversa interpretazione data al rinvio operato dall'art. 171, ult. comma, c.c., secondo cui se non vi sono figli, si applicano le disposizioni sullo scioglimento della comunione legale.

La dottrina prevalente ne sostiene la tassatività rilevando che la ratio dell'art. 171 c.c., che fa coincidere le cause di cessazione del fondo con quelle di estinzione del vincolo matrimoniale, è in linea con le finalità che l'istituto intende tutelare, aggiungendo tuttavia alle cause di cessazione espressamente previste dall'art. 171, comma 1, c.c. la dichiarazione di morte presunta di uno dei coniugi ²³.

²³ (28) In questo senso DE PAOLA, op. cit., 129-130. Paiono propendere per la tassatività anche A.M. FINOCCHIARO, Diritto di famiglia, Milano, I, 1984, p. 832 e ss.; T. AULETTA, op. ult. cit., p. 352 e ss. il quale tuttavia giunge ad ammettere lo scioglimento convenzionale in mancanza di figli (minori o maggiori di età) non autonomi patrimonialmente, ivi, p. 364 e ss.; CORSI, op. cit., p. 105.

Sul punto, poi, sono intervenute alcune decisioni giurisprudenziali ²⁴che, occupandosi dello specifico problema dell'alienazione di beni costituiti in fondo e del suo scioglimento convenzionale, hanno affrontato, incidentalmente, anche l'aspetto della tassatività delle cause di cessazione del fondo patrimoniale.

Tali decisioni, pur giungendo a conclusioni opposte circa l'ammissibilità di uno scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale, non paiono aprire la strada ad una interpretazione estensiva dell'art. 171 c.c., che renda applicabili al fondo le cause non volontarie di scioglimento previste in materia di comunione legale.

Secondo questa interpretazione, che si ritiene condivisibile, sarebbero pertanto tassative le cause di cessazione non volontarie del fondo patrimoniale, e quindi non sarebbero ad esso estensibili le cause di cessazione (non volontarie) previste per la comunione legale dall'art. 191 c.c. ²⁵

In particolare quindi, per ciò che in questa sede interessa, il fondo patrimoniale non cesserebbe a seguito della separazione personale dei coniugi ²⁶.

Seguendo questa interpretazione si può affermare:

- che il fondo patrimoniale non cessa con la separazione personale;
- che il fondo patrimoniale può essere costituito dopo che sia stata omologata la separazione consensuale o che sia stata pronunciata la separazione giudiziale e potrà essere un valido strumento convenzionale per regolare alcuni aspetti economici legati a tali fasi del rapporto coniugale, con la precisazione tuttavia, come già sopra accennato, che il fondo patrimoniale, diversamente dal vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c., non potrà trovare il suo momento genetico nel verbale d'udienza presidenziale, certamente atto pubblico come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza, ma che non riveste la forma richiesta dalla legge per le convenzioni matrimoniali;

²⁴ Nel senso della tassatività delle cause di cessazione previste dall'art. 171 c.c.: Trib. Napoli, 4 giugno 2008, Redazione Giuffrè; Trib. Genova, decr. 26 gennaio 1998, in Vita not., 1999, p. 81 ed in Nuova giur. civ. comm., 1999, I, p. 215 e ss.

²⁵ Ed il rinvio fatto dall'art. 171, ult. comma, c.c. alle disposizioni in materia di comunione legale, opererebbe solo per le procedure relative allo scioglimento che non siano espressamente disciplinate dalle norme sul fondo patrimoniale, e qualora le relative norme dettate per il regime legale non risultino incompatibili con i principi caratterizzanti la figura in esame. In questo senso espressamente T. AULETTA, op. ult. cit., p. 367.

²⁶ Ed il rinvio fatto dall'art. 171, ult. comma, c.c. alle disposizioni in materia di comunione legale, opererebbe solo per le procedure relative allo scioglimento che non siano espressamente disciplinate dalle norme sul fondo patrimoniale, e qualora le relative norme dettate per il regime legale non risultino incompatibili con i principi caratterizzanti la figura in esame. In questo senso espressamente T. AULETTA, op. ult. cit., p. 367.

b) come secondo elemento occorre tener presente, nel ricorrere al fondo patrimoniale nella crisi coniugale, che con lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio cessa anche il vincolo di destinazione del fondo.

Sotto questo aspetto occorre però aver presente, come già detto, che non sempre il fondo diviene inutile in questa ipotesi in quanto:

- in presenza di figli minori il fondo dura fino al raggiungimento della maggiore età dell'ultimo di essi. Quindi potrà valutarsi utile la costituzione di un fondo patrimoniale in presenza di figli molto piccoli o nascituri, anche se sia prevedibile il venir meno del vincolo coniugale in tempi brevi;

- con il venir meno del vincolo coniugale cessa la "destinazione del fondo" ma non cessano gli eventuali effetti traslativi prodotti dalla singola fattispecie costitutiva adottate fra quelle sopra riportate. Solo per fare un esempio potrà valutarsi utile la costituzione di un fondo patrimoniale nella crisi coniugale per attuare volontà traslative a favore di un coniuge, anche sapendo che il vincolo inizialmente imposto in un tempo più o meno lungo potrà cessare a seguito del venir meno del vincolo coniugale o del raggiungimento della maggiore età da parte dell'ultimo figlio.

Pare opportuno accennare infine alla problematica, sempre attuale, dell'ammissibilità dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale, in particolare in presenza di figli minori. L'ammissibilità di uno scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale può farsi discendere dall'applicabilità ad esso del principio generale della modificabilità delle convenzioni matrimoniali, espresso nell'art. 163 c.c., resa possibile dall'aver collocato la figura in esame nella categoria delle convenzioni matrimoniali stesse.

Su questo argomento vi è da segnalare un orientamento ondivago della giurisprudenza e diverse posizioni dottrinali.

In particolare si possono sinteticamente enucleare tre orientamenti:

1) uno che esclude in radice lo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale. L'argomento di maggior peso, evidenziato dalle decisioni giurisprudenziali e dalle ricostruzioni dottrinali che negano l'ammissibilità di uno scioglimento consensuale del fondo patrimoniale, consiste nella necessità di tutelare gli interessi della famiglia evitando che i coniugi possano far cessare ad libitum il vincolo, e disporre dei beni anche per fini diversi da quelli della famiglia ²⁷;

²⁷ Questa preoccupazione trapela in particolare nella decisione del Trib. Genova, decr. 26 gennaio 1998, cit. In questo senso: Trib. Napoli, 4 giugno 2008, Redazione Giuffrè; Trib. Savona, 24 aprile 2003, in Fam. e dir., 2004, p. 67, con nota M. CAPECCHI; Trib. Perugia, 25 gennaio 2003, in Dir. fam. e pers., 2004, p. 126; Corte Appello Bologna, 2 ottobre 2001, in Notariato, 2002, p. 31; Trib. Alba, 2 settembre 2001, in Gius., 2002, p. 2477. «Al di fuori dei casi tassativi previsti dagli artt. 169 c.c. e 171 c.c. non è possibile porre fine alla destinazione impressa dalla costituzione di un fondo patrimoniale: non è quindi ammesso lo scioglimento convenzionale di tale convenzione matrimoniale»: Trib. min. Perugia, 20 marzo 2001, in Riv. not., 2001, p. 1189, con nota M. VIANI.

2) uno che ammette lo scioglimento volontario in presenza di figli minori solo previa autorizzazione del giudice ²⁸;

3) ed un orientamento favorevole allo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale, senza autorizzazione giudiziale il quale, nelle sue varie sfumature confonde tuttavia la cessazione del fondo con la portata della deroga consentita dall'art. 169 c.c.²⁹

²⁸ (34) In questo senso: Trib. L'Aquila, sez. minorenni, 3 maggio 2001, in Fam. e dir., 2001, p. 545, con nota adesiva di P. MOROZZO DELLA ROCCA, secondo cui «Può essere autorizzato lo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale costituito dai coniugi quando ciò corrisponda all'interesse della famiglia»; Trib. Modena, 7 dicembre 2000, in Notariato, 2002, p. 27, secondo cui «Ogni ipotesi di cessazione del fondo patrimoniale trova disciplina nel disposto dell'art. 171 c.c., per il quale l'art. 38 disp. att. c.c. prevede la competenza esclusiva del tribunale per i minorenni»; Trib. Trieste, sez. minorenni, 18 dicembre 2011, in Dir. fam., 2012, 4, p. 1617; Trib. minorenni L'Aquila, 17 marzo 2008, in Fam. e min. - Guida al dir., 2008, 8, p. 21 con nota di GALLUZZO - LEO, secondo cui «Lo scioglimento del fondo patrimoniale per accordo dei coniugi che l'hanno costituito è possibile anche in presenza di figli minori, nonostante la mancata previsione dell'art. 171, comma 2, c.c., con l'autorizzazione dal tribunale dei minorenni»; Trib. minorenni Torino, 31 ottobre 2005, in Dir. fam., 2006, p. 640. Nello stesso senso, Trib. Venezia, 17 novembre 1997, in Riv. not., 1998, p. 223, secondo cui «Pur in mancanza di un'espressa previsione di legge, è ammissibile lo scioglimento del fondo patrimoniale per espressa volontà manifestata in tal senso dai costituenti. Nel caso in cui vi siano figli minori è competente all'autorizzazione il tribunale dei minorenni». Così, anche Trib. Lecce, sez. minorenni, 25 novembre 1999, in Riv. not., 2002, 2, secondo cui «È ammissibile lo scioglimento del fondo patrimoniale, per espressa volontà manifestata in tal senso dai costituenti. Nel caso in cui vi siano figli minori, è competente, per l'autorizzazione, il Tribunale per i minorenni». Nello stesso senso, Trib. min. Salerno, 12 novembre 2004, in Giur. mer., 2005, 5, secondo cui «Il giudice, allorché, vi sia prole minore, deve necessariamente valutare se lo scioglimento sia o meno inquadrabile nelle fattispecie di "necessità ed utilità evidenti", poiché solo in tal caso potrà concedere l'autorizzazione all'estinzione anche solo parziale del fondo. Ed invero la cessazione totale o parziale del fondo patrimoniale si configura come un atto certamente più pregiudizievole rispetto all'alienazione di un bene o ad uno degli altri atti contemplati dall'art. 169 c.c., che, pur incidendo sulla consistenza del fondo patrimoniale, non ne determinano comunque lo scioglimento». Si veda anche Trib. Milano, 29 aprile 2011, in Redazione Giuffrè, 2011, secondo cui «In tema di fondo patrimoniale, va evidenziata la differenza di ambito applicativo tra l'art. 171 c.c. e l'art. 169 c.c.: nel primo caso, che disciplina le ipotesi di cessazione del fondo patrimoniale nella sua interezza, con "prorogatio" del vincolo di indisponibilità dei beni in presenza di figli minori fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio, la ratio deve essere rinvenuta nell'esigenza di tutela degli interessi dei minori che sopravvivono e che potrebbero trovarsi in conflitto con gli interessi dei genitori; nel secondo caso, invece, la ratio risiede nella necessità di contemperare l'esigenza di garantire la destinazione dei beni al solo soddisfacimento dei bisogni della famiglia e quella di rendere possibile la libera circolazione dei beni in accordo con il principio di autonomia negoziale con riguardo alle ipotesi di atti di disposizione dei coniugi che incidano sulla sorte dei singoli beni conferiti nel fondo medesimo».

²⁹ In questo senso, Trib. Venezia, sez. minorenni, 7 febbraio 2001, in Riv. not., 2001, 2, p. 1189, secondo cui «In base al combinato disposto degli artt. 171 c.c. e 38 disp. att. c.c., il Tribunale per i Minorenni non è competente ad autorizzare la convenzione di scioglimento del fondo patrimoniale, per la quale è di conseguenza sufficiente l'atto pubblico notarile»; Trib. Verona, 30 maggio 2000, in Giur. mer., 2000, I, p. 1164; Trib. Milano, 6 marzo 2013, in Redazione Giuffrè, 2013. In questo senso anche Trib. Aquila, sez. minorenni, 12 marzo 2008, secondo cui «Lo scioglimento volontario trova ingresso nella «modificabilità delle convenzioni matrimoniali, previsto dall'art. 163 c.c., oltre che nel ricorso ai principi generali in tema di libertà negoziale dagli artt. 1321 e 1372 c.c.»; Cass., ord. 21 settembre 2006, n. 20418, in Giust. civ. Mass., 2006, p. 10; Trib. Padova, 5 maggio 2006, in Redazione Giuffrè, 2006, secondo cui «Qualora i coniugi, in presenza di figli minori, intendano estinguere consensualmente il fondo patrimoniale con apposita convenzione, all'ipotesi che rientra nella fattispecie di cessazione del fondo va applicata la disciplina dettata dall'art. 171 c.c. la quale non prevede alcuna autorizzazione giudiziale»; Trib. Brescia, 9 giugno 2006, secondo cui «Nel caso in cui sia stata espressamente consentita nell'atto di costituzione del fondo patrimoniale la facoltà dei coniugi di vendere liberamente i beni del fondo,

Sul punto, nel corso dell'elaborazione di questo breve lavoro, è intervenuta, per la prima volta, la Suprema Corte con una Sentenza, la quale ha chiarito alcuni aspetti dibattuti ed ha anche aperto nuovi spazi di riflessione.

In particolare la Suprema Corte nella già citata Sentenza n. 17811 dell'8 agosto 2014, la quale si occupa dello scioglimento convenzionale di un fondo patrimoniale in presenza di figli minori e di un figlio nascituro, ha argomentato nel modo seguente:

a) partendo dal vincolo di destinazione che caratterizza l'istituto, pone in evidenza come tale vincolo di destinazione sia la «funzione che il fondo è destinato a svolgere, incontestabilmente consistente nella istituzione di un patrimonio a sè (prescindendo in questa sede da ogni considerazione in ordine alla sua qualificazione come autonomo o separato), con vincolo di destinazione dei beni a far fronte ai bisogni della famiglia e ad adempiere alle eventuali obbligazioni sorte per il soddisfacimento della detta esigenza. Più precisamente i vincoli in questione sono individuabili rispettivamente nelle limitazioni nell'amministrazione e nell'alienazione dei beni del fondo indicate dall'art. 169 c.c. (in deroga alla regola generale dettata dall'art. 1379 c.c.), nonché in quella consistente nella previsione di inespropriabilità per alcuni crediti contemplata dall'art. 170 c.c. (in deroga all'art. 2740 c.c.) e costituiscono lo strumento attraverso il quale l'istituto realizza nel concreto la funzione economico - sociale che il legislatore ha inteso attribuirgli»;

b) passando poi ad affrontare l'aspetto delle legittimità o meno della risoluzione convenzionale del fondo patrimoniale la Corte osserva innanzitutto:

- che il profilo problematico sul piano interpretativo deve essere quindi individuato nello stabilire se l'elencazione contenuta nella disposizione di cui all'art. 171 c.c. «abbia o meno carattere tassativo (nel primo caso sarebbe all'evidenza ininfluenza l'accordo in tal senso delle parti), quesito al quale la Corte territoriale ha dato soluzione negativa con argomentazione che può essere condivisa»;

- che la conclusione raggiunta appare rafforzata «da altri due rilievi, rispettivamente consistenti: a) nella previsione dell'art. 171 c.c., u.c., che nel caso di mancanza di figli richiama le disposizioni sullo scioglimento della comunione legale elencate dall'art. 191 c.c., fra le quali è compreso il mutamento convenzionale del regime patrimoniale; b) nella circostanza che è pressoché unanimemente condivisa la necessità di annoverare fra le cause di cessazione del fondo indicate dal citato art. 171 quella relativa alla dichiarazione di morte presunta di un coniuge (causa che risulterebbe pure, peraltro, dallo specifico richiamo operato dal menzionato art. 191), con ciò

non è necessaria richiedere alcuna autorizzazione giudiziale anche nel caso di figli minorenni»; Trib. Torino, 2002, in Vita not., 2002, p. 1193, secondo cui «ritenuto, conformemente alla tesi seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, che qualora l'atto di costituzione di beni immobili in fondo patrimoniale preveda che, anche in presenza di figli minori, i coniugi possano concordemente, senza autorizzazione giudiziale, alienare tali beni, il tribunale deve dichiarare il non luogo a provvedere in ordine alla richiesta d'autorizzazione avanzata da entrambi i coniugi genitori di figli minori».

sostanzialmente venendosi ad indirettamente confermare la natura non tassativa dell'elencazione contenuta nell'art. 171 c.c.»;

c) per poi concludere che: «in mancanza di figli, lo scioglimento del fondo patrimoniale può intervenire anche sulla base del solo consenso dei coniugi»;

d) in presenza di figli minori invece la Suprema corte giunge a conclusioni opposte evidenziando:

- che «depongono in senso contrario sia la ragione ispiratrice dell'istituto, individuabile nell'obiettivo di assicurare un sostegno patrimoniale alla famiglia e di realizzare una situazione di vantaggio per tutti i suoi diversi componenti, sia singole disposizioni dettate segnatamente negli art. 169 e 171 c.c., che risultano fra l'altro del tutto in linea con la ratio della normativa sopra evidenziata. Si intende in particolare fare riferimento: al prescritto limite all'alienazione dei beni del fondo che, se vi sono figli minori, possono essere trasferiti soltanto con l'autorizzazione del giudice nei casi di necessità o utilità evidente (art. 169 c.c.); alla prescrizione della durata del fondo fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio, nel caso in cui vi siano figli minori (art. 171 c.c., comma 2); alla facoltà conferita al giudice di attribuire ai figli in godimento o in proprietà una quota dei beni del fondo, ove le condizioni economiche dei genitori e dei figli, o comunque ogni altra circostanza, lo suggeriscano (art. 171 c.c., comma 3). Se dunque è vero che la costituzione del fondo non determina per ciò solo la perdita della proprietà dei singoli beni da parte dei coniugi che ne sono titolari e che gli stessi possono riservarsi nell'atto di costituzione la facoltà di alienazione dei beni, è pur vero che la detta istituzione (peraltro concretizzata per effetto di una libera scelta dalle parti) determina un vincolo di destinazione per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia (e quindi di tutti i suoi componenti, in essi compresi i figli minori)»;

- che non incide «sulla detta conclusione né la natura gratuita del conferimento né la facoltà, espressamente riconosciuta ai coniugi dal legislatore, di derogare convenzionalmente alla previsione del divieto di alienazione dei beni del fondo, disposta in via generale (art. 169 c.c., comma 1).

Quanto al primo punto, infatti, la qualificazione rileva esclusivamente con riferimento all'atto costitutivo del fondo ed ai conseguenti effetti derivanti dall'utilizzo patologico del negozio posto in essere, essenzialmente focalizzati da una consolidata giurisprudenza sull'applicabilità della L.fall., art. 64, nel caso di fallimento di uno dei coniugi (C. 13/12029, C. 10/16760, C. 06/2327, C. 05/6267). In ordine al secondo è poi sufficiente rilevare che del tutto diversa è l'ipotesi di alienazione di beni del fondo - che comunque nonostante l'atto dispositivo incidente sulla sua consistenza conserva la sua validità ed efficacia - rispetto a quella di cessazione dello stesso che ne determina l'estinzione, sicché il parallelismo di disciplina non appare comunque correttamente evocabile»;

- che «Alla luce delle esposte considerazioni, dunque, va ravvisata in capo ai figli minori una posizione giuridicamente tutelata in ordine agli atti di disposizione del fondo»;

- che «la questione che ulteriormente ne discende riguarda l'estensibilità o meno della disciplina ritenuta applicabile in presenza di figli minori al caso di nascituri. A tale interrogativo il Collegio ritiene di dover dare risposta positiva».

La Suprema Corte che, come detto, non era mai intervenuta in materia di cessazione convenzionale del fondo patrimoniale con una Sentenza, era invece intervenuta con tre ordinanze delle quali una di particolare interesse, in questa sede, relativa ad un fondo patrimoniale che avrebbe dovuto cessare per intervenuto divorzio ma ultrattivo per la presenza di figli minori.

Secondo tale ordinanza ³⁰«La competenza a conoscere della domanda di autorizzazione alla cessazione del fondo patrimoniale costituito in favore di un figlio minore, limitatamente ad alcune unità immobiliari e sull'accordo di entrambi i genitori divorziati, è del tribunale per i minorenni e non di quello ordinario; elemento discriminante è la vigenza o la cessazione del vincolo coniugale al momento della proposizione dell'istanza autorizzatoria, atteso che la sopravvenuta mancanza di coniugio - come nella specie - determina l'esigenza, in caso di permanenza, meramente temporanea, del vincolo di destinazione del fondo fino alla maggiore età del figlio, di prevedere l'intervento del giudice specializzato, al fine di provvedere specificamente alla sua tutela, nell'amministrazione e nella disposizione dei beni, non esistendo più il presupposto della comunione di affetti ed interessi che caratterizza il rapporto matrimoniale quale base giuridico-solidaristica del fondo medesimo, e non costituendo, quindi, la natura parziale del provvedimento un elemento dirimente circa la competenza». Naturalmente il problema strettamente legato al conflitto di competenza fra il Tribunale Ordinario, chiamato a decidere sugli atti di amministrazione di cui all'art. 169 c.c. in presenza di figli minori, ed il Tribunale dei Minorenni, competente nelle diverse ipotesi previste dall'art. 171 c.c., è venuto meno dal 1 gennaio 2013 a seguito dell'art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, ma resta il problema sostanziale delle ipotesi in cui è necessaria l'autorizzazione giudiziale a tutela dei figli minori.

³⁰ La decisione cui si fa riferimento è: Cass., sez. 6 - 1, ord. n. 15859 del 20 settembre 2012, in Ced Cassazione. La Suprema Corte era già intervenuta in tema di regolamento di competenza sulla materia dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale con altre due ordinanze, e cioè: Cass., sez. 1, ord. n. 20418 del 21 settembre 2006, in Ced Cassazione, secondo cui «Competente a conoscere della domanda di autorizzazione allo scioglimento del fondo patrimoniale relativamente ad una sola unità immobiliare è il Tribunale ordinario e non il Tribunale dei minorenni, cui l'art. 38, primo comma, disp. att. c.c., demanda la cognizione delle ipotesi di cui all'art. 171 c.c., e, cioè, di intervenuta cessazione del fondo patrimoniale nella sua interezza per il venir meno degli effetti civili del matrimonio, relativamente alle statuizioni circa i diritti dei figli minori, e non anche delle ipotesi di alienazione di beni del fondo, di cui all'art. 169 c.c.» e Cass., sez. 1, ord. n. 6167 del 27 aprile 2002, in Ced Cassazione.

Alla luce delle decisioni riportate, in presenza di figli minori, potrebbe ipotizzarsi il seguente quadro:

1) i coniugi possono sciogliere consensualmente il fondo patrimoniale se non vi sono figli minori;

2) se vi sono figli minori, o anche solo concepiti, i coniugi non possono sciogliere il fondo patrimoniale, occorrendo una “valutazione” nell’interesse dei minori;

3) l’ipotesi di cessazione del fondo patrimoniale per scioglimento convenzionale va tenuta distinta dall’ipotesi di alienazione prevista dall’art. 169 c.c., infatti:

- gli atti previsti in detta norma non comportano cessazione del vincolo;

- intervengono quindi in un momento in cui il vincolo esiste e va rispettato, con l’applicazione di tutta la conseguente normativa a tutela della famiglia (in presenza del vincolo gli atti di disposizione possono essere compiuti solo in caso di necessità od utilità evidente; a tutela degli interessi della famiglia il ricavato dall’alienazione dovrà essere impiegato per i bisogni della famiglia o reinvestito per far fronte ai bisogni della famiglia).

Nell’ambito di operatività dell’art. 169 c.c., pertanto, gli interessi della famiglia sono tutelati dalla persistenza del vincolo;

4) quando invece l’atto che si vuole compiere è destinato ad agire sul vincolo, esiste una differenza, sul piano degli interessi da tutelare, a seconda che vi siano o meno figli minori. Questa differenza è posta dal legislatore ed è chiaramente desumibile dall’art. 171 c.c., che prevede il perdurare del fondo, anche dopo il venir meno del vincolo coniugale, in presenza di figli minori, ed attribuisce ampi poteri al giudice.

Da ciò consegue che:

a) il fondo patrimoniale, in quanto convenzione matrimoniale, può essere modificato, e quindi anche sciolto, ai sensi dell’art. 163 c.c.;

b) in presenza di figli minori, e quindi nell’ipotesi in cui il fondo patrimoniale non cesserebbe neppure in presenza di una delle cause espressamente previste dall’art. 171, comma primo c.c., la convenzione risolutiva richiederà una valutazione a tutela degli interessi dei figli. La Suprema Corte nella sopra riportata Sentenza non chiarisce tuttavia a chi spetti tale valutazione e come debba concretamente attuarsi la tutela dei figli minori in sede di scioglimento del fondo (che come dice la Cassazione è atto dispositivo “del fondo” e non atto dispositivo “dei beni del fondo”). Le soluzioni possibili potrebbero teoricamente essere le seguenti:

- ritenere che in presenza di figli minori il fondo non possa essere convenzionalmente sciolto. Tale interpretazione particolarmente rigida non appare coerente né con le finalità dell’istituto (potrebbe rispondere all’interesse della famiglia nel suo complesso, e dei figli minori in particolare, lo scioglimento del fondo in un certe

circostanze) né con il disposto normativo dell'art. 171, comma 3 c.c. che comunque consente al giudice di compiere tutte le necessarie valutazioni con ampi poteri;

- ritenere che in presenza di figli minori, anche solo concepiti, per far cessare validamente il fondo patrimoniale occorra il consenso di questi ultimi, espresso da un curatore speciale, debitamente autorizzato ³¹;

- ritenere che in presenza di figli minori, anche solo concepiti, per far cessare validamente il fondo patrimoniale occorra la previa autorizzazione del Giudice, ai sensi dell'art. 171 c.c., ora del Tribunale Ordinario a seguito della modifica introdotta dal citato art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. Questa soluzione, peraltro già ampiamente emersa in dottrina ed in giurisprudenza, come sopra detto, appare la più coerente con il sistema;

c) nel caso di ultrattività del fondo per intervenuto divorzio, in presenza di figli minori si applica sempre l'art. 171 c.c. anche per gli atti di disposizione previsti dall'art. 169 c.c., e quindi eventuali clausole di deroga all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria contenute nell'atto costitutivo del fondo perdono rilievo in quanto l'atto di amministrazione va sempre autorizzato, ai sensi dell'art. 171, comma 3 c.c.

Conclusioni

L'analisi svolta ci porta ad evidenziare le criticità e le utilità nell'utilizzo del fondo patrimoniale nella crisi della famiglia ed in particolare:

a) il fondo patrimoniale già costituito non cessa con la separazione personale, e quindi potrà valutarsi l'impiego di tale strumento in previsione della crisi coniugale ed in funzione di "maggiore tutela" per la famiglia anche nel momento della crisi ³²;

³¹ (38) È la soluzione proposta da M. BELLINIA e A. MUSTO in «La risoluzione consensuale del fondo patrimoniale da parte dei coniugi in presenza di figli minori: la terza via della giurisprudenza di legittimità (nota a Cassazione, 8 agosto 2014, n. 17811)», in CNN Notizie del 18 settembre 2014.

³² Secondo Cass., sez. II civ., 23 settembre 2013, n. 21736, in Archivio Ced Cassazione. «Alle pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, può riconoscersi validità solo quando assicurino una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma (ad esempio concordando un assegno di mantenimento in misura superiore a quella sottoposta a omologazione), o quando concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o quando costituiscano clausole meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c.». Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto che una convenzione, per scrittura privata, intervenuta tra i coniugi non potesse ritenersi nulla per carenza di forma prevedendo il trasferimento, a titolo gratuito, di un cospicuo patrimonio ai figli proprio perché garantiva, nel comune intento delle parti, l'interesse preordinato al conseguimento di un risultato solutorio degli obblighi di mantenimento dei figli gravante sui genitori, né appariva in contrasto con norme imperative di legge o con diritti indisponibili dei due coniugi.

b) il fondo patrimoniale può essere costituito dopo che sia stata omologata la separazione consensuale o che sia stata pronunciata la separazione giudiziale (per adempiere ad obblighi di mantenimento o soddisfare le esigenze abitative familiari o per le altre finalità evidenziate);

c) il fondo patrimoniale nella crisi coniugale cessa con la pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, tuttavia:

- in presenza di figli minori il fondo dura fino al raggiungimento della maggiore età dell'ultimo. Quindi potrà valutarsi utile la costituzione di un fondo patrimoniale in presenza di figli molto piccoli o nascituri, anche se sia prevedibile il venir meno del vincolo coniugale in tempi brevi;

- con il venir meno del vincolo coniugale cessa la "destinazione del fondo" ma non cessano gli eventuali effetti traslativi prodotti dalla singola fattispecie costitutiva adottate fra quelle sopra riportate. Solo per fare un esempio potrà valutarsi utile la costituzione di un fondo patrimoniale nella crisi coniugale per attuare volontà traslative a favore di un coniuge, anche sapendo che il vincolo inizialmente imposto in un tempo più o meno lungo potrà cessare a seguito del venir meno del vincolo coniugale o del raggiungimento della maggiore età da parte dell'ultimo figlio;

d) fra le tipologie genetiche sopra elencate potranno rivelarsi di particolare interesse nella crisi della famiglia, proprio per adempiere ad obblighi di mantenimento e soddisfare esigenze abitative, le seguenti:

- il terzo costituente che attribuisca la proprietà ad uno solo dei coniugi o ad un terzo. Si pensi all'ipotesi non infrequente dei coniugi che hanno fissato la residenza coniugale in un immobile di proprietà, ad esempio, di un genitore, e che abbiano l'interesse (condiviso dal terzo costituente), nei loro accordi di separazione, a trasferire la proprietà ad uno solo dei coniugi o ai loro figli, con le garanzie però assicurate dal fondo patrimoniale di gestione e di separazione patrimoniale;

- il terzo costituente (ad esempio sempre un genitore) che si riservi la proprietà e destini ai bisogni della famiglia di un figlio, proprio nel momento della crisi e magari in presenza di prole in tenera età, un immobile di sua proprietà;

- il coniuge pieno proprietario del bene che si riservi la proprietà o la trasferisca all'altro coniuge o ai figli, sempre però con le garanzie soprattutto sul piano della gestione e della destinazione offerte dagli art. 168, 169 e 170 c.c., e che costituisca un fondo patrimoniale per permettere alla famiglia la fruizione delle utilità del bene (canoni di locazione o fruizione diretta del bene);

- sarà poi possibile anche una sorta di "autodestinazione pura", priva di qualsiasi effetto traslativo quando i coniugi già proprietari del bene in comunione legale o, ancor più, in comunione ordinaria e per quote uguali destinino un bene immobile in fondo patrimoniale con tutte le conseguenze sul piano della amministrazione, della disposizione e della destinazione (basti pensare alla differenza di regime giuridico fra

la comunione ordinaria, dove il coniuge potrebbe alienare la propria quota e il fondo patrimoniale).

Come è stato posto in evidenza il fondo patrimoniale richiede l'esistenza di un vincolo coniugale ed è previsto dal legislatore per "far fronte ai bisogni della famiglia" coniugale.

Parlando di crisi "della famiglia" però viene naturale fare una riflessione alla luce della recente legge 10 dicembre 2012, n. 219 (entrata in vigore per le norme direttamente modificate il giorno 1 gennaio 2013) e successivo D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219." (entrato in vigore l'8 febbraio 2014) i quali hanno completato il percorso di sostanziale equiparazione della famiglia fondata sul matrimonio e del nucleo familiare di fatto.

Ciò emerge anche dalla nuova strutturazione del titolo IX del codice civile sulla Responsabilità genitoriale e sui diritti e doveri del figlio, che prima non aveva "capi", ed ora è diviso in due distinti Capi:

- Il capo I rubricato "Dei diritti e doveri dei figli" che prevede un complesso di norme applicabili sia ai figli nati nel matrimonio che ai figli nati fuori del matrimonio nel caso non vi sia "dissoluzione" del nucleo familiare e va dall'art. 315 all'art. 337;
- Il capo II rubricato "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio" che raggruppa le nuove norme, applicabili sia ai figli nati nel matrimonio che ai figli nati fuori del matrimonio in caso di dissoluzione del legame matrimoniale o di fatto; norme dall'art. 337-bis all'art. 337-octies, che riprendono in sostanza il contenuto degli articoli da 155 a 155-sexies del c.c. che vengono abrogati dall'art. 106 del Regolamento, ad eccezione dell'art. 155 che si limita ad un rinvio alle norme suddette.

È indubbio che questa modifica normativa ha unificato lo Statuto dei diritti e dei doveri, e lo stesso concetto di famiglia nucleare, sia in presenza del vincolo coniugale che in mancanza di esso.

Proprio questo mutato contesto normativo evidenzia l'esigenza di poter disporre anche per la famiglia non fondata sul matrimonio di strumenti convenzionali che regolino il relativo regime patrimoniale, con particolare riguardo a strumenti di protezione simili al fondo patrimoniale.

Il nostro ordinamento, per la destinazione di beni a far fronte ai bisogni del nucleo familiare non coniugale, offre lo strumento dei vincoli di destinazione previsti dall'art. 2645-ter c.c., utilizzabili non solo per la c.d. "famiglia di fatto" ma anche per le esigenze legate al nucleo familiare coniugale dopo la sua dissoluzione (cioè dopo il divorzio)(40).

Quello che emerge è comunque una diversità nella struttura dei due istituti utilizzabili, a fronte di situazioni familiari ormai assunte come analoghe dallo stesso legislatore, ed inoltre molti sono i dubbi interpretativi che ancora pone la scarna disciplina prevista dall'art. 2645-ter c.c. (ancor più scarna di quella dettata dal codice civile per il fondo patrimoniale e che tanti dubbi interpretativi presenta ancora oggi a quaranta anni dalla sua entrata in vigore. Al riguardo ha rilevato la Suprema Corte nella più volte citata Sentenza 17811\2014, che la disciplina dettata per il fondo patrimoniale «non risulta esaustiva, avendo il legislatore ad essa dedicato soltanto cinque articoli, all'interno dei quali non sono puntualmente delineate e distinte le diverse fasi della costituzione, della gestione, della modificazione e dell'estinzione del fondo. Non solo ma nella disciplina adottata sono ravvisabili profili di dubbia coerenza ...»(41)).

Riguardo ai vincoli di destinazione di cui al citato art. 2645-ter, sui quali non ci si può in questa sede soffermare, occorre tener presente:

a) Il dubbio che si è posto se in presenza dell'istituto tipico del fondo patrimoniale:

- esista fra gli istituti un rapporto di "genere a specie" che impedirebbe la possibilità di utilizzare i vincoli di destinazione negli ambiti nei quali può essere utilizzato il fondo patrimoniale;

- ovvero possa applicarsi un principio di alternatività fra i due istituti. Anche chi ammette l'alternatività fra i due istituti tuttavia afferma che negli ambiti di operatività del fondo non si potrebbero derogare, con l'atto costitutivo del vincolo, gli aspetti cogenti della disciplina del fondo (già sopra evidenziati);

b) le criticità legate alla minor flessibilità soggettiva del vincolo di destinazione nel quale l'asserito principio della "altruità" della destinazione comporterebbe l'impossibilità che vi sia unicità soggettiva fra destinante, beneficiario e gestore (pur potendosi ammettere che disponente e beneficiario siano lo stesso soggetto);

c) la necessità che nel vincolo di destinazione lo scopo sia esplicitato al fine della verifica del giudizio di "meritevolezza" richiesto dalla norma;

d) la necessità che nel vincolo di destinazione siano esplicitati i beneficiari;

e) la carenza di ogni riferimento, nella disciplina di cui all'art. 2645-ter c.c., all'amministrazione del patrimonio.

In un'ottica comparativa dei due istituti vengono posti in evidenza anche quelli che sono considerati "punti di forza" dei vincoli di destinazione rispetto al fondo patrimoniale, ed in particolare si rileva che:

- manca nella disciplina del fondo patrimoniale una previsione analoga a quella prevista dall'art. 2645-ter c.c. secondo cui «I beni conferiti e i loro frutti possono

essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione», con la conseguenza che ogni diversa finalità renderebbe l'atto inefficace ³³.

- il vincolo di impignorabilità è più forte negli atti di destinazione; dalla loro trascrizione discende, infatti, un vincolo assoluto di impignorabilità dei beni e dei frutti conferiti nel patrimonio destinato per tutti i debiti contratti per scopi estranei o diversi rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, c.c.

Diversamente accade in tema di fondo patrimoniale, ai sensi dell'art. 170 c.c., secondo il quale i beni del fondo sono passibili di esecuzione anche per debiti contratti per uno scopo estraneo al vincolo di destinazione loro impresso, qualora il creditore non fosse a conoscenza di tale circostanza.

- mentre nei vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. l'aspetto soggettivo non assume nessun rilievo, per quanto concerne il fondo patrimoniale il creditore "in buona fede" è certamente maggiormente tutelato.

- la distribuzione dell'onere della prova è diversamente disciplinata: nel fondo patrimoniale è il debitore che deve fornire la dimostrazione del doppio requisito della estraneità del debito ai bisogni della famiglia e della consapevolezza di tale circostanza in capo al creditore; nel patrimonio di destinazione l'onere di provare la connessione tra debito e finalità destinataria grava, invece, sul creditore.

- infine le evidenziate criticità legate alla cessazione del fondo patrimoniale; diversamente, invece, per l'atto di destinazione rispetto al quale l'art. 2645-ter c.c. stabilisce, quanto alla durata, «un periodo non superiore a novanta anni» o «la durata della vita della persona beneficiaria», e quindi non è legato al vincolo matrimoniale, potendo trovare applicazione anche e proprio per disciplinare le eventuali situazioni patologiche riguardanti il nucleo familiare (divorzio).

³³ (42) Per l'istituto del fondo patrimoniale su questo aspetto si è però formata in tempi recenti una consolidata giurisprudenza di legittimità che, sempre partendo dal vincolo di destinazione, si muove nell'ottica fisiologica della tutela degli interessi familiari contro gli atti abusivi di amministrazione. In questo senso espressamente: Cass., sez. 3, 05 marzo 2013, n. 5385 secondo cui «L'art. 170 c.c., nel disciplinare le condizioni di ammissibilità dell'esecuzione sui beni costituiti nel fondo patrimoniale, detta una regola applicabile anche all'iscrizione di ipoteca non volontaria, ivi compresa quella di cui all'art. 77 del D.P.R. 3 marzo 1973, n. 602. Ne consegue che l'esattore può iscrivere ipoteca su beni appartenenti al coniuge o al terzo, conferiti nel fondo, qualora il debito facente capo a costoro sia stato contratto per uno scopo non estraneo ai bisogni familiari, ovvero quando - nell'ipotesi contraria - il titolare del credito, per il quale l'esattore procede alla riscossione, non conosceva l'estraneità ai bisogni della famiglia; viceversa, l'esattore non può iscrivere l'ipoteca - sicchè, ove proceda in tal senso, l'iscrizione è da ritenere illegittima - nel caso in cui il creditore conoscesse tale estraneità»; Cass., sez. 1, 04 giugno 2010, n. 13622, secondo cui «In materia di fondo patrimoniale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 169 e 170 c.c. e dei principi costituzionali in tema di famiglia, i beni costituiti nel fondo, non potendo essere distolti dalla loro destinazione ai bisogni familiari, non possono costituire oggetto di iscrizione di ipoteca ad opera di terzi, qualunque clausola sia stata inserita nell'atto di costituzione circa le modalità di disposizione degli stessi in difformità da quanto stabilito dal citato art. 169 c.c.; tuttavia, nel caso in cui i coniugi o uno di essi abbiano assunto obbligazioni nell'interesse della famiglia, qualora risultino inadempienti alle stesse, il creditore può procedere all'iscrizione d'ipoteca sui beni costituiti nel fondo, attesa la funzione di garanzia che essi assolvono per il creditore, in quanto correlati al soddisfacimento delle esigenze familiari».

Al riguardo, e proprio in relazione a “bisogni familiari”, il recentissimo provvedimento del Tribunale di Reggio Emilia in data 12 maggio 2014, in una ipotesi di apposizione da parte di un soggetto proprietario di un immobile di un vincolo di destinazione di uso finalizzato al «soddisfacimento delle esigenze abitative ed in genere ai bisogni del nucleo familiare» individuando il termine finale al momento del compimento del quarantesimo anno di età della figlia, afferma:

- che in assenza di pronunce della Suprema Corte sul punto, la maggioritaria tesi giurisprudenziale di merito ha ritenuto che l’art. 2645-ter c.c. non riconosce la possibilità dell’autodestinazione unilaterale di un bene già di proprietà della parte, tramite un negozio destinatorio puro;

- che diversamente opinando, infatti, verrebbe scardinato dalle fondamenta il sistema fondato sul principio, codificato dall’art. 2740 c.c., della responsabilità patrimoniale illimitata e del carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità, atteso che, in forza di una semplice volontà unilaterale del debitore, una porzione o financo l’integralità del suo patrimonio, sarebbero sottratti alla garanzia dei propri creditori;

- che pertanto la portata applicativa della norma, da intendersi come sugli effetti e non sugli atti, deve essere interpretata in senso restrittivo, e quindi limitata alle sole ipotesi di destinazione traslativa collegata ad altra fattispecie negoziale tipica od atipica dotata di autonoma causa (in questi termini, cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere ord. 28 novembre 2013, Trib. Trieste dec. 7 aprile 2006; per questo Tribunale, cfr. poi Trib. Reggio Emilia dec. 27 gennaio 2014, dec. 26 novembre 2012, dec. 22 giugno 2012, ord. 23 marzo 2007), escludendo la possibilità di un vincolo di destinazione autoimposto a un bene già in proprietà del costituente, tramite un negozio destinatorio puro;

- la necessità di un penetrante scrutinio, previsto peraltro dalla stessa norma con l’inciso “meritevoli di tutela” e con il richiamo all’art. 1322, comma 2 c.c., sulla meritevolezza del negozio: è infatti pacifica opinione, dice il Tribunale, che, per affermare la legittimità del vincolo di destinazione, non basta la liceità dello scopo, occorrendo anche un quid pluris integrato dalla comparazione degli interessi in gioco, ed in particolare dalla prevalenza dell’interesse realizzato rispetto all’interesse sacrificato dei creditori del disponente estranei al vincolo (cfr. App. Trieste. sent. n. 1002/2013);

- che il legislatore, in chiave evidentemente riequilibrativa rispetto alle possibilità concesse con il vincolo di destinazione, ha subordinato l’efficacia dello stesso ad un riscontro di meritevolezza in concreto dell’assetto di interessi perseguito dalla parte; e tale riscontro deve essere particolarmente penetrante, proprio in ragione delle potenzialità lesive, nei confronti dei creditori, del vincolo unilateralmente apposto;

- che nel caso concreto, pur risultando il fine di fare fronte ai bisogni della famiglia astrattamente meritevole di tutela, la parte avrebbe dovuto chiaramente indicare, in

concreto, le ragioni che l'hanno indotta ad optare per quella tipologia di vincolo, evidenziando i motivi per i quali la separazione patrimoniale costituisca l'ultimo, o comunque il migliore od il più indicato, strumento per garantire al nucleo familiare quel minimo di tutela che l'ordinamento le riconosce

I BENI MOBILI REGISTRATI. IL REGIME DELLA TASCRIZIONE MOBILIARE

ROBERTO TRIOLA

Magistrato di Cassazione

La trascrizione in materia mobiliare .I principi e le discipline (*)

Sommario: 1. Le caratteristiche. – 2. I rapporti con le altre forme di pubblicità. – 3. I beni. – 4. Gli atti. – 5. Le domande. – 6. L'acquisto per usucapione. – 7. La cancellazione. – 8. Forme e modalità della trascrizione.

1. Le caratteristiche

La trascrizione è prevista, oltre che per gli immobili, anche per alcuni beni mobili (navi e galleggianti, aeromobili, autoveicoli), che costituiscono la categoria dei c.d. beni mobili registrati, i quali, secondo una valutazione compiuta dal legislatore, hanno un ruolo di particolare importanza economica.

Per quanto la disciplina della pubblicità mobiliare abbia molti punti di contatto con quella immobiliare, sia per quanto riguarda gli atti soggetti a trascrizione, sia in ordine agli effetti di essa, si differenzia, tuttavia, in ordine ad un aspetto essenziale.

Mentre, infatti, l'impostazione dei registri mobiliari è su base personale, nel senso che assumono come termine di riferimento le persone che compiono gli atti da trascrivere, per quanto riguarda la pubblicità immobiliare il punto di riferimento è costituito dal bene oggetto della vicenda da rendere pubblica.

Ciò significa che presupposto essenziale della pubblicità mobiliare è la iscrizione del bene in un registro particolare e in un foglio destinato esclusivamente ad esso, sul quale saranno poi segnati gli eventi giuridici successivi, come risulta espressamente dall'art. 2683 c.c. e come è stato ribadito nella Relazione al codice civile (n. 1096): «La individuazione dei beni mobili ai quali si applica la disciplina qui illustrata è fatta dall'art. 2683, il quale pone il principio fondamentale che la pubblicità, e quindi tutte le norme di diritto sostanziale che ad essa si ricollegano, presuppongono l'iscrizione del bene in particolari registri».

2. I rapporti con le altre forme di pubblicità

Un'altra caratteristica della pubblicità mobiliare è costituita dalla annotazione della vicenda da rendere pubblica in appositi documenti destinati a seguire nella circolazione i beni: certificato di proprietà per gli autoveicoli (art. 93, c. str.), atto di nazionalità per le navi maggiori (art. 250, c. nav.), certificato di immatricolazione per gli aeromobili (art. 865, c. nav.).

Secondo un orientamento, le annotazioni in questione rispondono essenzialmente ad uno scopo pratico, nel senso che possono fornire, a prescindere da una visura, spesso di non facile esecuzione immediata, il quadro dei fatti o delle situazioni giuridiche di diritto privato concernenti i mezzi di trasporto per i quali è prevista una determinata forma di pubblicità e che i privati possono utilizzare in ogni momento in cui occorre per giustificare il loro rapporto con il bene.

Si tratterebbe, in definitiva, di pubblicità complementare, nei cui confronti è destinata a prevalere la pubblicità risultante dai pubblici registri.

Una conferma indiretta sarebbe data dall'art. 25, r.d. 29 luglio 1927, n. 1814, il quale prevede che, nell'ipotesi in cui, pur sussistendo un titolo idoneo per richiedere l'iscrizione dell'ipoteca automobilistica o per l'annotazione del trasferimento, l'interessato non sia in grado di esibire il foglio complementare, la pubblicità può avere luogo, sia pure con determinate misure cautelative.

3. I beni

In base all'art. 2683 c.c. devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione gli atti menzionati negli articoli seguenti quando hanno per oggetto:

- a) le navi ed i galleggianti iscritti nei registri indicati dal codice della navigazione;
- b) gli aeromobili iscritti nei registri indicati nello stesso codice;
- c) gli autoveicoli iscritti nel pubblico registro automobilistico.

Mentre non vi sono problemi in ordine alla individuazione delle navi, dei galleggianti e degli aeromobili, per quanto riguarda gli autoveicoli va segnalata una divergenza tra l'art. 54, c. str. (in base al quale gli autoveicoli sono veicoli a motore con almeno quattro ruote, esclusi i motoveicoli) e l'art. 1, c. 1°, r.d. 15 marzo 1927, n. 436, il quale stabilisce: «Agli effetti del presente decreto, nella denominazione di autoveicoli si intendono compresi le autovetture, gli autocarri, le trattrici coi relativi veicoli rimorchiati e ogni altro veicolo assimilabile ai predetti, nonché i motocicli, con

esclusione, nei riguardi di quest'ultimo termine, dei velocipedi muniti di piccoli motori ausiliari, ordinariamente chiamati biciclette a motore o motoleggere».

Ciò non significa, peraltro, che, sulla base del principio della prevalenza della legge successiva, la pubblicità non è prevista per i motoveicoli.

Come è stato osservato in dottrina, l'art. 1, c. 1°, r.d. 15 marzo 1927, n. 436 e l'art. 54, c. str. hanno una valenza non generalizzata, ma limitata alle specifiche materie disciplinate dal testo legislativo nel quale sono inserite. Ciò, del resto, risulta espressamente dalla formulazione dell'art. 1, c. 1°, citato e dell'art. 46, c. str.

4. Gli atti

L'art. 2684 c.c. contiene una elencazione dei contratti, delle sentenze e degli altri provvedimenti giudiziali da trascrivere agli effetti previsti dall'art. 2644 c.c., la quale sostanzialmente riproduce quella di cui all'art. 2643 c.c., con l'esclusione delle vicende relative ai diritti personali di godimento (per cui il conflitto tra più acquirenti di diritti personali di godimento va in ogni caso risolto alla stregua della disposizione contenuta nell'art. 1380 c.c.) e dei diritti reali che possono avere ad oggetto solo beni immobili (servitù, abitazione, enfiteusi, superficie).

Poiché, da un lato, tale disposizione, per quanto riguarda la costituzione e la modificazione dei diritti reali, parla di «contratti» e, dall'altro, manca una disposizione corrispondente all'art. 2645 c.c., la conseguenza è che gli atti unilaterali i quali operano il trasferimento della proprietà dei beni mobili registrati (ad es., retratto successorio) non sono autonomamente trascrivibili, in considerazione della natura eccezionale delle norme in tema di trascrizione. L'interessato dovrà, pertanto, fare accertare giudizialmente il trasferimento e procedere alla trascrizione della sentenza ai sensi dell'art. 2686 c.c.

L'art. 2686 c.c. prevede, poi, che devono essere trascritte (sempre agli effetti dell'art. 2644) le sentenze dalle quali risulta acquistato, modificato o estinto uno dei diritti indicati nell'art. 2684, nn. 1 e 2, in forza di un titolo non trascritto.

Si tratta di una previsione peculiare della trascrizione mobiliare, che si coordina con quella dell'art. 2690, n. 2, c.c., che prevede la trascrizione delle domande giudiziali dirette ad ottenere l'accertamento della convenzione verbale, e che si giustifica con la considerazione che, a differenza dei beni immobili, per i quali gli atti costitutivi, traslativi o estintivi di diritti reali debbono essere fatti per iscritto sotto pena di nullità (ex art. 1350 c.c.), per i beni mobili registrati il requisito della forma scritta ad substantiam non sussiste, ad es., per quanto riguarda gli autoveicoli. In tal modo, tra l'altro, è possibile attuare indirettamente la pubblicità di un contratto che, pur essendo valido ed efficace, non sia trascrivibile, perché, ad es., privo dei requisiti formali necessari per la pubblicità.

Tenuto conto della ratio della disposizione e della sua formulazione, l'estinzione del diritto deve essere ricollegabile ad un negozio e non alla prescrizione.

Contrariamente a quanto ritenuto in dottrina, è da escludere che nel campo di applicazione di tale norma rientrino l'occupazione e l'invenzione, ove configurabili in ordine ai beni mobili registrati, in quanto la menzione del «titolo» sembra presupporre un acquisto negoziale.

L'art. 2684, n. 5, c.c., nel prevedere specificamente la trascrizione dei provvedimenti con i quali, nel giudizio di espropriazione, si trasferiscono la proprietà o gli altri diritti menzionati nei numeri precedenti, non riproduce la riserva finale contenuta nell'art. 2643, n. 6, c.c., che esclude dalla trascrizione il caso della vendita seguita nel processo liberazione degli immobili dalla ipoteche a favore del terzo acquirente. Tale omissione si spiega con la considerazione che, mentre nel campo dei beni immobili, l'art. 2896 c.c. prevede una particolare forma di pubblicità (annotazione) del decreto di trasferimento a favore del terzo acquirente, per le navi e gli aeromobili il provvedimento in questione deve essere trascritto (artt. 678 e 1072, c. nav.). Per gli autoveicoli, si è sostenuto che, attesa la equiparazione di cui all'art. 2810, ultimo comma, c.c., si potrebbe, in mancanza di specifiche disposizioni al riguardo, applicare la disciplina immobiliare.

L'art. 2685 c.c. stabilisce che si devono trascrivere con gli effetti stabiliti per i beni immobili, le divisioni e gli altri atti menzionati nell'art. 2646, la costituzione del fondo patrimoniale e gli altri atti menzionati nell'art. 2647, l'accettazione di eredità e l'acquisto del legato che importano l'acquisto della proprietà, della comunione dell'usufrutto, dell'uso o la liberazione da tali diritti.

Deve essere, ancora, trascritta, agli stessi effetti di cui all'art. 2649 c.c., la cessione dei beni ai creditori (art. 2687 c.c.).

L'art. 2693 c.c., infine, prevede la trascrizione del pignoramento, agli effetti di cui agli artt. 2913-2916 c.c., e del sequestro conservativo, agli effetti di cui all'art. 2906 c.c.

Mentre per quanto riguarda la nave l'art. 650, c. nav. disciplina espressamente le modalità di esecuzione del pignoramento, dettando una disciplina che è analoga a quella che regola il pignoramento immobiliare, per quanto riguarda gli autoveicoli, in mancanza di disposizioni particolari, occorre rifarsi alle norme che regolano il pignoramento mobiliare, per cui non sarà sufficiente la semplice trascrizione, essendo necessaria la materiale apprensione del bene.

5. Le domande

Gli artt. 2689 e 2690 c.c. contengono un'elencazione di domande da trascrivere che sostanzialmente coincide con quella di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c. (con la sola eccezione, naturalmente, della domanda di devoluzione del fondo enfiteutico) ed agli

stessi effetti. L'unica differenza riguarda il termine, più breve (tre anni), entro il quale la trascrizione deve essere effettuata perché la sentenza che accoglie la domanda possa pregiudicare i diritti dei terzi.

L'art. 2690 c.c., inoltre, prevede la trascrizione delle domande dirette all'accertamento dei contratti che trasferiscono la proprietà o costituiscono la comunione e dei contratti che costituiscono o modificano il diritto di usufrutto. La trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni o iscrizioni prese contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda.

Si tratta di una disposizione che costituisce il logico corollario dell'art. 2686 c.c., nel senso che è diretta ad evitare che in pendenza del giudizio il convenuto possa alienare il bene a terzi.

Le domande vanno annotate secondo le modalità previste dall'art. 2654 c.c.

6. L'acquisto per usucapione

In base all'art. 2689 c.c. devono essere trascritte le sentenze da cui risultano acquistate per usucapione la proprietà, la comproprietà, l'usufrutto o l'uso.

Tale pubblicità ha gli stessi effetti di quella prevista dall'art. 2651 c.c.

A differenza di quest'ultima norma non è, però, prevista la pubblicità degli altri acquisti a titolo originario e dell'estinzione dei diritti reali limitati per prescrizione. Tale omissione è stata giustificata in dottrina con la scarsa rilevanza pratica di tali modi di acquisto per i beni mobili registrati.

7. La cancellazione

Per quanto riguarda la trascrizione mobiliare manca un esplicito richiamo dell'art. 2668 c.c., il quale disciplina la cancellazione della trascrizione.

Secondo un'opinione, l'omissione non indurrebbe, tuttavia, a ritenere che la cancellazione sarebbe formalità priva di riscontro nel settore dei mobili registrati, in quanto la contrapposizione tra annotazione e cancellazione, desumibile dagli artt. 2654, 2655 e 2668 c.c., se ha un preciso significato nei riguardi del diverso contenuto sostanziale delle due figure, manca assolutamente di rilievo dal punto di vista estrinseco e formale. Tanto quelle che il codice chiama annotazioni, quanto le cancellazioni, costituiscono, dal punto di vista formale, degli «annotamenti». Ora, se, con riferimento ai beni mobili registrati si ammette la possibilità delle annotazioni elencate negli artt. 2654 e 2655 c.c., è logicamente un assurdo negare la possibilità di eliminare, quando sussistano gli estremi, le annotazioni stesse attraverso l'ulteriore annotamento di cancellazione. Il rinvio, nell'art. 2692 c.c., all'art. 2668, non sarebbe espresso, ma implicito, per quanto attiene alle ipotesi regolate all'ultimo comma di tale disposizione, intimamente legato all'art. 2659, ultimo comma ed all'art. 2660, n.

6, disposizioni queste ultime che si applicano anche nel settore della pubblicità mobiliare.

In senso contrario si è osservato che la specialità dell'art. 2668 c.c. esclude la possibilità di qualsiasi estensione fuori del campo per il quale essa è dettata, tanto più in considerazione del fatto che mentre l'annotazione ha meri effetti di pubblicità-notizia, la cancellazione ha efficacia sostanziale.

Secondo un'altra opinione la negazione dell'istituto della cancellazione non avrebbe alcuna giustificazione razionale e dovrebbe imputarsi ad una grave dimenticanza del legislatore; ne consegue che, prima di giungere alla soluzione negativa, occorre tentare ogni via per mettere in armonia la disciplina positiva con le esigenze logiche, che ripugnano ad ammettere che una domanda giudiziale rigettata debba continuare a figurare perpetuamente nel registro della pubblicità mobiliare.

Sotto tale profilo sarebbe decisivo l'art. 2694 c.c. nel senso che le altre disposizioni non incompatibili contenute nel Capo III, Titolo I, Libro VI c.c. fatte salve dalla norma in questione non sarebbero soltanto quelle che riguardano la formalità della trascrizione, ma anche quelle che alla trascrizione comunque si riferiscono, come appunto quelle in tema di cancellazione. In senso contrario si può osservare che tale disposizione non può che fare riferimento ad ipotesi contenute nello stesso codice civile, ma in sede diversa da quella dedicata alla trascrizione. Diversamente opinando, sarebbe incomprensibile la portata dell'art. 2695, c. 2°, c.c., il quale stabilisce che per quanto riguarda le forme e le modalità della trascrizione, in mancanza di una disciplina specifica si osservano le norme concernenti la trascrizione degli atti relativi ai beni immobili in quanto sono applicabili. Ed è proprio a tale ultima disposizione che occorre, invece, fare riferimento, non essendovi alcun ostacolo letterale o logico a ritenere che tra le norme in tema di forme e modalità della trascrizione immobiliare, che si applicano anche alla trascrizione mobiliare, rientrano quelle relative alla cancellazione della pubblicità.

8. Forme e modalità della trascrizione In base all'art. 2695 c.c. le forme e le modalità delle trascrizioni mobiliari sono regolate dal codice della navigazione, per quanto riguarda le navi e gli aeromobili, e dalla legge speciale per quanto riguarda gli autoveicoli. In mancanza si osservano le norme concernenti la trascrizione degli atti relativi ai beni immobili, in quanto sono applicabili. A tal fine non sembra sussistano ostacoli, ad es., all'applicazione dell'art. 2669 c.c., il quale consente la trascrizione quantunque non sia stata ancora pagata l'imposta di registro. È discusso se si applichi l'art. 2671 c.c., il quale prevede l'obbligo del pubblico ufficiale di provvedere alla trascrizione «nel più breve tempo possibile». La risposta negativa sembra preferibile in quanto non si può far rientrare la norma in questione tra quelle che disciplinano forme e modalità della trascrizione.

Ciò non toglie, naturalmente, che la responsabilità del pubblico ufficiale rogante possa essere affermata, con riferimento alle caratteristiche del caso di specie, in base ai principi generali in tema di inadempimento delle obbligazioni.

Per gli stessi motivi è da escludere l'applicabilità dell'art. 2667, c. 3°, c.c., nella parte in cui prevede che la mancanza della trascrizione non può essere opposta dalle persone che avevano l'obbligo di eseguirla per i propri rappresentati o amministrati o dai loro eredi.

I prodotti finanziari

Il prodotto finanziario rappresenta, in estrema sintesi, il motore dei mercati stessi. E' infatti l'oggetto di contrattazione tra i vari operatori, per la cui compravendita si mette in moto tutto il sistema finanziario

di Daniele Tortoriello

Sono necessarie alcune precisazioni in merito ad alcuni termini che vengono usati in materia di regolamentazione dei mercati in relazione ai prodotti oggetto di contrattazione. In primo luogo, il Testo unico della finanza definisce i prodotti finanziari in maniera molto generica, descrivendoli come gli strumenti finanziari o qualsiasi altra forma di investimento di natura finanziaria; pertanto gli strumenti finanziari e i prodotti finanziari non sono la stessa cosa, essendo i primi compresi nei secondi. Una definizione così ampia è funzionale per il futuro e di ampia prospettiva, in quanto riesce a comprendere anche nuovi prodotti dell'ingegneria finanziaria, non ancora trattati, che potrebbero essere creati. Gli strumenti finanziari, invece, sono definiti in maniera molto dettagliata, in quanto cercano di raccogliere tutte o quasi le forme di investimento rilevate sui mercati, regolamentati e non. In particolare, per strumenti finanziari si intendono:

- **le azioni e gli altri titoli rappresentativi di capitale di rischio** negoziabili sul mercato dei capitali;

Le azioni sono le singole parti unitarie in cui è diviso il capitale delle società per azioni. Il titolare di un'azione, quindi, possiede un "pezzetto" della società, con tutti i diritti e gli oneri. Le azioni sono anche un titolo di credito, cioè uno strumento che incorpora un diritto e ne facilita la trasmissione ad altri soggetti. Le azioni possono essere quotate o non quotate. Nel primo caso è più facile acquistarle o venderle ad un prezzo di mercato. Le azioni non quotate, invece, possono presentare grossi problemi al momento della vendita. Attraverso

l'emissione e il collocamento delle azioni, le società per azioni finanziano la propria attività.

Oneri e diritti dell'azionista L'azionista è un socio, e non un creditore, della società e quindi partecipa all'attività economica della società stessa sopportandone i rischi in caso di perdite. Rischi, peraltro, che sono limitati al valore delle azioni possedute.

I diritti dell'azionista sono:

- la percezione dei dividendi, se distribuiti dalla società;
- la possibilità di esprimere il proprio voto nelle assemblee;
- la possibilità di consultare determinati libri sociali;
- la possibilità di impugnare le delibere assembleari invalide.

Le principali categorie di azioni

Di norma le azioni hanno uguale valore (valore nominale) e uguali diritti. Tuttavia, le società, nello statuto, possono prevedere diverse categorie di azioni, con diritti amministrativi ed economici differenziati:

Le azioni di risparmio: Non danno diritto di voto ma hanno dei privilegi di natura economica in genere riferiti alla distribuzione dividendi;

Le azioni privilegiate Generalmente queste azioni prevedono una prevalenza nella distribuzione dei dividendi a fronte della limitazione del diritto di voto alle sole assemblee straordinarie;

Le azioni a voto plurimo Prevedono la possibilità, per le società non quotate, di creare statutariamente azioni con diritto di voto plurimo. Anche le società quotate possano avere azioni a voto plurimo nel caso in cui tale categoria fosse già presente prima della quotazione.

Le azioni a voto maggiorato Gli statuti delle società quotate possono prevedere che sia attribuito un voto maggiorato, fino a un massimo di due voti, per ciascuna azione appartenente al medesimo soggetto per un periodo continuativo non inferiore a due anni.

A parte il caso di chi decida di acquistare azioni di società (generalmente di piccole dimensioni) direttamente dalla società stessa o dai suoi azionisti, il luogo dove sono negoziati i titoli azionari è il mercato azionario. I "mercati" operanti in Italia possono essere suddivisi in tre categorie: Mercati regolamentati; Sistemi multilaterali di negoziazione ("MTF"); Internalizzatori sistematici. Il più importante mercato regolamentato azionario è gestito da Borsa Italiana s.p.a.

Le persone fisiche (o anche le società) che vogliono compravendere titoli, devono rivolgersi ad intermediari autorizzati, cioè essenzialmente banche e società di intermediazione mobiliare - SIM, i quali inseriranno per loro conto nei sistemi di negoziazione gli ordini di acquisto e vendita di azioni

- le obbligazioni e gli altri titoli di debito negoziabili sul mercato dei capitali;

Chi acquista un'obbligazione versa del denaro a chi l'ha emessa (detto "emittente") che lo utilizza per finanziarsi e si impegna a restituirlo alla scadenza ed a pagare un interesse.

Emittente

L'emittente, che beneficia dell'operazione di finanziamento, è, tipicamente, uno Stato, una società privata, una banca ecc.. Dalla sua solidità economica dipende il pagamento degli interessi e la restituzione del capitale investito.

Scadenza

La scadenza individua il termine del prestito obbligazionario, il momento in cui l'emittente dovrà restituire le somme ricevute. Le obbligazioni possono essere a breve, medio e lungo termine.

Interesse

L'interesse, che viene normalmente corrisposto tramite cedole, è il prezzo che l'investitore pretende per prestare il proprio denaro. La sua funzione è duplice: compensare l'acquirente per la rinuncia a una certa somma di denaro e per il rischio a cui si espone, in quanto l'emittente potrebbe non restituire il denaro.

Rendimento

Il rendimento dell'obbligazione, oltre che dall'interesse, è composto anche dal guadagno in conto capitale (capital gain), che si ha se il titolo è acquistato a un prezzo minore di quello a cui è rimborsato o venduto. Se, al contrario, il titolo viene rimborsato o venduto ad un prezzo minore di quello di acquisto, si ha una perdita in conto capitale.

Il rendimento delle obbligazioni è ridotto, anche in maniera sensibile, dalle commissioni di negoziazione e dalla tassazione.

I tipi di obbligazioni

Esistono moltissimi tipi di obbligazioni. Una prima, grande, classificazione distingue fra:

- obbligazioni ordinarie, dette anche plain vanilla;
- obbligazioni strutturate.

Le obbligazioni ordinarie possono suddividersi, a loro volta, in due categorie:

- a tasso fisso, che attribuiscono all'investitore interessi in misura predeterminata;
- a tasso variabile, il cui interesse non è predeterminato, ma variabile in relazione ai tassi di mercato. Le obbligazioni a tasso variabile, a parità di altre condizioni, sono più sicure, in quanto offrono rendimenti sempre in linea con quelli di mercato.

Le obbligazioni strutturate sono più complesse e meno facilmente comprensibili. In particolare, la loro "struttura" si basa sulla combinazione di due elementi:

- una componente obbligazionaria ordinaria, che può prevedere o meno il pagamento di cedole periodiche e che assicura la restituzione del valore nominale del titolo;
- un contratto derivato, che fa dipendere la remunerazione dell'investitore dall'andamento di uno o più parametri finanziari o reali, come ad esempio indici o combinazioni di indici di borsa, azioni, fondi comuni, tassi di cambio o materie prime.

Si tratta di prodotti complessi. Prima di acquistarli dobbiamo essere sicuri di averne compreso il funzionamento, struttura, le possibilità di rendimento e i rischi.

I rischi

Le obbligazioni, come ogni attività finanziaria, comportano dei rischi. E' bene subito affermare che sicurezza e redditività sono di norma concetti opposti: interessi elevati sono la contropartita di rischi altrettanto elevati.

I rischi tipici sono:

Rischio di interesse

- il rischio di interesse, che riguarda la possibilità che il prezzo del titolo diminuisca a seguito di variazioni dei tassi di interesse.

- I titoli a tasso fisso, e soprattutto quelli a lunga scadenza, sono maggiormente esposti a questo rischio rispetto ai titoli a tasso variabile. Infatti, se variano i tassi di interesse:
- i titoli a tasso fisso non possono modificare le cedole e, quindi, per adeguare il loro rendimento ai nuovi livelli dei tassi, si modifica il prezzo;
- i titoli a tasso variabile adeguano le cedole al nuovo livello dei tassi per cui il prezzo si modifica solo limitatamente (tale modifica dipende dalla velocità e dall'ampiezza con cui avviene l'adeguamento delle cedole).

Rischio di credito

il rischio di credito (o rischio emittente), che è legato alla possibilità che l'emittente sia inadempiente, in tutto o in parte, nel pagamento degli interessi e/o del capitale.

Sotto questo profilo, esistono titoli di diversa rischiosità, poiché non tutti gli Emittenti hanno la stessa affidabilità. Ad esempio, uno Stato è generalmente più affidabile di una impresa privata e, infatti, il fallimento di uno Stato, anche se possibile, è meno probabile di quello di un'impresa.

LE OBBLIGAZIONI SUBORDINATE

E anche per lo stesso emittente, non tutte le obbligazioni hanno il medesimo rischio. Esistono infatti le obbligazioni subordinate, per le quali il pagamento delle cedole ed il rimborso del capitale, in caso di particolari difficoltà finanziarie dell'emittente, dipendono dalla soddisfazione degli altri creditori non subordinati (o subordinati di livello inferiore, perché possono esistere vari livelli di subordinazione, ai quali corrispondono diversi livelli di rischio).

La presenza di livelli diversi di merito creditizio spiega perché non tutte le obbligazioni offrono lo stesso rendimento, anche se uguali per scadenza e per tipologia. Il rendimento, infatti, cresce al ridursi dell'affidabilità dell'emittente.

Esistono delle agenzie di rating che misurano l'affidabilità di un emittente assegnando un rating che individua il relativo rischio di credito. Il rating non è altro che un giudizio sulla capacità dell'emittente di far fronte ai suoi impegni.

Rischio di liquidità

il rischio di liquidità si riferisce alla difficoltà di vendere rapidamente ed economicamente (cioè senza perdite in termini di prezzo) le proprie

obbligazioni prima della scadenza. A questo riguardo, i titoli non quotati sono sicuramente meno liquidi di quelli quotati;

Rischio di cambio

il rischio di cambio che si corre se si investe in titoli denominati in valuta diversa da quella domestica ed è legato alla variabilità del rapporto di cambio tra le due valute.

Le obbligazioni - come del resto tutti i titoli - possono essere acquistate sul:

- mercato primario, sottoscrivendoli al momento in cui vengono offerti per la prima volta al pubblico;
- mercato secondario, cioè acquistandoli "in borsa", in un momento successivo alla loro emissione, da chi lo ha già acquistato. La presenza di un mercato secondario permette all'investitore, in caso di necessità, di vendere prima della scadenza i propri titoli. In assenza di un mercato secondario l'investitore dovrebbe, con molta probabilità, aspettare la scadenza del titolo per smobilizzare la propria posizione.

- **le quote di fondi comuni di investimento;**

I fondi comuni sono strumenti di investimento, gestiti dalle società di gestione del risparmio (sgr) che riuniscono le somme di più risparmiatori e le investono, come un unico patrimonio, in attività finanziarie (azioni, obbligazioni, titoli di stato, ecc.) o, per alcuni di essi, in immobili, rispettando regole volte a ridurre i rischi. Sono suddivisi in tante parti unitarie, dette quote, che vengono sottoscritte dai risparmiatori e garantiscono uguali diritti.

Accanto alla forma tradizionale, sgr/fondo comune, la stessa attività di investimento può essere svolta dalle società di investimento a capitale variabile (sicav) o a capitale fisso (sicaf). In teoria, la differenza è netta, perché il fondo comune è un patrimonio a sé stante, costituito con il denaro dei sottoscrittori e gestito dalla sgr, mentre le sicav e le sicaf sono vere e proprie società di cui i sottoscrittori divengono soci con tutti i relativi diritti (ad esempio il diritto di voto). In pratica, sia i fondi che le sicav e le sicaf svolgono lo stesso tipo di attività, per cui nel prosieguo con il termine "fondo" ci riferiamo anche alle "sicav" e alle "sicaf".

I vantaggi:

- gestione del patrimonio da parte di professionisti che utilizzano le loro conoscenze ed esperienza;
- diversificazione degli investimenti;

- qualificazione del fondo come patrimonio giuridicamente separato dal patrimonio della società di gestione. Ciò rende impossibile che i creditori della società di gestione possano aggredire il fondo;
- articolata serie di controlli, sia pubblici (Consob e Banca d'Italia) che privati (controlli interni alla società, società di revisione, banca depositaria);
- disponibilità di informazioni per scegliere e seguire l'investimento.

Fra i vantaggi, però, non c'è la garanzia di un rendimento o dell'integrità del capitale: il valore delle attività che compongono i fondi, infatti, può variare in connessione all'andamento dei relativi mercati.

I tipi di fondi

Esistono vari tipi di fondi. Una distinzione fondamentale è fra:

- Fondi aperti

fondi aperti, che consentono di sottoscrivere quote, o chiederne il rimborso, in qualsiasi momento. Questi fondi investono normalmente in attività finanziarie quotate.

- Fondi chiusi

fondi chiusi, che consentono di sottoscrivere quote solo nel periodo di offerta, che si svolge prima di iniziare l'operatività vera e propria, e le rimborsano di norma solo alla scadenza del fondo. Ai fondi chiusi sono riservati investimenti poco liquidi e di lungo periodo (immobili, crediti, società non quotate).

- Fondi aperti "Armonizzati"

Fra i fondi aperti, sono molto importanti, per la loro diffusione, i fondi "armonizzati", costituiti nei paesi dell'Unione europea, che investono prevalentemente in titoli quotati (azioni, obbligazioni, ecc.). Il termine "armonizzati" deriva dal fatto che seguono regole e criteri comuni volti a tutelare gli interessi dei risparmiatori, limitando e frazionando i rischi assumibili dai fondi. La vigilanza sui fondi armonizzati è affidata alle autorità del paese di origine (ad esempio, un fondo lussemburghese sarà vigilato dall'autorità del Lussemburgo, anche se offerto in Italia). Alle autorità italiane spetta esclusivamente la vigilanza sulle modalità di commercializzazione del prodotto nel nostro Paese.

A seconda delle loro politiche di investimento, i fondi armonizzati si suddividono in:

- Fondi Azionari

azionari - investono prevalentemente in azioni e, generalmente, si caratterizzano per un alto grado di rischio;

- Fondi Obbligazionari

obbligazionari - investono principalmente in titoli di Stato ed in obbligazioni e si caratterizzano per un grado di rischio generalmente minore dei fondi azionari;

- Fondi Bilanciati

bilanciati - investono sia in azioni che in obbligazioni, con livelli di rischio via via crescenti in base alla percentuale di azioni presenti in portafoglio;

- Fondi Monetari

I monetari investono in strumenti del mercato monetario a breve termine (non superiore a 6 mesi).

Per scegliere il fondo occorre leggere il KIID (Key Investor Information Document) – che deve essere obbligatoriamente consegnato al sottoscrittore – e prestare molta attenzione alle c.d. caratteristiche chiave:

- finalità e politica di investimento - le principali tipologie di attività in cui il fondo investe con particolare riguardo, se rilevante, all'area geografica o settoriale di riferimento.
- profilo di rischio-rendimento – ciascun fondo è classificato con un indicatore sintetico di rischio che va da 1 (minimo rischio) a 7 (massimo rischio);
- costi – commissioni di sottoscrizione e/o di rimborso, commissioni di gestione, commissione di performance. Conoscere i costi è importante, primo, perché possono abbattere in maniera significativa il rendimento del fondo e, secondo, perché molti fondi offrono formule alternative di costi (ad esempio commissioni di rimborso invece che di sottoscrizione) che meglio possono soddisfare le nostre esigenze;
- rendimenti passati – per ciascun fondo vengono riportati i rendimenti conseguiti negli ultimi 10 anni. Occorre però non sopravvalutare questi dati perché non vi è alcuna certezza di conseguire analoghi rendimenti in futuro. L'investimento in fondi deve essere seguito nel tempo. In questo, il

risparmiatore è avvantaggiato dalla mole di informazioni che può ottenere, grazie alle quali può monitorare l'investimento ed, eventualmente, maturare altre scelte.

Le informazioni a disposizione del risparmiatore sono:

- valore della quota, pubblicato sui principali quotidiani o anche su internet. Ci dà giorno per giorno l'ammontare e l'andamento del nostro investimento;
- modifiche su caratteristiche importanti del fondo, che devono essere comunicate singolarmente a ciascun partecipante (identità del gestore, variazioni della politica di investimento, aumento superiore al 20% dei costi, ecc.);
- la parte 2a del prospetto informativo, contenente tutti i dati aggiornati di rendimento del fondo e del benchmark, che deve essere inviata al risparmiatore entro il mese di febbraio di ciascun anno;
- documenti contabili del fondo (rendiconto annuale e relazione semestrale) che illustrano la situazione patrimoniale e reddituale del fondo.

I Titoli di Stato :

Titoli di Stato sono strumenti emessi dai governi nazionali per finanziare le proprie esigenze di indebitamento, soddisfare il fabbisogno del paese e far fronte alle attività istituzionali.

Sul MOT è possibile negoziare i titoli di Stato di diversi paesi dell'Unione Europea, oltre naturalmente a tutti i Titoli di Stato italiani. Sono infatti quotati titoli governativi tedeschi, francesi, spagnoli, greci, austriaci e svedesi. I titoli di Stato sono caratterizzati da:

- regolarità nei collocamenti: le emissioni di titoli statali vengono fatte con cadenze regolari secondo programmi stabiliti dai singoli governi nazionali per soddisfare il fabbisogno del Paese.
- possibilità di impostare diverse strategie di trading: attraverso l'accesso a tali strumenti è possibile, per gli investitori più esperti, "scommettere" sulla futura pendenza della curva dei rendimenti di un paese, oppure sull'andamento del differenziale tra i tassi di rendimento di titoli simili appartenenti a curve di paesi diversi.
- alto livello di liquidità: la semplicità delle strutture e gli elevati quantitativi emessi contribuiscono a dare a questi strumenti un alto livello di liquidabilità, garantito da numerose proposte in acquisto e in vendita che facilitano la possibilità per gli investitori di negoziare in ogni momento il titolo stesso.

Nel dettaglio i Titoli di Stato italiani, si dividono in Buoni Ordinari del Tesoro (BOT), Certificati del Tesoro Zero Coupon (CTZ), Certificati di Credito del Tesoro

(CCT/CCTeu), Buoni del Tesoro Poliennali (BTP), Buoni del Tesoro Poliennali indicizzati all'Inflazione Europea (BTP€i) e BTP Italia.

I derivati sono dei prodotti finanziari (come le azioni, le obbligazioni, i depositi vincolati, ecc..) il cui valore deriva (da cui il nome) da quello di un'altra grandezza.

La grandezza viene chiamata sottostante e può essere dei tipi più disparati: azioni, obbligazioni, tassi d'interesse, tassi di cambio, grano, metalli, oro, tempo meteorologico,... Dal punto di vista pratico i derivati nascono con lo scopo di ridurre o annullare un certo rischio. Poniamo, ad esempio, che un produttore di grano, in gennaio, abbia paura che il prezzo del grano che oggi vale € 100, a giugno possa scendere. Quello che può fare è mettere in piedi una strategia di acquisto/vendita di derivati in modo da tutelarsi contro tale evenienza. Questa premessa va fatta perché, molto spesso, i derivati vengono demonizzati da gran parte dei media in quanto ritenuti pericolosi. I derivati sono, invece, degli strumenti molto potenti che, però, vanno compresi prima di essere utilizzati. Il parallelo che mi viene in mente è quello del coltello. Un coltello è uno strumento prezioso per molte azioni, talune anche impossibili senza, ma in mano ad una mano poco esperta, può diventare molto pericoloso.

- **i contratti futures su strumenti finanziari, su tassi di interesse, su valute, su merci e sui relativi indici, anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;**

Il future è un contratto a termine standardizzato relativo ad un'operazione di acquisto o vendita di una attività finanziaria (underlying) in una data futura, ad un prezzo prefissato (prezzo di esercizio, o strike price). Con la compravendita dei future, le parti assumono l'obbligo di scambiarsi l'attività sottostante ad una data futura ed ad un prezzo definito nel contratto. Caratteristica fondamentale dei future è rappresentata dal cosiddetto “**effetto leva**”, capace di amplificare notevolmente i guadagni ma allo stesso tempo esponendo che ne fa utilizzo a rischi di perdite altrettanto elevate.

I mercati dei futures hanno origini antiche, si possono far risalire al Medio Evo sviluppandosi per soddisfare le necessità di agricoltori e mercanti, basti pensare ad esempio alla posizione, nel mese di Aprile di un certo anno, di un agricoltore che mieterà il grano in Giugno.

L'agricoltore è incerto sul prezzo che riceverà per il grano, in anni di scarsità potrebbe spuntare prezzi relativamente alti, mentre in anni di sovrapproduzione il grano potrebbe essere venduto a prezzi di liquidazione, facile capire come l'agricoltore sia esposto ad un forte rischio.

Si consideri ora un mercante che ha una continua necessità di acquistare il grano, anch'egli è esposto al rischio di prezzo, nel suo caso la sovrapproduzione genererà prezzi favorevoli e la scarsità prezzi esorbitanti. E' chiaramente ragionevole che l'agricoltore ed il mercante si incontrino ad Aprile (o anche

prima) per definire un prezzo in linea con la produzione di grano che i due si attendono per Giugno; in altre parole è per loro ragionevole stipulare un contratto future. Il contratto fornisce a ciascuna parte un modo per eliminare il rischio che l'incertezza sul futuro prezzo del grano comporta; l'esempio esposto rappresenta la "natura" che sottende ad un contratto future, che per essere definito tale dovrà essere quotato su una Borsa regolamentata.

Il primo contratto ufficiale di tipo future ha trovato attuazione a Chicago nel 1848. Gli agricoltori volevano fissare un limite al prezzo al quale poter vendere i loro raccolti; i commercianti volevano vincolare il prezzo da pagare per venire in possesso dei raccolti. Stipulando un contratto future agricoltori e commercianti raggiungono contemporaneamente i propri obiettivi.

I futures hanno caratteristiche standard, come il tipo di attività sottostante, la dimensione del contratto, la scadenza e le modalità di liquidazione, definiti dal mercato in cui vengono negoziati. L'acquirente del futures ha una posizione lunga (è long nel futures), mentre il venditore ha una posizione corta (è short nel futures). I contratti future incorporano, quindi, una promessa di seguire una prestazione basata sull'andamento del prezzo di una o più attività (merci, attività finanziarie, tassi di interesse, valute ecc.) detta attività sottostante. I future sono diversi dai contratti spot nei quali ci si accorda per acquistare o vendere un'attività immediatamente.

Se si desidera acquistare o vendere un contratto future occorre aprire un conto presso la Clearing House o presso un intermediario che ha un conto presso la stessa. L'acquirente che acquista un contratto future deve versare un margine iniziale di garanzia. **Ogni giorno poi le posizioni aperte vengono "riprezzate" con il meccanismo di marking to market:** la posizione aperta in acquisto o in vendita viene ricalcolata sulla base del prezzo corrente. Ciò determinerà addebiti e accrediti a seconda della posizione aperta.

I future, come detto, sono contratti standardizzati, caratterizzati cioè da una struttura uniforme, e dal rispetto di condizioni e clausole comuni e immutabili: ne discende la necessità degli operatori di adattarsi alle prefissate condizioni del contratto (in pratica gli operatori decidono solo se acquistare o vendere un future). Tale caratteristica li differenzia da altri contratti a termine dove le condizioni sono liberamente concordate tra le parti.

Il future è un contratto bilaterale, che sancisce l'impegno assunto da due parti ad adempiere ad una determinata obbligazione parti ad adempiere ad una determinata obbligazione.

Caratteristiche di un contratto future

Attività sottostante

I contratti future in base alla natura dell'attività dipendente si differenziano in :

- contratti su merci (commodity future)
- su attività finanziarie (financial futures)

I commodity future si differenziano a seconda che si tratti di merci o beni continuamente producibili ed immagazzinabili per un tempo indefinito (petrolio, legno, ecc) o viceversa che il bene oggetto del contratto sia stagionale come i prodotti agricoli (succo di arancia, cotone ecc) e che hanno un'avita residua breve. Le classi di prodotti negoziabili presso le borse merci sono: beni agricoli, prodotti forestali, prodotti energetici, metalli preziosi e non.

Mentre i financial futures che hanno attività finanziarie come beni sottostanti si distinguono in :

- future sui tassi di interessi (interest rate future)
- future su indici azionari (stock index future)
- future su divise (currency future)
- future sui rischi di credito

Quantità (valore nominale)

La dimensione del contratto riguarda l'ammontare che il venditore deve consegnare alla scadenza del contratto.

Scadenza e liquidazione

I futures hanno data di scadenza prestabilita: ad esempio, il Future sull'S&P/MIB scade il terzo venerdì dei mesi di marzo, giugno, settembre e dicembre. Alla scadenza, il venditore deve consegnare il bene oggetto del contratto (nel caso di futures su titoli di Stato o su merci) e il compratore pagare il prezzo pattuito. Alcuni futures su attività finanziarie, come gli indici di Borsa, vengono liquidati per contanti, data l'impossibilità di consegnare fisicamente l'indice.

Per il Future sull'S&P/MIB il prezzo finale di liquidazione a scadenza corrisponde al valore dell'indice S&P/MIB calcolato sui prezzi di apertura dei titoli componenti il paniere dell'ultimo giorno di negoziazione. La maggior parte dei contratti futures tuttavia non giunge mai alla scadenza in quanto vengono chiusi prima sul mercato secondario (alcuni investitori compiono le proprie operazioni addirittura all'interno di una singola giornata di contrattazione, senza lasciare posizioni aperte per il giorno successivo). In questo caso l'utile per gli investitori corrisponde alla differenza tra il valore di acquisto del contratto e il valore finale dello stesso.

L'utilizzo dei future

Gli operatori che intervengono sul mercato dei future possono perseguire molteplici finalità ed essere classificabili come:

- **Hedger** : operatori che attuano operazioni di copertura in quanto desiderano proteggere il loro portafoglio da rischi finanziari. La finalità di copertura rischi è quella che ha dato origine ai mercati future. Per eliminare i

rischi di volatilità relativi ad un investimento in essere, l'intermediario può creare una posizione di segno opposta sul mercato dei future, in questo modo le eventuali perdite subite nella posizione cash sarebbero compensate da un uguale guadagno nella posizione future e viceversa.

Esempio future ai fini di copertura

Un operatore finanziario essendo troppo esposto con il suo portafoglio in titoli azionari, vuole coprirsi da un'eventuale diminuzione del mercato azionario attraverso la stipula di un contratto future; in questo caso l'intermediario vende il future, assumendo una posizione che guadagna con il ribasso dei prezzi e coprendosi dalle possibili perdite in conto capitale del portafoglio costituito da titoli azionari. Nel caso in cui le previsioni dell'operatore risultassero verificate, la perdita del portafoglio sarebbe compensata dal riacquisto del future, ad un prezzo minore, a chiusura dell'operazione fatta in precedenza (vendita).

- **Speculatori** : che cercano di individuare situazioni di squilibrio sui mercati per trarne profitto aprendo e chiudendo posizioni esclusivamente sul mercato futures.

Esempio di utilizzo future ai fini speculativi

Un operatore visto il rallentamento della crescita inflazionistica, si attende una riduzione dei tassi di interesse e di conseguenza un aumento dei corsi dei BTP, l'operatore acquista in data 13/04/2005 due contratti future sui BTP a 10 anni cedola 4%.

Valore nominale contratto	100.000
Valore tick	10 euro
Margine iniziale	6.000 euro (100.000 euro X 2 contratti X 3%)
Prezzo di acquisto BTP future	103

Dopo tre giorni la banca centrale europea taglia i tassi e il prezzo del contratto future sale a 105 e l'operatore chiude la posizione aperta sul mercato future, vendendo i due contratti al prezzo di 105. risultato dell'operazione :

$100.000 \text{ euro} \times (105\% - 103\%) = \text{utile per contratto } 2.000 \text{ euro}; \text{ utile totale } 2.000 \text{ euro} \times 2 \text{ contratti} = 4.000 \text{ euro}.$

Arbitraggisti : che tentano di ottenere guadagni dalle difformità tra i valori presenti sul mercato a pronti (ovvero sul mercato del titolo sottostante) ed il mercato future. L'arbitraggio è un'operazione tesa a trarre vantaggio da anomalie di prezzi fra differenti mercato o tra differenti strumenti finanziari. Attraverso le tecniche di arbitraggio, comunque usate solo da operatori professionali, si cerca di sfruttare comprando e vendendo contratti future gli eventuali squilibri tra il mercato a pronti (spot) e il mercato a termine (prezzo future) per realizzare profitti senza rischi. Nei mercati finanziari gli

arbitraggisti rivestono un ruolo importante. Infatti con le loro operazioni di arbitraggio riportano i prezzi degli strumenti finanziari verso valori di equilibrio. Un'azione è quotata contemporaneamente sia a New York , sia a Francoforte.

Quotazioni delle azioni nei rispettivi mercati:

- NYSE \$ 120 per azione
- DAX euro100 per azione

Valore di euro 1 = \$ 1,24

Strategia di arbitraggio effettuabile dall'operatore:

- 1 - comprare 100 azioni a New York
- 2 - vendere le azioni a Francoforte
- 3 - convertire il ricavo della vendita da euro a dollaro

Profitto dell'operatore sull'arbitraggio: $100 \times ((\$1,24 \times 100) - \$120) = \$400$

Possibili vantaggi dei future

L'investimento in futures, rispetto all'investimento diretto in azioni può fornire alcuni vantaggi:

- Effetto leva: E' l'elemento distintivo degli strumenti derivati, ovviamente vengono amplificati notevolmente nel bene e nel male profitti e perdite. Infatti con cifre relativamente piccole è possibile prendere posizione su un valore nominale del future molto più elevato.
- Possibilità di assumere posizione corte: L'investimento in azioni non dà alcuna protezione contro le fasi discendenti di Borsa in quanto sui mercati azionari non è possibile assumere (a parte rare eccezioni) posizioni corte. I futures invece permettono di assumere entrambe posizioni, dunque è potenzialmente guadagnare da ogni situazione di mercato, sia che sia in fase di rialzo sia in quella calante.
- Possibilità di replicare il mercato senza acquistare tutti titoli dell'indice: Acquistare tutti i titoli contenuti in un indice per seguire passivamente l'andamento del mercato è molto oneroso. L'investimento in futures consente invece di "acquistare l'indice" con un investimento economico limitato. La liquidità dei futures è elevata (cioè sul mercato vengono sempre effettuati scambi), dunque non si corre il rischio di "rimanere intrappolati" in una posizione.
- **i contratti di scambio a pronti e a termine (swaps) su tassi di interesse, su valute, su merci nonché su indici azionari (equity swaps), anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;**

Lo swap, nella finanza, appartiene alla categoria degli strumenti derivati, e consiste nello scambio di flussi di cassa tra due controparti. Va

annoverato come uno dei più moderni strumenti di copertura dei rischi utilizzato prevalentemente dalle banche, dalle imprese e anche dagli enti pubblici.

Lo strumento dello swap fu inventato nel 1994 dal finanziere Blythe Masters, della banca JP Morgan. Esso si presenta come un contratto nominato (ma atipico in quanto privo di disciplina legislativa), a termine, consensuale, oneroso e aleatorio.

Per esempio, un soggetto A può acquistare un'obbligazione a tasso variabile e corrispondere gli interessi che percepisce a un soggetto B. B, a sua volta, acquista un bond a tasso fisso, percepisce gli interessi variabili di A e gli gira gli interessi a tasso fisso. Questa struttura (chiamata IRS, cioè interest rate swap) può essere utile per immunizzarsi da fluttuazioni di mercato o gestire fondi comuni (con la strategia CPPI). Nell'accordo di swap vengono stabilite le date in cui i pagamenti verranno effettuati e il modo in cui saranno calcolati.

È possibile distinguere varie tipologie di operazioni di swap sulla base dei flussi finanziari scambiati:

- **swap di interessi** (Interest Rate Swap, IRS): è un contratto che prevede lo scambio periodico, tra due operatori, di flussi di cassa aventi la natura di "interesse" calcolati sulla base dei tassi di interesse predefiniti e differenti e di un capitale teorico di riferimento;
- **swap di valute (currency swap, CS)**: è un contratto stipulato fra due controparti che si scambiano nel tempo un flusso di pagamenti denominati in due diverse valute. Si pone quale scambio a pronti di una determinata valuta e nel contempo in uno scambio di eguale ammontare e cambio, ma di segno opposto, a una data futura prestabilita.
- **swap di commodities**: è un contratto stipulato fra due controparti che si scambiano nel tempo un flusso di pagamenti indicizzati al cambiamento di una commodity da un lato e a un tasso fisso dall'altro. Un esempio comune sono swap sul prezzo del petrolio (Oil swaps).
- **swap di protezione dal fallimento di un'azienda** (Credit default swap, CDS). È un contratto di assicurazione che prevede il pagamento di un premio periodico in cambio di un pagamento di protezione nel caso di fallimento di un'azienda di riferimento.

La finalità di uno swap, come per i futures, può essere:

- hedging: riduzione (fino ad annullamento) di una potenziale perdita (rischio finanziario);

- trading: profitto sulla variazione di prezzo (nel tempo), assumendo un rischio finanziario. Tutti i flussi si eseguono in un unico mercato;
- arbitraggio: profitto sulla differenza di prezzo fra due mercati (in un dato tempo). Si acquista in un mercato, e si vende il derivato o il sottostante in un altro.

Lo schema dei flussi finanziari degli swap è completamente diverso da quello degli altri derivati.

Lo swap non ha un prezzo di acquisto col quale la controparte diviene proprietaria di un sottostante, o del diritto di acquistarlo/venderlo a un dato prezzo alla scadenza (come per le opzioni call e put), né a scadenza ha facoltà di esercitare o meno tale diritto con dei gradi di libertà: i flussi hanno date certe e stabilite dal contratto, di segno opposto (spesso più di due nel tempo), e quelli di almeno una controparte sono deterministici (di importo noto: es. quantità di valuta, tasso fisso, premio per un CDS).

La quantità e valore degli swap scambiabili (e il rischio di controparte) sono meno legati al prezzo del sottostante rispetto ad altri strumenti derivati: con un'opzione, la controparte che acquista deve avere liquidità pari al prezzo del derivato e del sottostante (se esercita l'opzione), mentre per uno swap entrambe le controparti devono essere solvibili, ma solamente per la differenza fra due tassi di interesse (spread fisso-variabile, cambio fra valute, probabilità di default per un CDS) che sono percentuali del sottostante (interessi rispetto al capitale di debito, delta cambio fra valute), e aventi il solito ordine.

Ad esempio, se la controparte non vende a terzi il derivato o non si copre con un derivato di segno opposto (stessa scadenza e sottostante): nello swap di commodity non è necessaria la disponibilità fisica del bene sottostante; in quello di interessi il contratto di swap non necessariamente è legato all'esistenza e/o unicità di debiti a tasso fisso e variabile sottostanti (che potrebbero per contro essere coperti da molteplici swap); nello swap di valute, dove è invece necessaria la disponibilità del bene, a pronti al cambio corrente di mercato, questo ritorna alla controparte a termine al cambio iniziale, in modo indipendente da quanto varia il prezzo relativo fra le valute fra la data a pronti e a termine.

Il rischio di controparte è sempre a carico del cliente; la società di gestione del risparmio svolge un ruolo di intermediazione finanziaria agendo per conto terzi (non per conto proprio). Il cliente non firma un contratto con la SGR, ma con un altro cliente della SGR; la controparte resta anonima e non controfirma il contratto. Ossia ogni cliente ha copia di un contratto con la sua firma senza la sottoscrizione della controparte.

Il contratto, tipicamente, abbina un cliente con mutuo a tasso variabile con uno a tasso fisso e dunque consiste in uno scambio di tassi di interesse

passivi (cliente verso la banca) ossia uno scambio di debiti, invisibile alle banche interessate per le quali il cliente titolare del mutuo resta lo stesso.

Lo schema dei flussi finanziari è quello di un cliente A che ha un mutuo a tasso fisso e inizia a pagare alla SGR un mutuo a tasso variabile di un cliente B; la SGR non darà il denaro direttamente alla banca di B (dal momento che non la conosce), ma al cliente B che pagherà la sua banca. In cambio il cliente A riceverà le rate del suo mutuo a tasso fisso dalla SGR, pagatele dal cliente B.

I passaggi di denaro sono gli stessi sia che la SGR operi in conto proprio che in conto terzi. Se il contratto non prevede che la SGR sia garante del debito, nel caso di insolvenza del cliente B, il cliente A dovrà pagare due mutui: il proprio, senza ricevere somme dalla SGR in quanto B è insolvente, e quello di B alla sua banca, poiché resta valido l'impegno con la SGR. Occorre dunque che nelle clausole sia prevista la cessazione dell'obbligo (per le scadenze successive) verso la SGR se essa (per insolvenza della controparte anonima) non è più in grado di pagare il mutuo del cliente; oppure che la SGR paghi al soggetto A il mutuo (esempio attingendo a un'assicurazione o fondo di garanzia contro le insolvenze) al posto del cliente B, quando questo non sia più in grado di pagare.

- **i contratti a termine (forward) collegati a strumenti finanziari**, a tassi d'interesse, a valute, a merci e ai relativi indici, anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

I contratti Forward - in italiano chiamati anche contratti a termine poiché gli effetti fra le parti si hanno alla scadenza del contratto stesso – sono dei contratti finanziari derivati ove, secondo la teoria, due controparti si impegnano a scambiarsi a scadenza ed a prezzi prefissati uno specifico bene sottostante.

Sono degni di nota in quanto sono la base per gli scambi nel mercato mondiale delle valute, cioè il FOREX. Infatti possono essere distinte due specifiche operazioni forward, **quelle Spot e quelle Outright**, una l'opposto dell'altra: ad esempio per quanto riguarda le valute, **lo Spot** è lo scambio di due valute con consegna a due giorni lavorativi dopo il contratto, mentre l'**Outright** è la stessa operazione ma di segno inverso e ad almeno tre giorni lavorativi dopo il contratto stesso. In pratica la controparte che acquista "Euro" a prezzo a pronti e vende "Dollari USA" a prezzo Spot si impegna con questo contratto ad effettuare l'operazione inversa a termine (Outright) e cioè a vendere "Euro" ed acquistare "Dollari USA".

Ovviamente il cliente di un broker FOREX o di una banca che esegue operazioni di compravendita di coppie di valute (i cosiddetti "Cross Valutari") non si accorge di nulla e la sua operatività non è minimamente toccata, ma i broker o le banche in questione utilizzano questi tipi di contratti per mettere in atto le operazioni di compravendita per il cliente.

Per esemplificare:

Siccome nel FOREX, ad esempio riguardo alla coppia di valute “Euro/Dollaro USA” (denominato ufficialmente EUR/USD), è possibile prendere una posizione “lunga” (cioè credere nel rialzo del valore della coppia, ad esempio da 1,25 a 1,27) ma anche prendere una posizione “corta” (cioè credere nel ribasso del valore della coppia, ad esempio da 1,25 a 1,23), il valore finale del contratto sarà determinato da: prezzo a pronti del sottostante a scadenza – prezzo forward stabilito dalle parti.

Se questa differenza è positiva, guadagna chi ha assunto una posizione lunga; invece se la differenza è negativa, guadagna chi precedentemente ha assunto una posizione corta.

- **i contratti di opzione per acquistare o vendere gli strumenti indicati nei punti precedenti e i relativi indici**, nonché i contratti di opzione su valute, su tassi d’interesse, su merci e sui relativi indici, anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

In finanza con il termine opzione (o option) si intende quel particolare tipo di contratto che conferisce al possessore il diritto, ma non l’obbligo (dunque una possibilità da cui appunto il termine opzione), di acquistare o vendere il titolo sul quale l’opzione stessa è iscritta, chiamato strumento sottostante o semplicemente sottostante, ad un determinato prezzo prestabilito (strike price o semplicemente strike) entro una determinata data, a fronte di un premio pagato non recuperabile. Le opzioni possono avere i più diversi sottostanti: azioni, commodity, tassi di interesse, ecc.

La differenza fondamentale delle opzioni rispetto agli altri strumenti derivati consiste nella definizione dei diritti del possessore: egli non è obbligato ad acquistare/vendere il sottostante, ma può farlo se esercitando l’opzione ne trae un’effettiva convenienza economica. Per tale ragione sono anche detti titoli derivati asimmetrici. *pologia di opzioni*

Le opzioni, in prima istanza, possono essere di tipo call o di tipo put e conferiscono, rispettivamente, il diritto di acquistare o vendere il titolo, o sottostante, ad un prezzo, o strike, predeterminato entro una data certa.

Un’opzione è a tutti gli effetti un contratto che viene stipulato tra due attori del mercato: tale contratto è caratterizzato dallo strumento sottostante, dalla durata del contratto, dal prezzo di esercizio dell’opzione (strike) e dal premio pagato per tale contratto. Se l’opzione può essere esercitata solamente alla scadenza, questa viene detta “europea”, se invece il possessore ha il diritto di esercitare l’opzione per tutto il tempo che intercorre tra la sottoscrizione dell’opzione stessa e la sua scadenza, l’opzione è detta “americana”. Acquistando opzioni di tipo call o vendendo put options si possono assumere posizioni rialziste; viceversa, si possono assumere posizioni ribassiste vendendo call o comprando put.

Vantaggi

Le opzioni sono largamente impiegate a fini speculativi o come copertura finanziaria negli investimenti a medio/alto rischio: ad esempio un importatore può coprirsi/cautelarsi (almeno parzialmente) dal rischio di cambio nel lungo periodo sottoscrivendo un'opzione sul prezzo della merce oggetto dell'importazione qualora l'acquisto della stessa sia lontano nel tempo; questo consente all'importatore stesso di non acquistare anticipatamente né il bene né la valuta e addirittura di non acquistarlo affatto in caso di non convenienza economica alla scadenza dell'opzione stessa perdendo così esclusivamente il costo iniziale sul contratto d'opzione stessa e limitando così eventuali perdite maggiori.

In caso di acquisto di opzioni call, infatti, la massima perdita possibile è il premio pagato più le commissioni di negoziazione dovute all'intermediario, mentre il guadagno è teoricamente illimitato; viceversa, nel caso di vendita di opzioni call, il massimo guadagno è il premio pagato dall'acquirente mentre la possibile perdita è illimitata. In caso di acquisto di opzioni put, che danno il diritto di vendere il sottostante al prezzo strike si ha un guadagno massimo del prezzo stesso meno il costo del contratto. Nel caso di vendita di opzioni put si ha l'introito iniziale del costo della stipula del contratto, a scadenza si ha un introito nullo nel caso il prezzo strike sia minore del valore del bene sottostante, si ha una perdita nel caso contrario poiché la controparte eserciterà l'opzione obbligandomi a comprare il bene ad un prezzo superiore a quello sul mercato.

Valutazione dell'opzione

Ovviamente la convenienza o meno nell'esercitare l'opzione da parte dell'acquirente/venditore al termine o entro i termini di scadenza temporale dipenderà essenzialmente dalla differenza tra prezzo di esercizio dell'opzione o prezzo strike, stipulato inizialmente nel contratto di opzione, e il valore effettivo finale del bene sottostante alla scadenza. Cruciale diventa allora la valutazione più o meno corretta del prezzo di una opzione in base al valore attuale del bene sottostante e a quello futuro stimato. In particolare la trattazione del prezzo dell'opzione è oggetto di una vasta letteratura matematica all'interno della quale sono particolarmente affermati, nonostante alcuni limiti intrinseci, i modelli di Cox-Ross-Rubinstein (detto anche modello binomiale) e la formula di Black e Scholes. Esistono anche modelli nuovi, i cui i risultati corrispondono a quelli della formula di Black e Scholes e del modello binomiale, ma che sono molto più facili da usare dal punto di vista dell'utente,

questi sono, ad esempio, il metodo Datar-Mathews (2007) ed il metodo rendimento fuzzy per la valutazione delle opzioni reali (2008).

Esistono numerose varianti rispetto alla definizione base di opzione, chiamata anche opzione plain vanilla, e sono rappresentate dalle opzioni esotiche.

L'aspetto contrattuale

L'opzione è un contratto di borsa in base al quale il writer (sottoscrittore) o seller (venditore) cede al buyer (acquirente) o holder (proponente), il diritto di vendere (opzione put) o acquistare (opzione call) un certo ammontare di attività finanziarie o reali, attività sottostanti, ad un prefissato strike price o exercise price, (prezzo base o prezzo di esercizio), merci e contratti a termine (future).L'attività sottostante deve avere un mercato con quotazioni ufficiali e pubblicamente riconosciute; tipicamente, le opzioni vengono costruite su titoli, valute, tassi di interesse, merci e future.

Il buyer, acquistando un'opzione call (richiedere), acquista il diritto ad acquistare l'attività sottostante il contratto; viceversa, acquistando un'opzione put (collocare) acquisisce il diritto a venderla. Il writer, invece, su eventuale richiesta del buyer, deve vendergli l'attività sottostante il contratto che ha sottoscritto una call option, viceversa deve acquistarla se ha sottoscritto una put option. Il buyer acquista un diritto che può esercitare (se conveniente), o abbandonare nel caso non lo sia, perdendo solo il premio. Il venditore di un'opzione può registrare un profitto massimo pari al premio percepito, mentre teoricamente può perdere illimitatamente. Per calcolare l'utile eventualmente derivante dall'esercizio di un'opzione è necessario considerare l'esborso costituito dal premio, il quale è tanto maggiore quanto più lontana è la scadenza del contratto e quanto più il prezzo di mercato è superiore (nel caso di una call) o inferiore (nel caso di una put) allo strike price.

Il valore di un'opzione e i coefficienti di sensibilità

Il valore di un'opzione è funzione di sei fattori:

- Il prezzo di esercizio
- Il prezzo di mercato sulla attività sottostante al contratto di opzione stesso
- Il tempo residuo alla scadenza dell'opzione
- La volatilità del prezzo dell'attività sottostante
- Il tasso di rendimento a breve termine privo di rischio, eurepo (tasso sui prestiti interbancari garantito da titoli)
- I dividendi previsti durante la vita dell'opzione

GLI STRUMENTI FINANZIARI PREVISTI DAL CODICE CIVILE

Gli strumenti finanziari partecipativi nelle s.p.a.: riflessioni critiche

Marco Manuli, Giurista d'impresa

Gli strumenti finanziari partecipativi rappresentano, senza alcun dubbio, uno degli istituti giuridici più innovativi introdotti a seguito della Riforma del Diritto Societario e, al contempo, lo strumento in cui il Legislatore della Riforma ha dato maggior spazio all'autonomia statutaria, quantomeno nell'ambito del "tipo" delle s.p.a. Scopo del presente scritto è quello di esaminare più dettagliatamente alcuni degli aspetti più caratteristici degli strumenti finanziari, sui quali la dottrina dibatte, in attesa dei primi pronunciamenti da parte della giurisprudenza.

Gli Strumenti finanziari sono disciplinati, in primis, dall'art. 2346, ultimo comma, c.c., il quale prevede che **“resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera, o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso, lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione”**.

Lo scopo perseguito dal Legislatore è chiaramente desumibile dalla Relazione introduttiva della Riforma societaria, ove in proposito si prevede che “sempre perseguendo l'obiettivo politico di ampliare la possibilità di acquisizione di elementi utili per il proficuo svolgimento dell'attività sociale ma con soluzione necessariamente coerente con i vincoli posti dalla seconda direttiva comunitaria che imperativamente vieta il conferimento di opere e servizi, si è espressamente ammessa la possibilità che in tal caso, fermo rimanendo il divieto di loro imputazione a capitale, siano emessi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o partecipativi: così nell'ultimo comma dell'art. 2346”.

Nonostante la duttilità dello strumento de quo, in quanto utilizzabile al fine di sviluppare i canali di finanziamento delle aziende ovvero al fine di giungere a soluzioni concordate della crisi in cui le aziende dovessero trovarsi, la relativa disciplina risulta carente di previsioni analitiche sotto diversi angoli visuali, imponendo agli interpreti un importante sforzo interpretativo.

La “partecipazione” degli strumenti finanziari

1. Un primo aspetto di interesse concerne il riferimento alla “partecipazione” insito nella stessa definizione degli strumenti finanziari partecipativi, la cui disciplina è collocata nell'ambito della sezione V - del Capo V del Titolo V del Libro V - del codice civile intitolata, appunto, “azioni e altri strumenti finanziari partecipativi”.

Il termine “partecipazione” è stato oggetto di disamina da parte degli Autori che si sono occupati di strumenti finanziari partecipativi, al fine di delineare i limiti “tipologici” della categoria de qua: In particolare, sussistono tre diversi orientamenti. Un primo orientamento, i cui Autori – proprio in forza del nomen della rubrica suindicata – tendono a creare due distinte classi di strumenti finanziari emettibili dalle società per azioni, ossia quelli propriamente “partecipativi” e quelli, viceversa, “non partecipativi”.

Nella prima tipologia, rientrerebbero (i) da una parte, le azioni e (ii) dall'altra, quegli strumenti finanziari che, pur distinguendosi nettamente dalle azioni, sarebbero, pur sempre, idonei a consentire ai relativi titolari una partecipazione alla vita sociale, sotto il profilo amministrativo o patrimoniale.

La seconda tipologia (i.e. strumenti non partecipativi), viceversa, sarebbe rappresentata da obbligazioni e da altri strumenti finanziari “non partecipativi”, tra i quali quelli indicati dall'art. 2411, comma terzo, c.c. che, come noto, prende in considerazione “gli strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società”, tutti caratterizzati dall'assenza di diritti partecipativi.

Tali conclusioni si prestano a dubbi interpretativi molteplici. In particolare, pare potersi affermare che la fattispecie di cui all'art. 2411, comma terzo, c.c. non esclude che detti strumenti finanziari possano incorporare diritti partecipativi di tipo patrimoniale ed amministrativo e non risultano esservi concrete ragioni per contestare una tale osservazione.

Un secondo orientamento è rappresentato da chi riterrebbe applicabile a tutti gli strumenti finanziari emessi dalla s.p.a. la disciplina delle obbligazioni che, pertanto, rappresenterebbe il complesso di norme generali da applicare agli strumenti in questione.

Sia consentito affermare che la tesi sopra brevemente richiamata appare criticabile. Infatti, non si comprende quali siano le ragioni in forza delle quali applicare la disciplina delle obbligazioni a qualunque tipologia di strumento finanziario, anche laddove non sia previsto un obbligo di restituzione a carico della società e, di conseguenza, per quale ragione gli apporti eseguiti a fronte di qualunque strumento finanziario debbano essere iscritti al passivo nonché, infine, per quale motivo, in considerazione di quanto predetto, sia necessario applicare, in ogni caso il limite quantitativo di emissione previsto per le obbligazioni, di fatto indirettamente limitando l'utilizzabilità di detti strumenti.

Un terzo orientamento è rappresentato da quegli Autori che distinguono tra gli strumenti finanziari disciplinati dall'art. 2411, comma terzo, c.c. e gli strumenti previsti dall'art. 2346 c.c.

I primi dovrebbero essere qualificati come strumenti “quasi obbligazionari” caratterizzati da un diritto al rimborso dell’apporto eseguito dal sottoscrittore, sebbene subordinato all’andamento economico della società e, in ogni caso, soggetti alla disciplina prevista in materia di obbligazioni, come richiamata dall’art. 2411, comma terzo, c.c.; tali strumenti finanziari potrebbero, infine, attribuire ai relativi titolari diritti di natura patrimoniale.

I secondi rappresenterebbero degli “ibridi partecipativi”, idonei a distinguersi dai primi, anche laddove fosse previsto il diritto al rimborso, in quanto dotati di diritti amministrativi e sarebbero soggetti alla disciplina di cui all’art. 2346, comma sesto, c.c., unitamente a quella di cui all’art. 2412 e 2413 c.c..

In senso opposto, pare potersi sottolineare che gli strumenti finanziari qualificati come “ibridi partecipativi” potrebbero essere emessi anche a fronte dell’attribuzione di diritti patrimoniali, oltre a quelli amministrativi, così come – relativamente alla prima categoria – non pare potersi escludere una emissione caratterizzata dalla compresenza di diritti amministrativi e patrimoniali.

2. In merito alla questione qui in esame, sembrerebbe, dunque, necessario individuare una differente soluzione interpretativa.

Si noti, infatti, che la Legge delega 366/2001 – per la riforma del diritto societario – prevede espressamente che venga ammessa la possibilità di emettere strumenti finanziari non partecipativi e partecipativi dotati di diversi diritti patrimoniali e amministrativi, così manifestando chiaramente l’intenzione di introdurre – unitamente alle azioni e alle obbligazioni[10] - un *tertium genus*, autonomo rispetto ai primi due, caratterizzato da diverse gradazioni del livello di partecipazione alla vita della società.

Ne consegue, innanzitutto, che la categoria degli strumenti finanziari dovrebbe beneficiare di uno “statuto” a sé stante, né (del tutto) azionario né (del tutto) obbligazionario.

Il Legislatore, pertanto, avrebbe introdotto nell’ordinamento una terza fattispecie “ibrida”, la cui disciplina andrebbe determinata in forza dell’autonomia privata, sia pur nei limiti previsti dalle specifiche norme che la contemplano.

Gli strumenti finanziari, in relazione al concreto contenuto determinato di volta in volta dalla società, “oscillerebbero”, pertanto, tra il “polo” delle azioni e quello delle “obbligazioni” senza mai poter coincidere (pena, la loro diversa qualificazione e disciplina) con l’uno o con l’altro. Questa ricostruzione trova, a nostro avviso, un riferimento normativo in virtù della collocazione delle norme aventi ad oggetto la disciplina degli strumenti finanziari “partecipativi” e di quelle concernenti gli strumenti finanziari “non partecipativi”.

Infatti, gli artt. 2346, ultimo comma, c.c. e 2349, comma secondo, c.c., contenuti nella Sezione V (del Capo V del Titolo V del Libro V)[11], sarebbero rivolti a disciplinare gli strumenti finanziari “partecipativi” e la relativa disciplina sarebbe, pertanto, “attratta” – senza tuttavia esservi confusa – da quella propria delle azioni; viceversa, gli strumenti finanziari “non partecipativi” – pur non espressamente menzionati, sul piano nominalistico - sarebbero contemplati dall’art. 2411, ultimo comma, c.c., inserito nella sezione VII (del Capo V del Titolo V del Libro V)[12], e, conseguentemente, “attratti” – senza, anche in tal caso, esservi confusi – dalla disciplina dettata in tema di obbligazioni.

3. Così delineati gli ambiti di disciplina di ciascuna delle due sottocategorie di strumenti finanziaria, si impone la necessità di individuare il criterio distintivo tra le predette tipologie di strumenti finanziari.

Per le regioni che seguono, riterremmo necessario individuare l’elemento discriminante delle due species di strumenti finanziari nella “partecipazione”, o meno, al c.d. “rischio di impresa” da parte dei rispettivi sottoscrittori. Infatti, nella Relazione al d.lgs. 6/2003 attuativo della suindicata delega legislativa, si chiarisce l’obiettivo perseguito, a mezzo della introduzione degli artt. 2346, ultimo comma e 2349, secondo comma, c.c. sia il seguente: “al fine di ampliare la possibilità di acquisizione di elementi utili per il proficuo svolgimento dell’attività sociale, ma con soluzione necessariamente coerente con i vincoli posti dalla seconda direttiva comunitaria che imperativamente vieta il conferimento di opere e servizi, si è espressamente ammessa la possibilità che in tal caso, fermo rimanendo il divieto di loro imputazione a capitale, siano emessi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o partecipativi” (grassetto nostro, NdR).

Appare chiaro che la volontà del Legislatore sia quella di consentire ad una s.p.a. di “acquisire” elementi suscettibili di valutazione economica in modo che le società possa ottenere questo tipo di attribuzioni, spesso di cospicuo valore, senza porsi i limiti imposti in materia di effettività e integrità del capitale sociale. Si intendeva, pertanto, creare uno strumento in grado di realizzare, dal punto di vista della società, un effetto identico a quello derivante da un conferimento. Ciò appare ulteriormente confermato dai successivi passaggi della Relazione, in cui si fa presente che si è scelto lo strumento finanziario partecipativo in sostituzione delle azioni d’industria e, pertanto, dei titoli emessi a fronte di conferimenti (definitivi) a vantaggio della società.

In considerazione della collocazione delle norme in commento (i.e. artt. 2346 e 2349 c.c.), e di quanto si evince dalla Relazione, se ne dovrebbe inferire che (i) gli strumenti finanziari in parola siano da intendersi “partecipativi” in quanto partecipano al rischio d’impresa, pur senza imputazione a capitale dei “conferimenti” eseguiti a fronte della loro emissione e (ii) si tratta, pertanto, di titoli emessi a fronte di attribuzione definitive (rectius in conto patrimonio), ed ai quali sono connessi – per espressa volontà del Legislatore - determinati diritti patrimoniali e anche amministrativi.

Se tutto ciò è vero, ne consegue che mai potrebbe essere attribuito - ai titolari di strumenti finanziari “partecipativi” – il diritto alla restituzione delle utilità apportate alla società a fronte dell’assegnazione di tali strumenti e ciò in quanto, appunto, questi strumenti “partecipano” al capitale di rischio, similmente alle azioni.

Né, in senso opposto alle conclusioni sopra rappresentate, pare possa avere rilievo il fatto che la norma (i.e. art. 2346, comma sesto, c.c.) stabilisca che l’apporto, a fronte del quale viene emesso lo strumento finanziario “partecipativo”, possa essere rappresentato (anche ma non solo) dalla prestazione di opere e servizi. Alcuni Autori hanno, infatti, sostenuto che l’introduzione, nell’ultima versione dell’art. 2346, comma sesto, c.c., della possibilità di apportare beni ulteriori rispetto alle opere ed ai servizi, dimostrerebbe che dovrebbero essere ammessi anche apporti sotto forma di finanziamento, con conseguente obbligo di restituzione a favore del sottoscrittore. Conseguentemente, l’elemento “partecipativo” non potrebbe più essere individuato nel fatto che il sottoscrittore partecipi al rischio d’impresa (in quanto potrebbe anche non parteciparvi, imponendo alla società il diritto al rimborso di quanto apportato) quanto piuttosto dalla presenza, o meno, di diritti patrimoniali e partecipativi ad essi connessi.

In senso opposto – tralasciando le difficoltà di identificare l’intenzione del Legislatore storico- riteniamo che gli strumenti finanziari – intesi come genus diverso dalle azioni e dalle obbligazioni – debbano necessariamente essere dotati diritti patrimoniali (e amministrativi) idonei ad attribuire ai relativi titolari un potere, genericamente definito, di “voice” all’interno della società e che, pertanto, tale elemento non rappresenti il criterio “tipologico” in forza del quale distinguere tra strumenti finanziari “partecipativi” e strumenti finanziari “non partecipativi”. Infatti, in assenza di tali diritti, gli strumenti finanziari “non partecipativi” finirebbero per sovrapporsi e confondersi con le obbligazioni.

In tal senso, va ricordato quanto previsto dal Legislatore delegante in materia di strumenti finanziari (cfr. art. 4, comma sesto, lett. c): “prevedere, al fine di agevolare il ricorso al mercato dei capitali e salve in ogni caso le riserve di attività previste dalle leggi vigenti, la possibilità, i limiti e le condizioni di emissione di strumenti finanziari non partecipativi e partecipativi dotati di diversi diritti patrimoniali e amministrativi.”

La locuzione “dotati di diversi diritti patrimoniali e amministrativi” va letta, a mio avviso, in combinato disposto con l’ipotesi di emissione sia di “strumenti finanziari non partecipativi” che di “strumenti finanziari partecipativi”. Da ciò discenderebbe che l’elemento “partecipativo” debba essere riferito al coinvolgimento, o meno, dei relativi titolari di detti strumenti al rischio di impresa e non, appunto, all’attribuzione di diritti patrimoniale e amministrativi (che rappresenterebbe, viceversa, il tratto comune ad entrambe le due categorie di strumenti finanziari).

4. Gli strumenti finanziari “partecipativi”, come visto, sono disciplinati dall’art. 2346, comma sesto, c.c. La norma de qua è collocata nel contesto della disciplina delle azioni ossia di titoli che presuppongono – necessariamente - un apporto (definitivo) a vantaggio della società[16]; pertanto, indipendentemente dalle apparenti differenze tra quanto espresso nelle Relazione (ove si menzionano esclusivamente gli strumenti finanziari emessi a fronte di apporti di opere e servizi) e quanto previsto nell’ultima versione del comma in esame (ove, appunto, l’apporto di opere e servizi rappresenta soltanto uno degli apporti astrattamente ammissibili in caso di emissione di strumenti finanziari “partecipativi”), una interpretazione sistematica di detto comma dovrebbe indurre l’interprete a ritenere che gli apporti, sia di opere e servizi che di altra natura, in ogni caso, debbano essere intesi come eseguiti a titolo definitivo, rappresentando tale elemento il tratto caratterizzante degli strumenti finanziari “partecipativi”, appunto, idoneo a distinguerli da quelli “non partecipativi”.

Gli strumenti finanziari “non partecipativi”, di cui all’art. 2411, comma terzo, c.c., viceversa, attribuirebbero ai relativi titolari - unitamente ad un diritto di voce nella vita della società - il diritto alla restituzione degli apporti eseguiti in capo ai relativi sottoscrittori. La disciplina di tali ultimi strumenti andrebbe rinvenuta, pertanto, (i) nella previsione di cui all’art. 2411, comma terzo, c.c., (ii) nella disciplina propria delle obbligazioni, (iii) nella delibera CICR 19 luglio 2005, n. 1058 e, infine, (iv) sulla base di quanto desumibile dalla Legge Delega e dalle Relazione ministeriale.

In particolare, per quanto concerne l’art. 2411, comma terzo, c.c. - il quale prevede che la disciplina in materia di obbligazioni “si applica inoltre agli strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l’entità del rimborso del capitale all’andamento economico della società” - si deve ritenere che tale norma sia senz’altro da applicarsi anche all’ipotesi di strumenti finanziari che stabiliscano un diritto al rimborso puro e semplice a favore dei relativi titolari. Se, infatti, per ragioni di congruità e coerenza sistematica, il Legislatore ha ritenuto applicabile lo “statuto” delle obbligazioni agli strumenti finanziari il cui rimborso sia, variamente, limitato, a fortiori, se ne deve ammettere l’applicazione, in via analogica, anche agli strumenti finanziari con diritto al rimborso incondizionato, anche al fine di non incorrere in conclusioni assurde[19], rappresentata, ad esempio, dalla possibilità di emissione di strumenti finanziari “non partecipativi” che attribuiscono ai relativi titolari un diritto al rimborso non condizionato dall’andamento economico della società emittente, di cui all’art. 2411, comma terzo, c.c., e, pertanto, non soggetti ad alcuni limite quantitativo di emissione. La norma, pertanto, unitamente a quanto previsto in tema di obbligazioni, rappresenta il nucleo centrale della disciplina degli strumenti finanziari “non partecipativi”.

Ne consegue che tali strumenti (rectius, tutti gli strumenti finanziari con obbligo di restituzione a carico della società emittente, genericamente intesi come strumenti finanziari “non partecipativi”) saranno soggetti al limite quantitativo di emissione previsto in materia di obbligazioni. I titolari di tali strumenti finanziari “non

partecipativi” potranno, inoltre, vedersi riconosciuti diritti patrimoniali e amministrativi. E’ chiaro, infatti, che allorquando non siano previsti diritti particolari ed ulteriori rispetto a quanto consentito in materia di obbligazioni, la relativa fattispecie dovrà essere ricondotta al prestito obbligazionario, indipendente da come sia stato qualificato dalla società emittente, con applicazione diretta ed esclusiva della disciplina prevista in materia di obbligazioni.

Lo strumento finanziario “non partecipativo”, per essere qualificato tale, dovrà, in conclusione, attribuire al titolare (i) il diritto al rimborso, variamente modulato, così da rientrare nell’ipotesi di titolo “non partecipativo”, come sopra inteso, e (ii) alcuni diritti patrimoniali e amministrativi ultronei rispetto a quelli attribuibili ai titolari di titoli obbligazionari.

5. Per quanto concerne, l’attribuzione di diritti patrimoniali ed eventualmente diritti amministrativi (in ogni caso, ultronei rispetto a quelli spettanti agli obbligazionisti), ai titolari di strumenti finanziari “non partecipativi”, si pone l’esigenza di comprendere se si possano emettere tali strumenti con attribuzione solo diritti patrimoniali ovvero solo di diritti amministrativi.

In senso opposto, sembrerebbe militare quanto previsto dall’art. 2346, comma sesto, c.c., il quale prevede, infatti, che gli strumenti finanziari ivi contemplati (i.e. quelli “partecipativi”) debbano essere forniti di “diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi”[20], implicitamente imponendo la necessaria presenza di diritti patrimoniali (ai quali, eventualmente, aggiungere anche diritti di carattere amministrativo). In senso opposto, deve, viceversa, ritenersi che, in caso di emissione di strumenti finanziari “non partecipativi”, la società sia libera di prevedere diritti patrimoniali ovvero diritti amministrativi, in via alternativa tra loro.

Quanto sopra pare essere giustificato da tre ordini di considerazioni. E precisamente:

1) gli strumenti finanziari “non partecipativi” devono essere considerati, sia pure nell’ambito del genus degli strumenti finanziari, quale categoria diversa ed autonoma rispetto a quella degli strumenti finanziari “partecipativi”, dotata di una propria identità tipologica e, pertanto, con disciplina propria. Ciò comporta che le norme aventi ad oggetto gli strumenti finanziari “partecipativi” non possano essere applicate recta via agli strumenti finanziari “non partecipativi”, ivi incluso, appunto, l’ultimo comma dell’art. 2346 c.c.;

2) l’art. 2411, comma terzo, unica norma codicistica avente ad oggetto gli strumenti finanziari “non partecipativi”, tace sul punto, provvedendo, più semplicemente, ad implementare la disciplina degli strumenti finanziari “non partecipativi” mediante un rinvio per relationem a quanto stabilito in materia di obbligazioni;

3) la legge delega (cfr. art. 4, comma sesto, lett. c) sollecita l’introduzione di strumenti finanziari “partecipativi” e “non partecipativi”, stabilendo semplicemente che tali

strumenti siano dotati di “diversi diritti patrimoniali e amministrativi”, senza, pertanto, imporre l’attribuzione di diritti patrimoniali ai titolari di strumenti finanziari (partecipativi o meno), quale elemento necessario ed imprescindibile della categoria “strumenti finanziari”, implicitamente ammettendo, pertanto, che possano essere attribuiti anche soltanto diritti amministrativi.

Sotto un profilo metodologico più ampio, come si è già accennato, a noi sembra che - similmente ad un pendolo che oscilla tra due poli opposti - la disciplina degli strumenti finanziari (sia quella degli strumenti “partecipativi” sia quella degli strumenti “non partecipativi”) debba essere mutuata, in assenza di specifiche previsioni normative per ciascuna sottocategoria di strumenti finanziari, dal complesso di norme volte a disciplinare la categoria più prossima rispetto agli strumenti finanziari, di volta in volta esaminati e, pertanto, si debba aver riguardo (i) alla disciplina delle azioni per quanto attiene gli strumenti finanziari “partecipativi” ovvero (ii) alla disciplina delle obbligazioni per quanto attiene gli strumenti finanziari “non partecipativi” mentre (iii) la disciplina degli strumenti finanziari “partecipativi” potrà trovare applicazione nell’ambito degli strumenti finanziari “non partecipativi” solo in via residuale e solo laddove si pongano dei vuoti di regolamentazione che non possano essere colmati mediante il ricorso alla normativa dettata in tema di obbligazioni e che, soprattutto, non possano essere colmati a mezzo dell’autonomia statutaria.

Pertanto, in presenza di strumenti finanziari “non partecipativi” – ferma restando la necessità che tali strumenti siano dotati di diritti specifici di tale categoria rispetto a quelli tipicamente previsti per le obbligazioni, onde consentirne una loro identificazione e differenziazione – si deve ritenere che l’autonomia privata, in questo caso, non incontri il limite di cui all’art. 2346, comma sesto, c.c., avente ad oggetto gli strumenti finanziari “partecipativi” in quanto si tratta di una norma prevista per gli strumenti finanziari “partecipativi”; pertanto, i titolari degli strumenti “non partecipativi” possono vedersi riconosciuti, ove così previsto in sede di emissione (*rectius*, in sede statutaria), soltanto diritti amministrativi, senza la necessaria attribuzione di particolari diritti patrimoniali.

Infatti, le norme degli strumenti finanziari “partecipativi”, come detto, debbono essere prese in considerazione, nell’ambito degli strumenti “non partecipativi”, solo allorquando sia strettamente necessario. Tale conclusione, oltre ad essere coerente con una interpretazione “di sistema” – che, ribadiamo, assimila gli strumenti “partecipativi” alle azioni e quelli “non partecipativi” alle obbligazioni, con le relative conclusioni in tema di disciplina applicabile - pare, peraltro, conforme a quanto previsto dalla Legge delega (cfr. art. 4, comma sesto, lett. c), la quale, come detto, non sembra imporre una necessaria attribuzione di diritti patrimoniali a favore dei titolari di strumenti finanziari.

6. Le conclusioni appena rassegnate, potrebbe, peraltro, essere sostenute, sia pur in forza di un diverso approccio interpretativo, anche con riferimento all’ipotesi di strumenti finanziari “partecipativi”. Se, infatti, il discrimen tra “partecipativi” e “non

partecipativi” deve essere riferito alla partecipazione, o meno, al rischio di impresa dei rispettivi titolari, ne consegue che l’attribuzione di diritti patrimoniali non rappresenta un presupposto indefettibile degli strumenti finanziari “partecipativi”. Pertanto, il comma sesto dell’art. 2346 c.c., nella parte in cui prevede che gli strumenti finanziari ivi contemplati debbano essere forniti di “diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi” deve essere letto nel senso che tali strumenti finanziari possano avere ad oggetto diritti patrimoniali ovvero diritti amministrativi; la locuzione “o anche”, in considerazione di quanto sopra, e tenuto conto della formula ben più generica prevista sul punto dalla Legge delega, andrebbe, dunque, letta come “o in alternativa” rispetto all’attribuzione di diritti patrimoniali. Tale ricostruzione potrebbe trovare un appiglio, per quanto attiene la formulazione adoperata dal Legislatore della Riforma, nell’art. 2333 c.c., il quale, come noto, prevede che una s.p.a., oltre ad essere costituita ai sensi dell’art. 2328 c.c. possa essere “costituita anche per mezzo di pubblica sottoscrizione”. Il combinato disposto degli artt. 2328 e 2333 c.c. consentono, dunque, all’autonomia privata di poter procedere alla costituzione di una s.p.a. a mezzo di contratto/atto unilaterale “o anche” a mezzo di pubblica sottoscrizione.

Similmente, ne consegue che l’attribuzione dei diritti amministrativi de quibus – inerenti gli strumenti finanziari “partecipativi” di cui all’art. 2346, comma sesto, c.c. – debba essere considerata in via alternativa rispetto all’attribuzione di diritti patrimoniali. E forse, l’interprete potrebbe spingersi oltre e ritenere che l’attribuzione di diritti patrimoniali e amministrativi possa avvenire sia in forma disgiuntiva che anche congiuntiva. Infatti, – a differenza delle suindicate norme in merito alle modalità costituzione di una s.p.a. che, a rigor di logica, ammettono una sola, tra le due possibili, modalità di costituzione – a noi pare che possa certamente prevedersi una duplice emissione di strumenti finanziari “partecipativi” caratterizzati, nell’un caso, dalla attribuzione di diritti (solo) patrimoniali e, nell’altro, dall’attribuzione di diritti (solo) amministrativi. Ove il titolare di entrambe le due tipologie di strumenti fosse il medesimo soggetto, in virtù del principio di economia degli atti giuridici, si assisterebbe, di fatto, ad una ipotesi di strumenti finanziari dotati sia di diritti patrimoniali che di diritti amministrativi. Non dovrebbe escludersi, pertanto, l’ipotesi di una sola emissione di strumenti finanziari “partecipativi” dotati di diritti patrimoniali “e anche” di diritti amministrativi, in virtù del principio di economia degli atti giuridici.

In conclusione, l’emissione di strumenti finanziari “partecipativi” può avvenire con contestuale attribuzione di soli diritti patrimoniali, soli diritti amministrativi ovvero di entrambe le due tipologie di diritti.

3. La “causa” dell’apporto negli strumenti finanziari codicistici

1. Molteplici sono state le soluzioni interpretative proposte dai vari Autori in merito alla causa sottesa alla sottoscrizione degli strumenti finanziari. In particolare, gli Autori che si sono occupati del profilo in esame sono riconducibili a tre macro aree:

(i) coloro che ritengono che l'operazione sottostante l'emissione degli strumenti finanziari sarebbe sempre sostanzialmente di finanziamento e che, pertanto, gli strumenti in parola sarebbero assimilabili a titoli di carattere debitorio[26];

(ii) coloro che ritengono che strumenti finanziari integrino sempre un contratto di associazione in partecipazione[27] e, in ultimo

(iii) coloro che affermano che gli strumenti finanziari abbiano sempre causa unitaria analoga a quella del contratto di società, tale per cui l'apporto del sottoscrittore dovrebbe ritenersi effettuato a titolo di capitale di rischio senza alcun diritto di restituzione in capo ai relativi sottoscrittori[28].

Tuttavia, sembrerebbe più convincente la tesi di chi[29] ritiene che la figura "strumento finanziario" sia, in realtà, neutra sul piano della causa e che essa si colori in relazione a quanto previsto, concretamente, in sede di emissione e sottoscrizione della singola classe di strumenti finanziari presi in considerazione[30].

2. Ad avviso di chi scrive, le posizioni assunte in merito al profilo causale de quo debbono tener conto delle conclusioni sopra rassegnate in merito alla suddivisione degli strumenti finanziari in due macro categorie.

In particolare, nel caso di strumenti finanziari "partecipativi", saremo in presenza di una vicenda contrattuale a prestazioni corrispettive, ad effetti reali o obbligatori, consensuale[31], assimilabile sostanzialmente a quanto avviene nel contratto di associazione in partecipazione[32] o ad altre fattispecie tipiche[33] o atipiche. Peraltro, l'individuazione del "tipo" o dei "tipi" contrattuali cui potrebbe essere ricondotto il rapporto sotteso allo strumento finanziario "partecipativo" potrebbe assumere rilevanza allorquando dovessero rilevarsi dei vuoti di disciplina, non colmabili in forza di quanto previsto (i) dallo statuto, (ii) dalla delibera di emissione ovvero (iii) dall'art. 2346, comma sesto, c.c. Così, ad esempio, in caso di trasferimento di bene immobile, a fronte dell'emissione di strumenti finanziari, dovrebbe ritenersi applicabile la disciplina prevista in materia di garanzia per evizione, similmente, peraltro, a quanto stabilito in caso di conferimento a capitale ex art. 2254 c.c., come richiamato, per le s.p.a., dall'art. 2342 c.c.

Ove, viceversa, vengano emessi strumenti finanziari "non partecipativi" saremo in presenza di una fattispecie inquadrabile nei contratti di finanziamento, di volta riconducibile nell'ambito dei contratti di mutuo, di fido bancario o di contratti atipici, con tutte le conseguenze in merito alla disciplina da applicare, in forma integrativa

rispetto a quanto già previsto dallo statuto, dagli organi sociali e/o dalla normativa dettata dal Legislatore con riferimento agli strumenti finanziari in parola.

Un'ipotesi particolare, consentita certamente all'autonomia privata, è rappresentata dalla emissione di strumenti finanziari che attribuiscono il diritto al rimborso solo parziale dell'apporto eseguito (di seguito, gli strumenti finanziari "misti").

Non è da escludere, infatti, che nell'ambito delle concrete modalità di realizzazione dell'operazione sottesa all'emissione di strumenti finanziari, possa ipotizzarsi l'uso di tali strumenti in parte sotto forma di equity ed in parte sotto forma di debt, con conseguente commistione della causa di finanziamento con quella di scambio.

Anche in tali circostanze, si pone, probabilmente con ancora maggiori difficoltà, l'esigenza di individuare la disciplina concretamente applicabile tra quella dettata (i) per gli strumenti finanziari "partecipativi" e quella (ii) prevista per gli strumenti finanziari "non partecipativi".

Prima facie, l'interprete potrebbe essere indotto ad utilizzare le conclusioni cui è da tempo giunta la dottrina civilistica in presenza di contratti misti^[36] e, pertanto, ad applicare la teoria c.d. della prevalenza (o dell'assorbimento)^[37]. Ne deriverebbe l'applicazione dello "statuto" proprio degli strumenti finanziari "partecipativi" ovvero "non partecipativi" a seconda che possa ritenersi prevalente l'uno o l'altro aspetto. Il criterio, tuttavia, nel caso di specie, finirebbe per essere meramente quantitativo.

Infatti, tenuto conto della summa divisio, sopra tratteggiata, degli strumenti finanziari tra "partecipativi" e "non partecipativi", in cui il discrimen è rappresentato dalla volontà del sottoscrittore di partecipare al rischio di impresa, o meno, l'unico criterio applicabile nel caso di strumenti finanziari "misti", per poter desumere la sussistenza di tale volontà di rischio, sarebbe individuabile nell'ammontare della porzione di apporto per il quale non sia previsto il pieno diritto al rimborso a favore del sottoscrittore stesso^[38].

Conseguentemente, il limite previsto per gli strumenti finanziari "non partecipativi", ex art. 2411, comma terzo, c.c., dovrebbe trovare applicazione solo nelle ipotesi in cui sia previsto che il sottoscrittore di strumenti finanziari "misti" abbia diritto al rimborso del capitale investito nella misura superiore al 50% del complessivo impegno economico dallo stesso assunto in sede di sottoscrizione.

Tuttavia, tale criterio non mi pare possa ritenersi soddisfacente, prestandosi a facili fenomeni elusivi^[39]. Va ricordato, infatti, che – nella fattispecie de qua – vengono (rectius, possono venire) in considerazione anche interessi ultronei rispetto a quelli della società e del singolo sottoscrittore degli strumenti finanziari in parola.

In particolare, si fa riferimento all'interesse degli stakeholders e, nello specifico, dei creditori, a che l'attività di impresa si fondi sulla leva del debito piuttosto che su quella

più fisiologica dell'utilizzo del capitale proprio dei soci (ovvero dei titolari degli strumenti finanziari "partecipativi").

Una soluzione interpretativa orientata alla tutela degli interessi di tutti i soggetti coinvolti farebbe, pertanto, deporre per l'applicazione della c.d. teoria della combinazione^[40] a questo tipo di strumenti finanziari "misti", con conseguente applicazione diretta, in relazione ai vari profili previsti dal singolo strumento finanziario "misto", sia della disciplina prevista (i) per gli strumenti finanziari "partecipativi" che (ii) per gli strumenti finanziari "non partecipativi"^[41].

La disciplina. L'organo competente per l'emissione degli strumenti finanziari. Il contenuto degli strumenti finanziari: in particolare, il diritto di voto.

1. Quesito di non poco conto, sul piano operativo, è quello avente ad oggetto l'individuazione dell'organo competente all'emissione degli strumenti finanziari de quibus. La tesi prevalente pare essere nel senso di ritenere, in ogni caso, competente l'organo amministrativo, fatta salva l'ipotesi che lo statuto disponga diversamente^[42].

Ritengo si possa (e si debba) giungere a conclusioni differenti. In coerenza con il criterio distintivo tracciato sopra, volto a distinguere tra strumenti finanziari "partecipativi" e strumenti finanziari "non partecipativi", si ritiene opportuno, anche sotto questo profilo, analizzare le due ipotesi separatamente.

Per quanto attiene gli strumenti finanziari "partecipativi" non vi è dubbio che il Legislatore non abbia voluto prendere posizione sul punto. Le norme cui fare riferimento, in via preliminare, sono rappresentate dagli artt. 2346, comma sesto, c.c. e 2349, comma secondo, c.c. Quest'ultima prevede che la competenza all'emissione sia dell'assemblea straordinaria. La norma, tuttavia, rappresenta, ad avviso di chi scrive, un'eccezione, configurando un'ipotesi di attribuzione gratuita di risorse sociali a favore di terzi (nel caso di specie, rappresentati dai prestatori di lavoro della società emittente). In quanto ipotesi eccezionale, non pare dunque possa rappresentare il paradigma cui fare riferimento al fine di individuare, in via generale, l'organo legittimato all'emissione di tali tipologia di strumenti finanziari. Si noti, peraltro, che lo stesso Legislatore sembra essere ben consapevole del carattere eccezionale della disciplina dettata in materia di strumenti finanziari emessi a favore di prestatori di lavoro. Infatti, il secondo comma dell'art. 2349 c.c. prevede che caso di emissione (gratuita) di strumenti finanziari a favore di prestatori di lavoro non è richiesta una apposita previsione statutaria^[43]. Viceversa, nel caso di emissione (onerosa) di strumenti finanziari "partecipativi", l'art. 2346, comma sesto, c.c. tace in merito all'organo competente, richiedendo, tuttavia, che lo statuto disciplini i vari aspetti concernenti detta emissione. Se ne dovrebbe desumere che il Legislatore, nel prevedere due discipline autonome per quanto attiene le condizioni necessarie all'emissione e l'individuazione dell'organo competente, abbia implicitamente voluto

considerare le due ipotesi in modo separato. Inoltre, il primo comma dell'art. 2349 c.c., volto a disciplinare l'emissione gratuita di azioni a favore dei prestatori di lavoro, richiede sia una espressa previsione statutaria che una apposita delibera straordinaria^[44]; viceversa, l'art. 2349, comma secondo, non presuppone alcuna indicazione statutaria. Tale silenzio, a fronte della chiara indicazione prevista nel primo comma, non può non supporre una volontà tacita del Legislatore di escludere, nel caso di specie, la necessità di un intervento statutario, tenuto conto che, in tal caso, sarebbe stato sufficiente un mero richiamo a quanto sul punto indicato dall'art. 2346, comma sesto, c.c. (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). La netta differenza di disciplina che si ricava dalla comparazione delle norme sin qui richiamate, sembrerebbe, pertanto, far propendere per la soluzione sopra raggiunta: l'art. 2349, comma secondo, c.c. non può essere considerato norma di riferimento al fine di individuare l'organo competente alla emissione degli strumenti finanziari in esame rappresentando una ipotesi straordinaria e non può, pertanto, trovare applicazione al di fuori dei casi ivi espressamente contemplati. Né, in senso opposto, valgono le considerazioni espresse da chi^[45] ha affermato che la competenza spettante all'assemblea straordinaria sia giustificata dalla esigenza di tutelare la posizione dei singoli soci, in quanto gli strumenti finanziari "partecipativi" possono attribuire ai relativi titolari "diritti corporativi che interferiscono in misura più o meno significativa con le tipiche posizione degli azionisti". Infatti, gli azionisti sono, in ogni caso, tutelati dal momento che l'art. 2346, comma sesto, c.c.^[46] prevede la necessità di una apposita clausola statutaria, a monte della relativa emissione, a mezzo della quale disciplinare, tra l'altro, i diritti attribuibili ai titolari degli strumenti finanziari in esame ed imponendo, conseguentemente, un diretto coinvolgimento, in sede statutaria, dei soci stessi.

Neppure, mi pare percorribile, nonostante quanto affermato da alcuni Autori^[47], la tesi secondo cui sarebbe rimesso all'autonomia privata – a mezzo di apposita previsione statutaria – l'individuazione dell'organo competente. Tale conclusione, a mio avviso, deve tener conto di due considerazioni, una di carattere sistematico ed una di carattere letterale:

(i) quanto alla prima, è noto che – a seguito della riforma del diritto societario – il rapporto tra l'organo amministrativo e l'assemblea^[48] è mutato profondamente, attribuendo netta prevalenza al primo. In particolare, dal combinato disposto degli artt. 2380bis e 2364, n. 5. c.c. si desume chiaramente che tutte le competenze non espressamente attribuite all'assemblea debbano essere riferite, in via residuale, all'organo amministrativo^[49];

(ii) l'art. 2483 c.c., avente ad oggetto l'emissione di titoli di debito nelle s.r.l., prevede espressamente che venga rimessa allo statuto la scelta in merito all'organo competente all'emissione (assemblea ovvero organo gestorio). La norma è inserita in un ambito, quello delle nuove s.r.l., caratterizzato da un ampio margine di intervento da parte dell'autonomia statutaria. Al contempo, il Legislatore ha manifestato l'esigenza di esplicitare che la scelta volta ad individuare l'organo competente debba essere attribuita alla volontà dei soci, a mezzo di espressa previsione statutaria. L'interprete sarebbe, pertanto, indotto a ritenere che una tale formulazione si sarebbe resa a fortiori necessaria in un contesto, quale quello delle nuove s.p.a., caratterizzato da una maggiore rigidità rispetto a quello del "tipo" s.r.l. Se ciò non è stato fatto, se ne dovrebbe inferire che il Legislatore abbia voluto escludere una competenza alternativa tra assemblea e organo gestorio, rimettendo a questo ultimo il potere esclusivo di deliberare sul punto, tenuto conto che la tutela dei soci è già assicurata dal fatto che - al fine di poter procedere ad una eventuale emissione di strumenti finanziari "partecipativi" - sia necessario inserire una apposita clausola statutaria volta a disciplinare "le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione"[50].

Quanto sin qui indicato, porta a ritenere, pertanto, che l'organo gestorio sia competente, in via esclusiva, in merito all'emissione di strumenti finanziari "partecipativi", trattandosi di un tipico atto gestorio. Ciò non esclude, ovviamente, che lo statuto possa, altresì, prevedere la necessaria autorizzazione assembleare, ai sensi dell'art. 2364, n. 5, c.c. quale condizione per la deliberazione consiliare avente ad oggetto l'emissione in parola. Così individuate le ragioni in forza delle quali propendere per una competenza esclusiva dell'organo amministrativo per quanto attiene l'emissione di strumenti finanziari "partecipativi", non pare si pongano particolari problematiche in merito agli aspetti esecutivi della delibera di emissione. Entro i limiti e le condizioni fissati dallo statuto[51], l'organo gestorio potrà in concreto (i) decidere quando procedere all'emissione, in quale misura massima, a chi offrire tali strumenti finanziari "partecipativi", che tipo di apporto richiedere e, in ultimo, (ii) provvedere alla materiale sottoscrizione, a fronte del relativo apporto, di detti strumenti. Non mi pare, al contempo, vi siano particolari esigenze di forma per quanto attiene le modalità di assunzione della suindicata decisione da parte dell'organo gestorio né, in astratto, possono porsi dubbi in merito all'eventualità che l'organo gestorio deleghi, ex art. 2381, comma terzo, c.c., la competenza in materia ad uno o più consiglieri. Tenderei, viceversa, ad escludere che la delibera in esame possa essere iscritta nel Registro Imprese. In senso opposto, non appaiono rilevanti le argomentazioni di chi[52] ha sostenuto che ciò sia necessario al fine di soddisfare le "esigenze sia dei soci attuali che futuri, del mercato e dei terzi in generale di essere messi a conoscenza di quanti strumenti finanziari di una data categoria effettivamente in circolazione".

Infatti, va rammentato che nel vigente sistema di pubblicità d'impresa si rinviene codificato, nelle disposizioni di cui agli artt. 2188, 2193 c.c. e art. 7, comma secondo, lett. b) del DPR 581/1985, un generale e fondamentale principio di tipicità degli atti soggetti all'iscrizione nel registro delle imprese^[53]. In particolare, non sembrano sufficienti a suffragare la suddetta iscrizione della deliberazione di emissione di strumenti finanziari le considerazioni svolte dai medesimi Autori^[54] secondo cui essa sarebbe necessaria al fine di soddisfare “le esigenze sia dei soci attuali che futuri, del mercato e dei terzi in generale di essere messi a conoscenza di quanti strumenti finanziari di una data categoria siano effettivamente in circolazione”. Sul punto, è sufficiente richiamare quanto affermato da un recente provvedimento del Tribunale di Varese^[55], il quale, nel negare la iscrivibilità di un atto di impresa non contemplato dalla legge, afferma espressamente che “La funzione del sistema di pubblicità d'impresa non può, allo stato attuale della normativa che lo disciplina, identificarsi nell'informazione del mercato sulle vicende dell'impresa, tanto da consentire la pubblicità di qualsiasi vicenda o notizia potenzialmente di interesse per gli operatori economici”.

Si pone, pertanto, l'esigenza di verificare in che modo i terzi, intesi come creditori attuali e potenziali, possano venire a conoscenza di una eventuale emissione di strumenti finanziari “partecipativi”. A tal fine soccorre il criterio che è stato definito “dei due poli”, segnalato nella prima parte del presente scritto^[56], volto ad individuare la disciplina integrativa dei diversi “tipi” di strumenti finanziari, allorquando quella espressamente prevista dal Legislatore non risulti essere sufficiente a tutelare gli interessi che vi sono sottesi. In particolare, nel caso di strumenti finanziari “partecipativi” dovremo aver riguardo a quanto previsto in materia di azioni, tenuto conto che entrambe le fattispecie sono caratterizzate dalla partecipazione al rischio di impresa.

Conseguentemente, si dovrà prendere in considerazione l'art. 2344, comma primo, c.c., il quale prevede, come noto, che - nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione - gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'apposita attestazione. La teoria c.d. “dei due poli” consentirebbe l'integrazione, per “assimilazione” ed “attrazione” della normativa dettata in materia di azioni, della disciplina propria prevista in materia di strumenti finanziari “partecipativi”, con applicazione analogica, con le dovute differenze legate al differente strumento emesso, dell'art. 2344, primo comma, c.c.

2. Differente è l'ipotesi in cui si voglia procedere all'emissione di strumenti finanziari “partecipativi” convertibili^[57].

Si ritiene che in tal caso non soccorra necessariamente, ed esclusivamente, la previsione di cui all'art. 2420bis c.c. ai sensi della quale l'assemblea straordinaria è competente all'emissione di obbligazioni convertibili. La norma, infatti, è stata dettata

esplicitamente in materia di obbligazioni convertibili, che si caratterizzano, al pari degli strumenti finanziari “non partecipativi”, per la sussistenza di un diritto intangibile al rimborso dell’apporto eseguito da parte dei relativi sottoscrittori. Nel caso in esame, viceversa, il titolare dello strumento finanziario “partecipativo” partecipa al capitale di rischio della società ed è, pertanto, assimilabile più ad un azionista che ad un creditore, con la conseguenza che la fattispecie in esame e quella prevista dall’art. 2420bis non presentano una identità di situazioni sottostanti tali da giustificare una applicazione analogica.

La fattispecie in esame potrebbe essere assimilata, sul piano civilistico, a quella di un contratto a prestazioni corrispettive avente ad oggetto, tra l’altro, un diritto di opzione di novazione che determina il mutamento del titolo originario: da contratto di scambio a contratto di acquisto delle partecipazioni sociali. Infatti, a seguito dell’esercizio del diritto di opzione, si assisterà all’acquisto del relativo pacchetto azionario e l’apporto (rectius il valore patrimonializzato di detto apporto) sarà imputato a titolo di corrispettivo delle azioni così acquistate.

Il riferimento più immediato alla ricostruzione sopra illustrata pare essere quello dei cc.dd. warrant, noti alla prassi, sebbene non espressamente disciplinati dal codice civile[58]. Infatti, sia pur nella varietà degli utilizzi sottesi agli strumenti suddetti, anche nel caso dei warrant si assiste talora all’attribuzione di un titolo che incorpora un diritto di opzione avente ad oggetto l’acquisto di azioni di una determinata società[59].

In particolare, un Autore, con riferimento alla necessaria contestualità tra emissione di warrant e delibera di aumento di capitale “a servizio” in conformità a quanto disposto dall’art. 2420bis c.c., ha correttamente affermato che la predetta norma non possa essere considerata espressione di un principio sistematico di insostenibilità della emissione (attuale) di titoli capaci di produrre l’acquisto di azioni allo stato non deliberate; e ciò in quanto “l’esigenza di contestualità (prevista dall’art. 2420bis, NdR) appare essere affermata per motivi di mera protezione degli interessi dell’obbligazionista e, non in nome di un principio, quale sopra accennato, della cui valenza è lecito dubitare fortemente”[60], concludendo nel senso di ritenere accettabile che le delibere di emissione di warrant non vengano assistite da una precedente, o contestuale, delibera di aumento di capitale sociale da porre “a servizio” di tale emissione.

In considerazione di una certa assimilazione tra warrant e strumenti finanziari “partecipativi”, si ritiene che le conclusioni raggiunte in materia di warrant possano senz’altro trovare applicazione anche nel caso di strumenti finanziari “partecipativi” [61]. Conseguentemente, non pare possa essere escluso – in conformità a quanto disposto dallo statuto – che l’organo gestorio proceda all’emissione di tali strumenti, senza la contestuale delibera assembleare di aumento del capitale sociale “a servizio”.

Appare, peraltro, evidente che, laddove non venga in concreto assunta tale delibera “a servizio”, entro il termine a partire dal quale i titolari degli strumenti finanziari in parola risultino legittimati a far valere il proprio diritti di conversione, si determinerà un’ipotesi di inadempimento a carico della società emittente, probabilmente con annessi profili di responsabilità da parte dell’organo gestorio, stante l’assunzione di una decisione (i.e. l’emissione degli strumenti convertibili), in assenza di una preventiva o contestuale deliberazione assembleare di aumento del capitale sociale[62].

Peraltro, la delibera di aumento in parola potrebbe non essere necessaria allorquando la società emittente gli strumenti finanziari “partecipativi” convertibili detenga in portafoglio azioni proprie. In tal caso, sarebbe sufficiente una delibera autorizzatoria con la quale porre “a servizio” dell’emissione dei predetti strumenti finanziari “partecipativi” le azioni detenute da parte della stessa società emittente, ai sensi dell’art. 2357 c.c. Anche nel caso di specie, e per le regioni suesposte, non sarà richiesta una stretta contestualità, o addirittura anteriorità, della suindicata delibera autorizzatoria rispetto alla decisione avente ad oggetto l’emissione degli strumenti finanziari “partecipativi” convertibili in esame. Al contempo, sul piano civilistico[63], pare non possa essere esclusa del tutto l’eventuale applicazione degli artt. 1478 e 1479 c.c., in tema di vendita di cosa altrui. Conseguentemente, laddove a seguito dell’esercizio del diritti di conversione, l’assemblea dei soci non dovesse aver deliberato, il titolare dello strumento finanziario “partecipativo” potrà vantare il diritto al risarcimento dei danni subiti, nei confronti della società, e quello alla risoluzione del contratto.

3. Diverso approccio dovrà essere seguito con riferimento all’ipotesi di strumenti finanziari “non partecipativi”. In tal caso, l’individuazione dell’organo competente dovrà avvenire in forza dello “statuto” proprio delle obbligazioni, secondo quanto previsto dall’art. 2411, comma terzo, c.c. La norma, infatti, avente ad oggetto, come detto sopra, la species degli strumenti finanziari “non partecipativi” richiama espressamente la disciplina delle obbligazioni[64]. La competenza all’emissione sarà, pertanto, dell’organo amministrativo, fatta salva l’ipotesi in cui lo statuto non disponga diversamente[65]. Inoltre, in presenza di strumenti finanziari “non partecipativi” convertibili, dovrà ritenersi applicabile, in via diretta e non analogica, stante il suddetto richiamo contenuto nell’art. 2411, comma terzo alla disciplina delle obbligazioni, l’art. 2420bis c.c., con conseguente competenza dell’assemblea straordinaria e delle procedure ivi previste relativamente alla necessaria contestualità tra emissione di strumenti finanziari “non partecipativi” e delibera di aumento del capitale società “a servizio” di detta emissione.

I contratti di borsa e di intermediazione finanziaria

1. Nozione e fonti

Il codice civile non fornisce una definizione dei contratti di borsa la cui esistenza è solo presupposta dagli artt. 1536 e 1551, declinati alcuni aspetti previsti in via generale per figure negoziali affini a strumenti contrattuali non univocamente inquadrabili sotto il profilo giuridico, storicamente sottoposti, prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 58 del 24 febbraio 1998 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, con le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 164/2007), ai c.d. usi di borsa. Ancora oggi la raccolta di tali comportamenti conformi, istituzionalizzati nella pratica degli affari borsistici non sono stati abrogati, permanendo in vigore, in quanto compatibili con le altre fonti normative e regolamentari. Proprio per la peculiarità della materia e per la complessità dell'evoluzione normativa così delineatasi in particolare negli ultimi vent'anni, è opportuno premettere qualche cenno su ciò che è oggetto di negoziazione e di scambio e sulle dinamiche che precedono i momenti della contrattazione vera e propria.

2. Prodotti e strumenti finanziari

Oggetto dei contratti di borsa sono dunque gli strumenti finanziari, ricompresi nell'ampia tipologia dei prodotti finanziari.

Tecnicamente questi ultimi sono definiti dall'art. 1, comma 1, lett. u, cit. T.u.f. come "gli strumenti finanziari e ogni forma d'investimento di natura finanziaria", (esclusi i depositi bancari a vista e a tempo e i depositi postali), ossia forme d'impiego del risparmio effettuate in vista di un ritorno economico, da ricordarsi con i "valori mobiliari" e gli "strumenti finanziari", che in particolare sono costituiti da azioni, obbligazioni, altri titoli di debito, titoli di Stato, quote di fondi comuni di investimento, strumenti finanziari derivati, ecc. I valori mobiliari infine, sottocategoria degli strumenti finanziari, possono essere negoziati sul mercato dei capitali, in quanto trasferibili e liquidabili.[1]

Giuridicamente un prodotto finanziario, dato da un titolo di credito (o di debito) dematerializzato, è equiparato a un bene mobile, suscettibile di essere oggetto di diritti circolanti nel mercato e contemplanti l'intera situazione giuridica con gli obblighi collegati.

La tassativa elencazione indicata dal T.u.f. non consente di contemplare altre categorie, poichè solo il Ministero dell'economia e delle finanze con regolamento adottato, sentite la Banca d'Italia e la Consob, può individuare nuove categorie di strumenti finanziari, di servizi e attività d'investimento, in sintonia con l'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie (art. 18, comma 5, T.u.f.). Dunque l'evoluzione delle pratiche finanziarie nell'utilizzo di titoli di credito, nella loro forma di strumenti finanziari, ha condotto all'emissione di titoli in serie (cd. di massa) il cui trasferimento è facilitato da semplici operazioni di registrazioni contabili per via telematica, grazie proprio alla loro fungibilità (i vari titoli che compongono un'emissione sono uguali fra loro), alla loro dematerializzazione e alle caratteristiche di negoziabilità/liquidità, in particolare diretta a creare immediata monetizzazione del valore intrinseco del diritto mediante cessione del titolo sul mercato.

2. 1. Emissione e collocamento nel mercato

Nei mercati regolamentati l'emissione e collocamento di titoli è riservata ad intermediari finanziari abilitati alla prestazione di servizi d'investimento, quindi società d'intermediazione finanziaria (SIM), banche e banche d'affari (per i mercati non regolamentati valgono le regole poste dall'ente gestore); altrettanto alle banche e alle SIM è consentita la successiva fase di circolazione del titolo dematerializzato (incorporante una posizione contrattuale) con la negoziazione in conto proprio e per conto terzi nell'accattivante scenario dell'attuale sistema d'informatizzazione, introdotto al posto delle famose contrattazioni cd. "alle grida" in cui gli agenti di borsa, altrettanto in maniera accattivante ma alquanto rumorosa, dovevano pronunciare i prezzi ad alta voce per esigenze di trasparenza del mercato. Le fasi dell'emissione e del collocamento sono molto importanti poichè contribuiscono alla regolarità delle contrattazioni, evidente nel passaggio della circolazione del titolo tra mercato primario e secondario. In pratica il soggetto emittente decide per motivi anche semplicemente speculativi o di finanziamento di creare titoli di credito (o di debito) dematerializzati, poi proponendoli ai futuri portatori con un'offerta pubblica di acquisto. L'emissione, ossia la collocazione di una posizione giuridica contrattuale nuova, avviene sul mercato primario (o ristretto) in cui l'investitore cd. istituzionale viene invitato alla sottoscrizione del titolo stesso. Solo successivamente, quando il suo primo prezzo viene quotato, il titolo entra nel mercato secondario e può essere ceduto al pubblico dei risparmiatori.

Non di rado la vendita di alcuni prodotti finanziari interessa i singoli risparmiatori con contrattazione privata o diretta, come nel caso delle obbligazioni emesse dalle banche e vendute ai propri clienti in un vero e proprio conflitto di interessi: manca difatti la fase del collocamento sul mercato di capitali attraverso un intermediario il cui ruolo è assunto dal cliente, pur non avendo sollecitato (come avrebbe fatto un investitore abilitato) quel tipo d'investimento. Ai sensi della Comunicazione Consob DAL/RM/96002282 del 13 marzo 1996 se la banca emette obbligazioni dovrebbe

astenersi, come intermediario, dal sollecitare l'investimento da parte dei propri clienti. Anche secondo il reg. Consob n. 11522/1999 e succ. integrazioni (in attuazione del T.u.f.), per legittimare una tale operazione dovrebbe perlomeno descrivere dettagliatamente ai propri clienti i possibili rischi, primo fra tutti quello del ritiro improvviso del titolo, previsto in tutti i regolamenti di emissione e raramente a conoscenza del sottoscrittore non istituzionale. Infine per quanto riguarda gli ambiti tipici d'azione il mercato dei capitali in generale è il luogo in cui s'incontrano i flussi della domanda e dell'offerta dei prodotti finanziari. Così mentre i mercati non regolamentati, non autorizzati dalla Consob e creati da singoli intermediari (ad esempio le banche), sono disciplinati al Capo II del Titolo I del T.u.f., gli scambi organizzati, soggetti a parametri di trasparenza e sicurezza, sono soggetti, in base alla comunicazione Consob, n. 98097747 del 24 dicembre 1998, ad "un insieme di regole e di strutture, anche automatizzate, che consente in via continuativa e periodica di raccogliere e diffondere proposte di negoziazione di strumenti finanziari per dare loro esecuzione secondo le modalità previste dal sistema".

In Europa il mercato dei capitali si distingue primariamente in mercato diretto (in cui due soggetti, ad esempio banca e cliente, si scambiano direttamente il prodotto finanziario) e mercato aperto (che a sua volta, si distingue in monetario, finanziario e mercato dei cambi) in cui regole standardizzate disciplinano gli scambi secondo condizioni e prezzi pubblicizzati senza singole contrattazioni. Questa rapida schematizzazione del sistema è solo teorica, considerando che tali strumenti possono comunque essere negoziati in comparti non rigidamente riconducibili alle distinzioni indicate e che vi sono strumenti finanziari riferibili alle posizioni contrattuali più eterogenee.

3. Negoziazione degli strumenti finanziari: il contratto quadro

L'attività negoziale diretta allo scambio di strumenti finanziari rappresenta in realtà l'ultima fase di un iter giuridico articolato e complesso che corrisponde all'operatività di borsa. L'esito cui si perviene infatti è preceduto da tre momenti contrattuali collegati fra loro che sono il contratto d'investimento, l'ordine e il contratto di borsa.

Partendo dal primo, è individuabile in "quell'accordo normativo o programmatico la cui causa consiste nel regolare in via preventiva una indefinita serie di negozi - a cui tuttavia potrebbe anche non seguire operazione d'investimento - e con cui l'intermediario pone la sua organizzazione di impresa a disposizione del cliente."

Per l'art. 23, comma 1, citato T.u.f. tali contratti sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE e un esemplare è consegnato ai clienti, salvo facoltà di deroga consentita alla Consob, per la previsione con regolamento di altra forma applicabile a particolari tipi di contratto, qualora motivate ragioni o la natura professionale dei contraenti lo richieda.

La previsione della forma scritta a pena di nullità appare in sintonia con la figura del contratto quadro che regola le successive condotte delle parti, preventivamente

concordanti un regolamento contrattuale al quale conformare la conclusione di futuri (e soltanto eventuali) atti giuridici; in altri termini modalità e contenuti economici del servizio erogato dall'intermediario. Nel definire la natura giuridica di tale negozio l'orientamento prevalente, anche avallato dalle Sezioni Unite della Cassazione, ha individuato nella figura del mandato quella più affine, precisando altresì che le successive operazioni sono compiute dall'intermediario per conto del cliente in attuazione del contratto quadro, essenziale rispetto agli ordini, pertanto privi di autonoma causa negoziale.

Tuttavia, pur concordando su un plausibile grado di indeterminatezza del mandato, dottrina^[7] e altre interpretazioni della giurisprudenza di merito^[8] hanno evidenziato che il regolamento inizialmente predisposto per i futuri e solo potenziali rapporti tra le parti, può essere integrato da istruzioni impartite dal mandante, quindi determinato integralmente da manifestazioni autonome di volontà del cliente, potendo anche rimanere privo di ordini successivi. Del resto con l'entrata in vigore del citato T.u.f. la specifica condotta imposta all'intermediario dall'art. 23 supera la diligenza del mandatario richiesta dalla previgente disciplina (art. 13, L. 1/1991), emergendo e affermandosi la tesi opposta a quella che intravedeva negli ordini di borsa meri atti esecutivi,^[9] avendo gli stessi ad oggetto la prestazioni di servizi di investimento, quindi autonomo valore negoziale per il quale dovrebbe essere esteso l'obbligo di forma scritta ad substantiam previsto dal citato art. 23 T.u.f.

In tale ottica il contratto quadro assume con maggiore chiarezza la natura giuridica di contratto normativo a effetti obbligatori che anticipa la fase successiva della stipulazione degli ordini di acquisto,^[10] dotati ognuno di una propria causa negoziale ma collegati funzionalmente all'accordo iniziale.

3.1. L'ordine di borsa

In realtà l'art. 23 T.u.f. precisa gli obblighi di forma del contratto quadro lasciando, insieme alla normativa regolamentare Consob, imprecisato se debbano essere estesi anche agli ordini di borsa la cui forma sembra debba essere rimessa all'autonomia delle parti, essendo strumentale la forma scritta prevalentemente alla tutela del contraente debole, al fine di garantirgli, fin nel contratto normativo, la dettagliata conoscenza delle future attività di investimento. Sembrerebbe che, come strumento concretamente volto ad esprimere la volontà dell'investitore con l'indicazione del titolo da negoziare e degli elementi essenziali del prezzo e della quantità, anche in assenza di un accordo preliminare l'ordine di borsa possa essere valido e usufruire dei rimedi in genere previsti da un contratto quadro a tutela del contraente debole.

In particolare in merito all'obbligo di forma scritta per il contratto quadro, alla libertà di forme prevista per gli ordini di investimento e alle conseguenze possibili in caso che l'accordo iniziale sia nullo, è corretto fornire alcune precisazioni.

Se è vero che i singoli investimenti, conclusi in esecuzione dell'accordo quadro, possono perfezionarsi validamente senza vincoli di forma, anche verbalmente e che l'obbligo di forma scritta è previsto solo per il contratto normativo [12], è altrettanto evidente che la nullità di un accordo iniziale nullo per difetto di forma trascina con sé anche il singolo ordine eseguito, con il diritto del cliente a ottenere la ripetizione di quanto corrisposto per l'investimento invalido. In alcuni casi (ad esempio per i contratti in strumenti finanziari derivati) le parti possono inizialmente pattuire una forma determinata anche per i singoli ordini al fine "di assicurare una maggiore ponderazione da parte dell'investitore, di garantire all'operatore la serietà di quell'ordine e di permettergli una più agevole prova della richiesta ricevuta". In tal caso la mancanza della forma prevista determina l'invalidità degli atti ex art.1352, finalizzato l'obbligo assunto convenzionalmente a tutelare anche l'intermediario e non solo l'investitore (in base all'art. 23, T.u.f.)[14]. Ne deriva che la banca, ricorrendo tale ipotesi, può contestare la nullità dell'investimento e rifiutarne l'esecuzione[15].

4. Tipologie dei contratti di borsa

La fase della negoziazione si conclude, in caso di esito positivo, con la stipulazione del contratto di borsa giuridicamente identificabile generalmente nello schema della compravendita che, in relazione al momento della liquidazione, si distingue in due categorie: contratti a pronti o a contanti e contratti a termine. I primi vanno eseguiti contestualmente o massimo entro tre giorni dalla stipulazione secondo gli usi, mentre i secondi prevedono un'esecuzione differita nel tempo. Nell'ambito dei contratti a termine, oltre alla vendita a termine, altra figura ricorrente è quella del riporto.

4.1. Vendita a termine di titoli di credito (le negoziazioni a termine)

L'art. 1531 regola lo schema classico del corrispondente contratto di borsa, espressamente disciplinato all'art. 1536, prevedendo che nella vendita a termine di titoli di credito, gli interessi e i dividendi esigibili dopo la conclusione del contratto e prima della scadenza del termine, se riscossi dal venditore, sono accreditati al compratore (comma 1). Qualora la vendita abbia ad oggetto titoli azionari, il diritto di voto spetta al venditore fino al momento della consegna (comma 2). In pratica il

venditore s'impegna a trasferire titoli di una certa specie e quantità al compratore alla fine del mese corrente o del mese successivo, mentre il compratore s'impegna a pagare alla scadenza così fissata il prezzo corrente alla data del contratto, determinandosi, in caso di aumento del prezzo di mercato fino alla scadenza, un guadagno per il compratore; viceversa sarà il venditore a guadagnarci se tale parametro sarà diminuito.

Nella pratica di borsa le parti non eseguono il contratto secondo la sua causa tipica con la consegna dei titoli e il pagamento del prezzo, ma con la liquidazione della differenza, ossia di una somma a favore del venditore o del compratore a seconda dei casi. Quella che potrebbe sembrare una scommessa sull'andamento dei prezzi non esplica la funzione tipica dell'istituto della scommessa di cui all'art. 1933, restando le parti libere di chiedere alla scadenza la consegna dei titoli e il pagamento del prezzo. In ultima analisi con la vendita a termine i contraenti non intendono nella maggior parte dei casi operare un trasferimento della proprietà dei titoli, ma versare la differenza del prezzo secondo la quotazione del giorno della scadenza rispetto a quello del giorno della conclusione. In caso di diminuzione la differenza sarà versata dall'acquirente, diversamente in caso di aumento dal venditore, senza alcun effettivo trasferimento di proprietà, trattandosi di contratto consensuale. Pertanto, anche in corso di contratto, l'acquirente che non aveva intenzione di acquistare può rivendere e così l'alienante può riacquistare il titolo sul mercato, perchè fondamentalmente interesse delle parti sta nel pagamento o nel risparmio della differenza tra prezzo fissato alla conclusione del contratto e prezzo ottenuto alla scadenza.

I contratti di borsa a termine possono essere conclusi con copertura o allo scoperto: per la prima ipotesi è richiesto il deposito dei titoli assistito da una copertura in denaro, mentre per la seconda, esclusa ogni forma di garanzia, il contraente può benissimo agire con l'intento di voler speculare su rialzi e ribassi dei titoli (tanto che prassi diffusa tra gli agenti di cambio era quella di richiedere una preventiva cauzione per eseguire l'ordine del cliente) con gli intuibili riverberi di frequenti e azzardate speculazioni sull'intero sistema.

Infine i contratti a termine possono essere conclusi a mercato fermo (se le parti si obbligano a eseguirli come pattuito) o a mercato libero con i contratti a premio che possono distinguersi in:

- **il contratto dont** con il quale il compratore si riserva la facoltà di recedere, corrispondendo il premio pattuito, pagando sia il premio che il prezzo se sceglierà di eseguirlo (contratto put se è il venditore a riservarsi la facoltà di recesso);
- **il contratto stellage** in cui uno dei contraenti si riserva di assumere alla scadenza del contratto il ruolo di compratore o venditore, a seconda di una possibile speculazione sul rialzo o ribasso dei titoli negoziati, scegliendo, ad esempio, di vendere

e realizzando la differenza, se alla scadenza la quotazione dei titoli è aumentata rispetto a quanto pattuito.

4.2. Il riporto

Il riporto è il contratto per il quale il riportato trasferisce in proprietà al riportatore titoli di credito di una data specie per un determinato prezzo e il riportatore assume l'obbligo di trasferire al riportato, alla scadenza del termine stabilito, la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie, verso il rimborso del prezzo, che può essere aumentato o diminuito nella misura convenuta (art. 1548).

In pratica un soggetto trasferisce un certo numero di titoli per una determinata somma ad un altro soggetto che s'impegna contrattualmente a retrocedere ad una scadenza prestabilita titoli nella stessa quantità e genere, potendo ricevere in pagamento un altro prezzo più alto (riporto propriamente detto) o più basso (deporto) del primo.

E' così configurabile una sorta di prestito in denaro garantito da titoli con un costo che è dato dalla differenza tra il prezzo a termine e quello a pronti, alternativo all'anticipazione bancaria su titoli o al mutuo su pegno irregolare. Rispetto a tali figure tuttavia nel riporto la banca non può chiedere un supplemento di garanzia in caso di diminuzione di valore dei titoli sul mercato, nè può il riportato rientrare in ogni momento nella disponibilità dei titoli restituendo parzialmente o per intero il denaro ricevuto [17]; inoltre il riporto è sempre di natura reale e in caso di inadempimento si applicano le norme sull'esecuzione forzata nella vendita ex art. 1551. [18]

E' sicuramente uno strumento che permette di ottenere liquidità per il soggetto che ne è sprovvisto mediante la cessione di titoli di credito dei quali non vuole perdere definitivamente la titolarità che riacquisterà (della medesima specie di quelli ceduti), restituendo alla prima scadenza il denaro ricevuto.

Dal riporto comune (o di banca) va distinto il riporto di borsa con il quale le parti operano la vendita e la ricompra dei titoli con il rimborso finale del prezzo, per avvalersi di un andamento favorevole del valore dei titoli al termine della riconsegna.

Nella pratica borsistica il contratto ha sempre funzione speculativa per entrambe le parti: il riportato confida nella possibilità che al termine stabilito nel contratto i titoli abbiano una maggiore quotazione sul mercato per un futuro riacquisto dei titoli a un prezzo inferiore rispetto a quello corrente, mentre il riportatore ha interesse a che i

titoli acquistati vedano un ribasso della loro quotazione, in modo che potrà acquistare a un prezzo inferiore i titoli da ritrasferire al riportato.

Nel caso di riporto di borsa e d'inadempimento di una delle parti, l'altra può agire per l'esecuzione coattiva con le forme della liquidazione coattiva di borsa (art. 1551, comma 1), mentre all'inadempimento di entrambe segue la cessazione degli effetti del contratto e ciascuna parte ritiene ciò che ha ricevuto al tempo della sua stipulazione (art. 1551, comma 2).

Rispetto alla fattispecie ordinaria lo scambio dei titoli avviene attraverso un intermediario e successivamente alla stipula, secondo le dinamiche tipiche di un mercato telematizzato quale quello attuale in cui la conclusione del contratto può avvenire con i mezzi telematici con la fissazione della liquidazione a un giorno predeterminato. I titoli vengono scambiati per mezzo di scritturazioni contabili senza che se ne abbia la materiale disponibilità, perchè mai emessi in forma cartacea. Dunque le differenze con il riporto comune, contratto reale che si perfeziona con la consegna dei titoli (art. 1549), sono così ancora più evidenti: il riporto di borsa è un contratto consensuale che si perfeziona senza la consegna dei titoli, a effetti reali e non obbligatori, poichè la registrazione contabile non esprime effetto traslativo, configurando una diversa fisionomia che converge nella definizione di contratto innominato consensuale.[19]

Più precisamente l'unica manifestazione del consenso a confermare la struttura unitaria della fattispecie è espressa al momento della consegna dei titoli; il relativo trasferimento successivo costituisce l'adempimento dell'obbligazione sorta dall'originario contratto. I due scambi non vanno considerati separatamente, vista l'unità strutturale e funzionale del complesso rapporto.[20]

Il riporto può avere ad oggetto titoli di credito in senso stretto o titoli di legittimazione a essi assimilabili con esclusione di accordi riguardanti un oggetto indeterminato nell'ottica dell'obbligo di restituire alla scadenza titoli dello stesso genere di quelli ricevuti.

In caso d'inadempimento l'art. 1551 richiama l'applicazione degli artt. 1515 e 1516 sull'esecuzione coattiva per la vendita di cose mobili (ma anche i normali mezzi contro l'inadempimento) e le leggi speciali per i contratti di borsa, in particolare l'art. 72 T.u.f.

Il contratto estimatorio

Il contratto estimatorio prevede che una parte (tradens) consegni una o più cose mobili all'altra (accipiens), mentre quest'ultima si obbliga a pagarne il prezzo o a restituirla nel termine stabilito (art. 1556 c.c.).

1. Natura del contratto

Secondo alcuni autori, il contratto estimatorio deve essere considerato “reale”, in quanto prevederebbe la consegna al momento dell’accordo: sino alla consegna quindi si resterebbe nell’alveo delle trattative (COTTINO, VISALLI) o del contratto preliminare (GRAZIADEI). Non mancano tuttavia opinioni che ritengono il contratto estimatorio perfezionabile con il mero consenso (vedi Cass. Civ., sez. II, sentenza 26 aprile 1990, n. 3485. In dottrina, NATOLI e GABRIELLI).

2. Elemento caratteristico Elemento caratteristico del contratto, la cui funzione va ravvisata nella promozione della vendita della merce del tradens,(cfr. Cass. Civ., sez. III, sentenza 17 luglio 2003, n. 11196, in Mass. Giur. It., 2003), è la facoltà dell’accipiens di restituire la merce anziché pagarne il prezzo, nonché la fissazione di un termine per l’esercizio di tale facoltà, che lo distingue in primo luogo dal deposito per la vendita, che si configura allorché l’accipiens abbia ricevuto della merce con l’obbligo di rispettare dei prezzi minimi di vendita, senza essere esonerato dall’obbligo di versare quanto effettivamente riscosso, salvo il suo compenso, quando riesca a vendere a prezzi maggiori (cfr. Tribunale di Torino, sentenza 30 maggio 1992, in Giur. It., 1993, I, 2, 126).

Che la facoltà dell’accipiens di restituire la merce anziché corrisponderne il pagamento sia elemento essenziale e caratterizzante il contratto estimatorio è affermazione unanime in giurisprudenza: cfr. Cass. Civ., sentenza 29 ottobre 1991, n. 11504, in Giur. It., 1992, I, 1, 446; Cass. Civ., sentenza 26 aprile 1990, n. 3485, in Giur. It., 1991, 1, 68; Cass. Civ., sentenza 6 aprile 1982, n. 2137, in Rep. Giur. It., 1982, voce Estimatorio, n. 1, 1093; Cass. Civ., sentenza 21 aprile 1979, n. 2235, in Giur. It., I, 1, 113; Cass. Civ., sentenza 25 agosto 1978, n. 3985, in Rep. Giur. It., 1978, voce Obbligazioni e contratti, n. 117, 2975; Cass. Civ., sentenza 4 gennaio 1974, n. 9, in Giust. Civ., 1974, I, 893; Cass. Civ., 16 gennaio 1969, n. 89, in Rep. Giur. It., 1968, voce Estimatorio, n. 1, 1470; Cass. Civ., sentenza 4 aprile 1962, n. 687, in Rep. Giur. It., 1962, voce Vendita, n. 173, 3842; Cass. Civ., sentenza 31 ottobre 1956, n. 4102, in Giust. Civ., 1957, I, 1085. Cass. Civ., sentenza 27 ottobre 1956, n. 3987 (in Giust. Civ., 1957, I, 1085), riscontrata in concreto l’esistenza a carico dell’autorizzato a vendere di un obbligo di restituire l’invenduto, ha escluso che si trattasse di un contratto estimatorio. Cass. Civ., sentenza 31 ottobre 1956, n. 4102 (op. cit.), in analoghe circostanze di fatto, ha ravvisato l’esistenza di un mandato a vendere con deposito.

Allo stesso modo, un obbligo di restituzione, scaduto il termine entro il quale si era autorizzata la vendita, ha indotto la Corte di Appello di Milano (sentenza 25 gennaio 1957, in Giust. Civ., 1957, I, 1147) ad escludere la stipula di un contratto estimatorio.

2.1. Il termine per la restituzione dei beni

Il termine previsto per la restituzione della cosa non rientra fra gli *essentialia negotii*, e quindi può mancare, senza che la *fattispecie* sia incompleta o diversa dal contratto estimatorio. L'orientamento prevalente dispone che la fissazione di un termine non sia essenziale ai fini della qualificazione del contratto come estimatorio (cfr. Cass. Civ., sentenza 6 aprile 1982, n. 2137, op. cit.; Cass. Civ., sentenza 21 aprile 1979, n. 2235, op. cit.; Cass. Civ., sentenza 16 gennaio 1969, n. 89, op. cit.; Cass. Civ., sentenza 28 giugno 1963, n. 1780, in Rep. Giur. It., 1963, voce Estimatorio, n. 1).

Secondo Cass. Civ., sentenza 4 gennaio 1974, n. 9 (op. cit.) la precisazione del termine non è essenziale, ma il termine è ugualmente elemento necessario per l'esecuzione del contratto. Sulle stesse posizioni la prevalente dottrina, che non dubita che si possa configurare un contratto estimatorio anche in mancanza del termine e discute piuttosto su quali siano le norme applicabili in caso di determinazione successiva del termine stesso e su chi sia il soggetto al quale spetti tale determinazione: cfr. GIANNATTASIO, COTTINO, VISALLI, CARNEVALI, GRAZIADEI, NATOLI, BIGLIAZZI-GERI-BRECCIA-BUSNELLI.

Taluni autori, in dottrina, hanno anche riconosciuto alle parti la possibilità di concludere il contratto senza la previsione del termine finale, per espressa volontà di lasciare che la facoltà di restituzione sia esercitabile a tempo indeterminato (Cfr. NAPOLETANO – BARBIERI e DE MARTINI). Nell'ipotesi che non sia stato individuato alcun termine, né questo sia stabilito dagli usi, la legge – che, in linea di massima, non richiede che il tempo dell'adempimento sia fissato nel contratto – prevede all'art. 1183 c.c. il modo di determinare il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita (Cfr. Cass. Civ., sentenza 8 ottobre 1954, n. 3432, in Mass. Giur. It., 1954). Parimenti non essenziale risulta la circostanza che le parti abbiano provveduto alla stima dei beni, purché il prezzo sia determinabile, o si siano fissati dei prezzi minimi ai quali l'*accipiens* si debba attenere (SARALE).

La mancanza del termine e le modalità particolari di determinazione del prezzo non portano, pertanto, automaticamente ad escludere l'esistenza del contratto estimatorio, bensì impongono solo una maggiore attenzione nella valutazione di tutti gli elementi sintomatici che possano ricostruire l'originaria volontà delle parti, quali le qualità professionali delle parti e la natura dei beni. L'obbligazione dell'*accipiens* non deve ritenersi alternativa, ai sensi degli artt. 1285 e ss. c.c. in quanto essa consiste primariamente nel pagamento del prezzo corrispondente al valore di stima dei beni (Cass. Civ., sentenza 1 ottobre 1951, n. 2584, in Mass. Giur. It., 1951). Il decorso del termine per la restituzione fa solo venire meno nell'*accipiens* il diritto di esercitare la facoltà di restituire la cosa, e in tal caso la sua obbligazione non può essere altrimenti adempiuta che con il pagamento del prezzo, così come nel caso di perimento dei beni prima della scadenza, avendo il legislatore addossato all'*accipiens* tale rischio (Cfr. Cass. Civ., sentenza 1 ottobre 1951, n. 2584, op.cit., 1951).

2.2. L'impossibilità di restituire i beni

In caso di impossibilità di restituzione dei beni nella loro integrità, la parte che li ha ricevuti in consegna non è liberata dall'obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile (art. 1557 c.c.).

3. Contratto estimatorio ed altre fattispecie

L'attribuzione all'accipiens della facoltà di restituire i beni alla scadenza del termine fissato si distingue dall'obbligo per il mandatario di rimettere al mandante tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato: tale distinzione si mantiene anche qualora a carico del ricevente sia stato posto l'obbligo del rendiconto, trattandosi di un obbligo non tipico del mandato ed invece compatibile con il contratto estimatorio, come è dato desumere dall'art. 1556 c.c. (che comporta la necessità di un conteggio delle cose consegnate e di quelle oggetto di restituzione. Cfr. Cass. Civ., sez. II, sentenza 26 aprile 1990, n. 3485, op. cit.). L'obbligo di rendiconto, d'altronde, non è in contrasto con la previsione dell'art. 1556 c.c.: la previsione di un termine per la restituzione presuppone infatti che le cose che si vogliono restituire non siano tutte quelle ricevute, con la conseguente necessità di procedere, ai fini della determinazione del prezzo, ad un conteggio delle cose consegnate e di quelle restituite (cfr. Cass. Civ., sez. II, sentenza 26 aprile 1990, n. 3485, op. cit.).

Dal contratto estimatorio (e da quello di agenzia) va anche distinto il contratto in virtù del quale un soggetto acquisti della merce per rivenderla a prezzo maggiorato a commercianti, lucrando sulla differenza tra il prezzo di acquisto e quello di rivendita, che configura un contratto atipico (cfr. Tribunale di Roma, sentenza 8 maggio 2007, in *Corriere del Merito*, 2007, 8-9, 1000). Ciò perché nel contratto estimatorio, dal momento della consegna, colui che ha consegnato le cose non può disporne fino a che non gli siano restituite. Al contrario, il ricevente può validamente disporne non quale proprietario (cfr. Cass. Civ., sentenza 1 ottobre 1951, n. 2584, op. cit.), bensì alla luce della titolarità di un potere di disposizione disgiunto della proprietà dei beni (cfr. Corte di Appello di Roma, sentenza 14 gennaio 1969, in *Leggigitaliaprofessionale*, 2005).

Nel contratto estimatorio la proprietà della cosa resta infatti al tradens fino a che non ne sia stato corrisposto il prezzo (cfr. Cass. Civ., sentenza 1 ottobre 1951, n. 2584, op. cit.) tanto che, a norma dell'art. 1558 c.c., le cose non possono essere, sino a quel momento, sottoposte a sequestro o a pignoramento da parte dei creditori dell'accipiens, che non può considerarsi proprietario nemmeno del prezzo stimato quando in seguito alla vendita lo abbia riscosso, essendo tale prezzo il corrispettivo di cosa che a lui non apparteneva (cfr. Cass. Pen., sentenza 9 aprile 1968, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1970, 906). **Esempio più comune di contratto estimatorio è senz'altro il rapporto tra editore ed edicolante. Sul punto, va precisato che tale contratto può essere stipulato con gli edicolanti (i quali solamente pongono in vendita le pubblicazioni dell'editore) esclusivamente dai distributori locali, e**

non anche dal distributore nazionale, che non può avvalersi, quale mandatario dell'editore, dell'opera dei detti distributori locali se non instaurando con essi un rapporto di sub-mandato (cfr. Cass. Civ., sez. III, sentenza 17 luglio 2003, n. 11196, op.cit.).

Salvo prova contraria, il contratto estimatorio - e non quello di agenzia - si configura anche in caso di interposizione del distributore che agisca "in nome e per conto" dell'editore ed il rivenditore di pubblicazioni. Detto rapporto "a tre", infatti, non comporta in astratto un assetto dei costi e dei ricavi da parte dell'editore diverso da quello che sarebbe conseguito ad un contratto estimatorio direttamente stipulato tra l'editore medesimo ed il rivenditore (cfr. Commiss. Trib. Centr., sez. XIX, sentenza 23 settembre 2002, n. 6651, in Fisco, 2002, 6279 nota di D.C.).

Il Contratto di somministrazione

Nozione

L'istituto della somministrazione comparve per la prima volta nel codice del 1942, ma era già conosciuto nella pratica degli affari in epoca precedente; era stato infatti elaborato dalla dottrina, la quale si era affaticata non poco nel delinearne la nozione e la natura giuridica, che presentava diversi problemi teorici e pratici. I problemi connessi alla somministrazione derivavano in particolare dal fatto che essa - a seconda dell'oggetto del contratto - si poneva, come si pone oggi, su una linea di confine rispetto ad altri contratti tipici, creando quindi sempre problemi diversi per ogni fattispecie. Molti di questi problemi sono oggi eliminati. Molti autori aggiungono alla definizione di cui all'art. 1559 un elemento che nel testo della norma manca: la somministrazione deve essere stipulata per soddisfare un bisogno durevole del somministrato (Campobasso).

Si tratta di una definizione di ampio contenuto, idonea a ricomprendere le più varie ed articolate manifestazioni dell'istituto. Essenziale è che il somministrante fornisca delle cose; queste cose poi, possono essere trasferite in proprietà oppure date semplicemente in uso. Nell'ambito della somministrazione, a seconda dell'oggetto del contratto e delle modalità di esecuzione, possiamo dunque distinguere varie figure; in relazione agli effetti distinguiamo:

- la somministrazione di consumo, in cui le cose vengono trasferite in proprietà al somministrante; ad esempio è il caso della fornitura di energia elettrica alle abitazioni; oppure il caso del fornaio che rifornisce quotidianamente di pane una panetteria;
- la somministrazione d'uso, in cui il somministrante attribuisce solo il godimento delle cose;

in relazione alla periodicità:

- la somministrazione periodica in senso proprio, in cui le prestazioni sono fornite a scadenze regolari; ad esempio la somministrazione di gasolio ad un fabbricato, che avviene di regola una volta all'anno;
- la somministrazione periodica impropria, in cui le prestazioni sono effettuate a scadenze irregolari;
- la somministrazione continuativa, in cui le cose sono fornite continuativamente a richiesta del somministrato; ancora una volta può farsi l'esempio della somministrazione di energia elettrica, oppure può pensarsi alla prestazioni continuata di cibi e bevande ad un ristorante.

A volte nella pratica e in giurisprudenza il contratto di somministrazione viene chiamato "fornitura", e la differenza risiederebbe nel fatto che in questa seconda figura l'entità della somministrazione è determinata in relazione al fabbisogno dell'avente diritto. Lo stesso legislatore usa il termine fornitura in diverse norme (articoli 1663, 1668, 1673, 2223). In realtà tale termine deve essere considerato equivalente a quello di somministrazione e lo stesso legislatore li usa in modo alternativo, senza dar loro una valenza specifica diversa.

La somministrazione di servizi

Non è vera somministrazione quella che nella pratica viene chiamata "somministrazione di servizi" in cui la prestazione consiste in un fare (ad esempio la pulizia di strade o di edifici); in tal caso - dal momento che la somministrazione può avere ad oggetto solo cose e non servizi - siamo nel campo dell'appalto. L'appalto di servizi è previsto dall'art. 1677, ove è detto che se l'appalto ha per oggetto prestazioni periodiche o continuative di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme sull'appalto e quelle relative al contratto di somministrazione. Tuttavia in alcune ipotesi può essere difficile distinguere tra somministrazione vera e propria e appalto, in particolare lì dove le cose che devono essere somministrate sono il risultato di un'attività materiale del somministrante (si pensi ad un forno che fornisce il pane ad un negozio di alimentari).

Tuttavia il problema è più teorico che pratico; infatti, la disciplina della somministrazione si ottiene amalgamando le norme proprie di questo istituto (art. 1559-1570) con quelle del contratto cui si riferisce l'oggetto delle singole prestazioni: di conseguenza alla prestazione di cose che siano prodotte grazie all'opera del somministrante si applicheranno le norme sulla somministrazione e quelle sull'appalto, particolarmente se le parti abbiano previsto il cosiddetto "collaudo". Il che significa che distinguere in concreto se si abbia appalto o somministrazione non influisce gran che sulla disciplina concreta.

Natura giuridica

Minoritaria è l'opinione dottrinale secondo cui la somministrazione sarebbe una forma speciale di vendita; secondo la dottrina prevalente - e la tesi risulta sia dalla

collocazione della figura che dalla Relazione al Re - siamo alla presenza di una figura autonoma, con una causa propria consistente nello scambio di prestazioni periodiche, o continuate, contro il corrispettivo di un prezzo. La somministrazione è un contratto di durata, a prestazioni corrispettive. La controprestazione deve essere in denaro, altrimenti non abbiamo una somministrazione ma un contratto atipico (Capozzi), cui le norme della somministrazione potranno applicarsi solo in quanto compatibili.

Se non è prevista una controprestazione e il contratto è a titolo gratuito, a seconda dei casi avremo un negozio atipico, oppure una donazione diretta (nel qual caso il contratto dovrà essere stipulato in forma pubblica), oppure un comodato. Può avere effetti reali differiti quando le cose somministrate passano nella proprietà del somministrato, oppure solo obbligatori (nella somministrazione d'uso).

Da qualche autore è stato sostenuto che la somministrazione abbia natura aleatoria, tenuto conto delle oscillazioni che i prezzi delle merci hanno nel tempo. Contro tale teoria può osservarsi che l'oscillazione del valore è tipico di quasi tutte le merci in vendita, e il rischio dell'eventuale variazione è un fenomeno che troviamo in qualsiasi contratto il cui pagamento del prezzo sia differito rispetto al trasferimento del bene. Il fatto che il valore delle merci possa essere soggetto a delle variazioni non esclude, quindi, che se una delle prestazioni diviene troppo onerosa il contraente possa chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità, ai sensi dell'art. 1467.

Oggetto della somministrazione e disciplina applicabile

Generalità

La disciplina del contratto di somministrazione consta dall'applicazione di due normative: quella prevista appositamente per il contratto di somministrazione e quella propria dai contratti a cui corrispondono le singole prestazioni. Stabilisce infatti l'articolo 1570 che "si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni". Si applicherà, per esempio, la disciplina della vendita (in quanto compatibile) alla somministrazione di consumo; si applicherà la disciplina della locazione alla somministrazione d'uso; si applicherà la disciplina dell'appalto se le cose somministrate devono essere fabbricate dal somministrante. Ciò non significa che la somministrazione sia una specie di contenitore vuoto, che deve essere riempito con il contenuto di altri contratti, né che manchi di una sua causa propria e che la mutui da altre figure; la somministrazione rimane contratto autonomo, e i singoli contratti con cui la sua disciplina viene integrata sono da considerarsi come meri "elementi del contratto tipico di somministrazione" (Capozzi).

Forma

La forma del contratto è libera, salva l'ipotesi, tutt'altro che frequente, in cui il contratto abbia ad oggetto beni immobili. Qualora la somministrazione sia a titolo gratuito dovrà essere stipulata in forma pubblica, perché si tratterà di un autentico

contratto di donazione (articolo 769) e non di vera e propria somministrazione; a meno che, ovviamente, la prestazione del donante non sia di modico valore.

Oggetto

Il codice non ha dettato alcuna regola sul possibile oggetto della somministrazione. Quindi potrà costituire oggetto del contratto qualunque tipo di bene, comprese le energie e i titoli di credito. Di regola l'oggetto sarà costituito da una cosa di genere, ma non si può escludere che possa essere una cosa specifica che venga fornita a più riprese reiteratamente (si pensi alla somministrazione di addobbi per cerimonie, strumenti musicali ecc.). Non è neanche preclusa - anche se in linea meramente teorica - la somministrazione di beni immobili.

I soggetti

La somministrazione è un contratto consensuale e si perfeziona con il consenso della parti.

Di regola i soggetti sono imprenditori, e infatti l'istituto è usualmente collocato tra i contratti di impresa; non è escluso, però, che un contratto di somministrazione possa essere stipulato tra soggetti normali non imprenditori. Parte della dottrina ha negato questa tesi e sostiene che la somministrazione sia un contratto necessariamente di impresa; secondo questa tesi il somministrante dovrà sempre essere un imprenditore perché è necessaria una certa organizzazione di mezzi; di conseguenza, anche se il somministrante non fosse un imprenditore, verrebbe comunque ad assumere tale qualifica dopo la stipulazione del contratto. La tesi può essere facilmente smontata con questo esempio: se un anziano signore si accorda con la vicina di casa affinché tutti i giorni gli porti il pranzo già preparato, e concordano un compenso per tale rapporto, il contratto è certamente una somministrazione, ma non per questo l'attività può essere qualificata di impresa. In caso di incapacità del somministrante, se costui è un imprenditore e il contratto rientra nell'attività di impresa è sufficiente l'iniziale autorizzazione all'esercizio dell'impresa commerciale, la quale abilita poi a compiere tutti gli atti funzionali all'esercizio dell'attività (articolo 320 comma 5 per i minori soggetti a potestà, 397 per i minori emancipati, 424 per gli interdetti e 425 per gli inabilitati).

Se il somministrante non è imprenditore, nel caso di somministrazione di consumo sarà necessaria l'autorizzazione alle alienazioni onerose, in quanto tale contratto implica un trasferimento; se si tratta di somministrazione di uso si ritiene applicabile per analogia la normativa in tema di locazioni. Quanto al somministrato se costui è un imprenditore vale la stessa considerazione fatta per il somministrante (cioè l'iniziale autorizzazione data per l'esercizio dell'impresa abilita a compiere tutti gli atti pertinenti all'attività). Se il somministrato non è imprenditore per la

somministrazione di consumo occorrerà l'autorizzazione gli acquisti, mentre per la somministrazione d'uso occorrerà l'autorizzazione richiesta per le locazioni.

Entità della somministrazione

L'art. 1560 provvede a determinare i criteri di quantificazione della somministrazione quando difetti l'accordo delle parti, preoccupandosi di evitare che l'entità delle prestazioni sia decisa arbitrariamente dal somministrato; "Qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, s'intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto. Se le parti hanno stabilito soltanto il limite massimo e quello minimo per l'intera somministrazione o per le singole prestazioni, spetta all'avente diritto alla somministrazione di stabilire, entro i limiti suddetti, il quantitativo dovuto.

Se l'entità della somministrazione deve determinarsi in relazione al fabbisogno ed è stabilito un quantitativo minimo, l'avente diritto alla somministrazione è tenuto per la quantità corrispondente al fabbisogno se questo supera il minimo stesso". Si ritiene che in mancanza di determinazione pattizia della quantità della somministrazione, il somministrato che rifiuti di ricevere la quantità "corrispondente al normale fabbisogno" sia da considerarsi inadempiente. La norma dell'articolo 1560 è comunque derogabile e quindi le parti possono prevedere espressamente che il somministrato decida di volta in volta, arbitrariamente, il quantitativo di cose da ricevere; tale patto prende il nome di "somministrazione a piacere" o "a richiesta".

Determinazione del prezzo e modalità di pagamento

Le parti determinano liberamente il prezzo della somministrazione (che potrà essere fissato a forfait, in relazione alle singole prestazioni ecc.).

Un criterio suppletivo, operante qualora manchi la determinazione convenzionale, è fissato dall'articolo 1561; "Nella somministrazione a carattere periodico, se il prezzo deve essere determinato secondo le norme dell'articolo 1474, si ha riguardo al tempo della scadenza delle singole prestazioni e al luogo in cui queste devono essere eseguite". Per quanto riguarda le modalità di pagamento il criterio suppletivo è fissato dall'articolo 1562; Nella somministrazione a carattere periodico il prezzo è corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione di ciascuna di esse". La regola, cioè, è quella della rateizzazione. Invece, "nella somministrazione a carattere continuativo il prezzo è pagato secondo le scadenze di uso"; ad esempio mensilmente o trimestralmente (si pensi alle modalità di pagamento delle bollette telefoniche, o della luce).

Scadenza delle singole prestazioni

E' noto che ai sensi dell'articolo 1188 il termine della prestazione si presume fissato a favore del debitore; l'art. 1563 pone una deroga alla norma stabilendo che il termine di adempimento è stabilito a favore di entrambe le parti; "Il termine stabilito per le singole prestazioni si presume pattuito nell'interesse di entrambe le parti. Se l'avente diritto alla somministrazione ha la facoltà di fissare la scadenza delle singole prestazioni, egli deve comunicarne la data al somministrante con un congruo preavviso". Si discute se questo termine sia essenziale, cioè se la scadenza del termine senza che la parte abbia adempiuto comporti la risoluzione del contratto. La tesi preferibile è quella della dottrina prevalente (Capozzi), secondo cui l'inadempimento di una singola prestazione può dar luogo a risoluzione solo quando ricorre il presupposto dell'articolo 1455 (cioè quando l'inadempimento deve considerarsi grave).

Il patto di preferenza

L'art. 1566 disciplina il cosiddetto patto di preferenza: "il patto di preferenza con cui l'avente diritto alla somministrazione si obbliga a dare la preferenza al somministrante nella stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto, è valido purché la durata dell'obbligo non ecceda i 5 anni. Se è convenuto un tempo maggiore, questo si riduce a 5 anni". Il patto in questione rientra nell'ambito del contratto di prelazione convenzionale, di cui l'articolo 1566 costituisce l'unico caso previsto dalla legge; si ripropone quindi il noto problema della natura giuridica di tale patto.

La norma si riferisce al solo somministrante, ma secondo la dottrina prevalente nulla vieta che il patto sia convenuto anche a favore del somministrato. "L'avente diritto alla somministrazione - prosegue il secondo comma - deve comunicare al somministrante le condizioni impostegli da terzi e il somministrante deve dichiarare, sotto pena di decadenza, nel termine stabilito o, in mancanza, in quello richiesto dalle circostanze o dagli usi, se intende valersi del diritto di preferenza". Secondo alcuni autori questa comunicazione sarebbe una proposta contrattuale che il somministrante invia al somministrato, il quale è libero di accettare o meno. Secondo la dottrina prevalente non sarebbe una proposta ma una denunciatio; cioè un atto con cui il somministrante si limita a rendere noto al somministrato che esiste l'offerta di un terzo a determinate condizioni; il che dà al somministrato il diritto di decidere se contrattare con il somministrante o meno. Parte della dottrina (Capozzi, Luminoso) inquadra il patto di preferenza tra i cosiddetti patti di non concorrenza (ovviamente quando il patto è stipulato tra imprenditori); conseguenza di questa tesi è che dovrebbe applicarsi l'art. 2596 (il quale richiede la forma scritta e circoscrive il patto ad una determinata zona). La teoria contraria è sostenuta da Mirabelli, in quanto il patto di preferenza, di per se, non esclude affatto lo svolgimento da parte del contraente della stessa attività con altre imprese.

Il patto di esclusiva

Il patto di esclusiva è il patto con cui il somministrato si obbliga a fornirsi di determinati prodotti dal solo contraente e non da altri, oppure con cui il somministrante si obbliga a rifornire di quei prodotti il solo somministrato. L'articolo 1567 prevede il patto di esclusiva a favore del somministrante: "se nel contratto è pattuita la clausola di esclusiva a favore del somministrante, l'altra parte non può ricevere da terzi prestazioni della stessa natura, né, salvo patto contrario, può provvedere con mezzi propri alla produzione delle cose che formano oggetto del contratto";

Il successivo articolo 1568 prevede il patto di esclusiva a favore del somministrato: "Se la clausola di esclusiva è pattuita a favore dell'avente diritto alla somministrazione, il somministrante non può compiere nella zona per cui l'esclusiva è concessa e per la durata del contratto, né direttamente né indirettamente, prestazioni della stessa natura di quelle che formano oggetto del contratto"). E' ovvio, poi, che la predetta clausola potrà essere stipulata a favore di entrambe le parti. La violazione del patto di esclusiva comporta la risoluzione del contratto di somministrazione e l'eventuale risarcimento del danno. Ci si è chiesti se anche il patto di esclusiva - quando è stipulato tra imprenditori - vada annoverato tra quelli di non concorrenza di cui all'art. 2596 (e quindi vada stipulato in forma scritta, essere circoscritto ad una determinata zona e avere una durata massima di 5 anni).

In dottrina è stata sostenuta sia la tesi positiva che quella negativa. Una tesi intermedia è sostenuta da Capozzi, secondo cui il patto in esame non ha l'esclusiva funzione di limitare la concorrenza e quindi non è soggetto alle restrizioni dell'articolo 2596. In linea di massima, infatti, lo scopo principale che le parti si prefiggono è quello di assicurarsi la continuità e la certezza dell'erogazione; tuttavia non si può escludere che il patto di esclusiva possa raggiungere finalità anticoncorrenziali in via secondaria, o comunque come effetto indiretto (magari non voluto). In altre parole: il patto di esclusiva soggiace agli stessi limiti dell'articolo 2596 se ha la funzione esclusiva e principale di limitare la concorrenza; se invece ha come principale funzione quella di rafforzare la collaborazione economica tra imprenditori, limitando la concorrenza solo di fatto, allora l'art. 2596 sarà inapplicabile. Al patto di esclusiva può collegarsi altro patto in cui il somministrato si impegna a promuovere la vendita delle cose di cui ha l'esclusiva (art. 1568, comma 2).

L'estinzione

Generalità

Cause di estinzione sono quelle tipiche di tutti i contratti (adempimento, rescissione, mutuo dissenso, condizione risolutiva, termine finale). Quanto alla prescrizione, il rapporto di somministrazione si estingue nell'ordinario termine decennale; invece le singole prestazioni si estingueranno in 5 anni ai sensi dell'articolo 2948 n. 4.

Il codice prevede poi una disciplina particolare, che si aggiunge a quella generale, per il recesso, la risoluzione per inadempimento e l'eccezione di inadempimento.

Risoluzione per inadempimento

In caso di inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei rispettivi adempimenti" (articolo 1564). Tale articolo subordina la risoluzione per inadempimento a due condizioni: che l'inadempimento sia di notevole importanza e che sia di tale natura da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti. Quanto al primo requisito alcuni autori sostengono che non sia altro che una ripetizione di quanto già contenuto nell'articolo 1455 (ai sensi del quale l'inadempimento deve essere di non scarsa importanza); secondo altri invece sarebbe un presupposto più grave ed avrebbe carattere oggettivo, nel senso che non si riferirebbe - come invece fa l'articolo 1455 - alla presumibile volontà delle parti.

Quanto al secondo requisito si è precisato che è idoneo qualsiasi inadempimento che faccia venir meno la fiducia nell'adempimento successivo, sia esso doloso o colposo; il requisito richiesto, cioè, avrebbe caratteri oggettivi.

La risoluzione può essere chiesta anche in caso di inadempimento del patto di esclusiva. Una regola particolare è posta per l'inadempimento all'obbligo di promozione previsto dall'articolo 1569 comma 2, ai sensi del quale quando il somministrato si è impegnato a promuovere la vendita, l'inadempienza a tale obbligo può dar luogo a risoluzione, anche se ha eseguito il contratto rispetto al quantitativo minimo pattuito.

L'eccezione di inadempimento

L'articolo 1565 pone una regola particolare in tema di eccezione di inadempimento, che si applica solo in caso di inadempimento del somministrato: "Se la parte che ha diritto alla somministrazione è inadempiente e l'inadempimento è di lieve entità, il somministrante non può sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso". Ovviamente si può dedurre dal testo della norma che se l'inadempimento è di notevole importanza il preavviso non sarà necessario. La norma in esame presenta una particolarità rispetto alla disciplina generale, perché ai sensi dell'articolo 1460 l'inadempimento non può eccipirsi se il rifiuto di adempiere la propria controprestazione è contrario a buona fede. Nell'articolo 1565, invece, non si fa questione di buona fede o mala fede, in quanto l'eccezione può sollevarsi comunque, con la sola particolarità che se l'inadempimento del somministrato è di scarsa entità, il somministrante prima di sospendere l'erogazione della sua prestazione deve dargli un congruo preavviso.

Se invece l'inadempimento proviene dal somministrante il somministrato potrà avvalersi dell'ordinaria eccezione di inadempimento, la cui disciplina è quella dell'articolo 1460.

La risoluzione parziale

E' ammessa la risoluzione parziale, cioè avente ad oggetto non tutto il rapporto ma solo una o più prestazioni del somministrante o del somministrato, nel qual caso la parte adempiente è legittimata a non effettuare la sua prestazione. Ad esempio in un contratto di somministrazione avente ad oggetto carne per un ristorante da somministrare a scadenze settimanali, se il somministrante per una sola volta non consegna la carne l'altra è esonerata dal corrispondere la controprestazione, ma ciò non significa necessariamente che si risolverà tutto il rapporto. Anzi, si è detto che la risoluzione parziale è in re ipsa quando la parte fedele, di fronte all'inesecuzione di una o più prestazioni dell'altra parte, salta quelle corrispondenti a suo carico e passa senz'altro alle successive. Ovviamente il contraente adempiente avrà diritto, se ne ricorrono i presupposti, ad essere risarcito del danno subito secondo i principi generali in materia di risoluzione.

Recesso

L'articolo 1569 pone una regola che è tipica di tutti i contratti ad esecuzione continuata in cui non sia predeterminato un termine finale: "Se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi, o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione". Il mancato preavviso non impedisce l'estinzione del contratto, ma obbliga il recedente a risarcire i danni. E' discusso se in presenza di una giusta causa il contraente possa recedere senza preavviso

Ovviamente, in armonia con l'articolo 1373 il recesso non avrà effetto per le prestazioni eseguite o in corso di esecuzione, e, se è stato stabilito un corrispettivo per il recesso, questo avrà effetto quando la prestazione è eseguita.

La norma è derogabile, nel senso che le parti potranno escludere la necessità del preavviso da parte del recedente; non sarà possibile, però, escludere totalmente la facoltà di recesso, perché ciò si tradurrebbe in una inammissibile restrizione all'autonomia privata. Se il contratto è a tempo determinato le parti non possono recedere, a meno che non abbiano previsto convenzionalmente la facoltà di recesso. Tuttavia si discute se i contraenti - pur non avendolo pattuito espressamente - possano ugualmente recedere in presenza di una giusta causa, problema su cui la dottrina e la giurisprudenza sono equamente divise.

Somministrazione e vendita a consegna ripartite

Generalità

Distinguere tra somministrazione e vendita a consegne ripartite è problema facile in teoria, ma che nella pratica non è affatto agevole. Nonostante le due figure siano due tipi contrattuali differenti, infatti, presentano non pochi punti di contatto. Anzitutto la vendita è la matrice dei contratti traslativi, e la somministrazione è appunto un contratto traslativo; in secondo luogo la somministrazione di consumo ha ad oggetto cose, esattamente come la vendita; infine, il codice dice espressamente che la disciplina della somministrazione risulta anche dalla disciplina del contratto cui corrispondono le singole prestazioni (e quindi se l'oggetto della somministrazione consiste nel trasferimento di cose in proprietà, si applica anche la disciplina della vendita). La distinzione tra vendita a consegne ripartite e somministrazione, però, risulta molto importante per la diversa disciplina applicabile, particolarmente in tema di inadempimento e recesso. Ad esempio se il contratto è di somministrazione e le prestazioni sono effettuate in ritardo o in un'unica soluzione, il somministrato può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento; in linea di massima, invece, ciò non è possibile se si tratta di vendita a consegne ripartite.

Criteri distintivi

In teoria la differenza starebbe nella causa dei due contratti, che nella vendita è lo scambio di una cosa contro prezzo, nella somministrazione è lo scambio di un prezzo con prestazioni di durata o continuative aventi ad oggetto cose. Altra differenza sta nell'oggetto dei due contratti: nella vendita abbiamo una prestazione unica, anche se è effettuata a consegne ripartite, mentre nella somministrazione abbiamo più prestazioni che vengono fornite periodicamente; prestazioni che sono strutturalmente autonome l'una dall'altra. Conseguentemente il prezzo dovuto nella vendita a consegna ripartite è unitario per tutte le prestazioni, mentre nella somministrazione per ogni prestazione è dovuto un pagamento a parte. Secondo Messineo la differenza può ravvisarsi anche nella durata del contratto, in quanto la vendita è a durata determinata mentre la somministrazione è in genere a durata indeterminata, e quindi sono in genere indeterminate sia l'entità complessiva del contratto sia l'entità delle singole prestazioni.

Sicché possiamo dire che nella vendite a consegne ripartite ogni prestazione è parte di un'unica obbligazione complessiva, mentre nella somministrazione le singole prestazioni sono autonome e indipendenti l'una dall'altra; quindi in caso di risoluzione per inadempimento, se si tratta di vendita dovranno restituirsi tutte le prestazioni già effettuate, al contrario di quanto avviene nella somministrazione, perché l'inadempimento di una prestazione non influisce su quelle già effettuate.

In sede di qualificazione concreta del contratto, però, il problema è tutt'altro che semplice e prova ne è che per determinati casi pratici la dottrina e la giurisprudenza danno soluzioni diverse e contrastanti. A nostro parere l'unico elemento che può servire veramente a stabilire se un contratto sia qualificabile come vendita o come somministrazione è quello dell'interesse delle parti. Come abbiamo visto, infatti, fa parte della stessa definizione della somministrazione l'elemento soggettivo del

contratto, cioè il "bisogno durevole del somministrato". Di conseguenza se l'interesse del somministrato può essere soddisfatto anche in un'unica soluzione siamo in presenza di una vendita a consegne ripartite, mentre se l'interesse del somministrato non può che essere soddisfatto frazionando l'esecuzione delle prestazioni siamo in presenza di una somministrazione. Ad esempio, il contratto con cui un fornaio si obbliga a rifornire giornalmente una panetteria per un anno è una somministrazione e non una vendita, perché certo non può pensarsi che l'interesse di costui possa anche essere soddisfatto in un'unica soluzione; viceversa se io acquisto un'enciclopedia e convengo che il rivenditore mi consegni un volume al mese abbiamo una vendita, perché l'interesse dell'acquirente può anche essere soddisfatto in unica volta.

L'abbonamento ad una rivista periodica

Un caso che ha creato problemi è quello dell'abbonamento ad una rivista periodica; ci si domanda se tale contratto sia da inquadrare nell'ambito della somministrazione o della vendita a consegne ripartite. Qualcuno sostiene (probabilmente guardando solo l'elemento oggettivo della prestazione e trascurando l'elemento soggettivo) che l'abbonato paga per un prezzo determinato tutta l'annata di una rivista e di conseguenza il contratto deve qualificarsi come vendita. Ma a noi la tesi sembra sbagliata, specie se applicata indiscriminatamente a qualunque contratto di abbonamento. Sembra più corretto ritenere che l'elemento fondamentale per qualificare il contratto sia l'interesse della parte abbonata: avremo una vendita se l'abbonato può essere soddisfatto in una sola volta, ancorché le parti concordato la consegna in più rate; viceversa saremo in presenza di un contratto di somministrazione. Si pensi all'abbonamento ad una rivista settimanale, come Panorama o L'Espresso: che interesse può avere per l'abbonato ricevere 50 numeri della rivista alla fine dell'anno? Il discorso è diverso, invece, per l'abbonamento ad una rivista tecnica specializzata (come una rivista di giurisprudenza); qui la prestazione, ancorché in ritardo, può essere sempre di qualche interesse per il somministrato. Quindi mentre nel primo degli esempi fatti (Panorama e L'espresso) abbiamo un contratto di somministrazione, nella seconda ipotesi (rivista di giurisprudenza) abbiamo un contratto di vendita.

La somministrazione di lavoro

La somministrazione di lavoro è un tipologia di relazione lavorativa introdotta dalla Legge Biagi e che ha sostituito il c.d. lavoro interinale. Si tratta di un rapporto di lavoro che coinvolge tre soggetti: il lavoratore, la società che ne utilizza il lavoro e la società (detta somministratrice) con la quale il lavoratore si è accordato perché gestisca la sua attività presso l'utilizzatrice.

La somministrazione di lavoro è la forma di rapporto di lavoro che ha sostituito il c.d. lavoro interinale e prevede la presenza di tre soggetti.

- il lavoratore: che presta la propria attività lavorativa

- la società utilizzatrice: presso la quale il lavoratore svolge la propria attività
- la società somministratrice: con la quale il lavoratore si accorda perché, attraverso la propria rete di contatti, gestisca l'attività del lavoratore presso le società utilizzatrici; si tratta di società che deve avere ottenuto un'autorizzazione da parte del Ministero del Lavoro.

In particolare il lavoratore conclude il proprio contratto di lavoro con la società somministratrice. La società somministratrice, a sua volta, stipula un contratto separato con la società utilizzatrice. In questo contratto, che viene chiamato “contratto di somministrazione”, si stabilisce quale attività il lavoratore svolgerà presso l'utilizzatrice e per quale periodo. Per tutto il periodo previsto dal contratto di somministrazione, quindi, il lavoratore svolgerà la propria attività in favore (e sotto la direzione e controllo) della società utilizzatrice.

Limiti all'utilizzo della somministrazione di lavoro

L'utilizzo di questo particolare rapporto di lavoro non è completamente libero.

Il contratto di somministrazione può assumere la forma di un rapporto a tempo determinato o indeterminato. Per quanto attiene ai rapporti di somministrazione a tempo indeterminato se il contratto collettivo di lavoro applicato dall'impresa utilizzatrice non dispone diversamente, il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non può essere superiore al 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del contratto di somministrazione. Se l'attività di impresa è stata iniziata nel corso dell'anno il parametro di raffronto è il numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipula del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. In ogni caso la disciplina della somministrazione a tempo indeterminato non si applica alle Pubbliche Amministrazioni.

Per quanto riguarda la somministrazione a tempo determinato si deve fare riferimento ai limiti contenuti nel contratto collettivo applicato dall'impresa utilizzatrice. Questi limiti però non si applicano:

- ai lavoratori collocati in mobilità
- ai soggetti disoccupati che godono da almeno 6 mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali
- di lavoratori considerati “svantaggiati” o “molto svantaggiati” secondo le regole dettate dai numeri 4) e 99) dell'articolo 2 del regolamento (UE) n. 651/2014 e così come individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali

In alcuni casi, poi, la somministrazione di lavoro è vietata.

In particolare non si può ricorrere alla somministrazione di lavoro nelle imprese:

- che nei sei mesi precedenti hanno effettuato dei licenziamenti collettivi che hanno interessato lavoratori con mansioni analoghe a quelle che si vorrebbero assegnare ai nuovi lavoratori da impiegare con il rapporto di somministrazione
- nelle quali sono in vigore forme di cassa integrazione guadagni
- che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in materia di sicurezza sul luogo di lavoro (vedi la scheda sulla Prevenzione dei rischi sul lavoro)

E' poi vietato sostituire con lo strumento della somministrazione i lavoratori in sciopero. Quando la somministrazione viene effettuata senza la presenza delle ragioni richieste dalla legge oppure nei casi in cui la legge la vieta (c.d. somministrazione illegittima) il lavoratore può rivolgersi al giudice che accerterà l'irregolarità della somministrazione e stabilirà che tra il lavoratore e la società utilizzatrice sussiste un rapporto di lavoro subordinato.

Il contenuto del contratto di somministrazione

Il contratto di somministrazione lega la società somministratrice e la società utilizzatrice e deve essere necessariamente concluso in forma scritta, diversamente il lavoratore viene considerato come un dipendente dell'utilizzatore a tutti gli effetti.

La legge stabilisce nel dettaglio quali indicazioni devono essere contenute nell'atto. Devono essere infatti specificati:

- gli estremi dell'autorizzazione che il Ministero del Lavoro ha rilasciato alla società somministratrice
- quanti lavoratori, dipendenti della somministratrice, vengono utilizzati dalla società utilizzatrice
- i rischi per la salute dei lavoratori e quali sono le misure di prevenzione previste per limitare o escludere questi rischi
- la data di inizio e la durata del contratto di somministrazione
- le mansioni dei lavoratori che verranno impiegati in regime di somministrazione e il loro inquadramento
- il luogo nel quale i lavoratori dovranno effettuare la loro attività, l'orario e la retribuzione

L'utilizzatore, invece, deve dichiarare (sempre nel contratto di somministrazione) che si impegna a:

- rimborsare alla società di somministrazione gli stipendi e i contributi pagati al lavoratore
- comunicare alla società di somministrazione la retribuzione che versa ai propri dipendenti che svolgono mansioni paragonabili a quelle dei lavoratori in regime di somministrazione

- pagare direttamente al lavoratore lo stipendio e versare i contributi nel caso in cui la società somministratrice non provveda (ovviamente con il diritto di richiedere il rimborso a quest'ultima).

In caso di assunzione a tempo indeterminato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Nel contratto di lavoro è determinata l'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali egli rimane in attesa di essere inviato in missione, nella misura prevista dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato così come ridefinita dal D.Lgs. n. 81/2015 (c.d. Jobs Act) ad esclusione delle norme che disciplinano:

- i limiti del termine del rapporto di lavoro individuati dall'art. 19 del D.Lgs. n. 81/2015 in 36 mesi
- le proroghe e i rinnovi del contratto di lavoro a tempo determinato (art. 21 del D.Lgs. n. 81/2015)
- i limiti quantitativi al ricorso al rapporto di lavoro a tempo determinato (art. 23 del D.Lgs. n. 81/2015)
- i diritti di precedenza nelle assunzioni spettanti ai lavoratori a tempo determinato (art. 24 del D.Lgs. n. 81/2015)

Il lavoratore, dipendente della società somministratrice, svolge la propria attività lavorativa presso la società utilizzatrice. In questa fase, quindi, il lavoratore opera sotto la direzione, il controllo e la responsabilità della società utilizzatrice e si applicano le regole tipiche del lavoro subordinato.

Nella stessa unità produttiva, in definitiva, opereranno lavoratori dipendenti dell'utilizzatore e i lavoratori dipendenti del somministratore.

La legge, per evitare disparità inaccettabili, stabilisce quindi che i lavoratori in somministrazione hanno diritto ad un trattamento non inferiore a quello dei dipendenti dell'utilizzatore di pari livello a parità di mansioni.

La legge, inoltre, precisa che nel corso della somministrazione restano integralmente applicabili tutte le norme di cui al D.Lgs. n. 81/2008 che regolano le misure di sicurezza per la salute dei lavoratori e per la prevenzione degli infortuni e delle malattie sul luogo di lavoro.

Aspetti previdenziali

La società somministratrice (che viene classificato come operatore del settore terziario) deve farsi carico degli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi e assistenziali.

Nel caso in cui questa non provveda al pagamento dei contributi il lavoratore può richiederlo direttamente alla società utilizzatrice.

La determinazione degli obblighi per l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali viene effettuata considerando il tipo e ai rischi delle lavorazioni svolte dal lavoratore.

Somministrazione irregolare

La legge disciplina i casi in cui l'utilizzo della somministrazione è effettuato per aggirare le norme in tema di rapporto di lavoro subordinato.

In primo luogo stabilisce che quando il contratto di somministrazione non è stipulato per iscritto esso è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

Se poi la somministrazione di lavoro avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni individuati dalla legge (ed in particolare dal D.Lgs n. 81/2015 agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d)), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.

Il contratto di agenzia

Nozione Il contratto di agenzia è quello in cui "una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata" (art. 1742).

Colui che promuove la conclusione dei contratti si chiama agente, mentre colui per conto del quale l'attività viene svolta si chiama preponente (ed è di solito, ma non necessariamente, un'impresa).

Caratteri

Tale figura non era prevista dal codice del 1865, e la sua disciplina era tratta dalle norme sul mandato, istituto col quale possono ravvisarsi alcune affinità. Tuttavia, nonostante le analogie, le due figure sono profondamente diverse. In primo luogo l'agente promuove la conclusione dei contratti ma non può stipularli direttamente, come invece fa il mandatario. Rispetto al mandato, inoltre, si distingue per la stabilità dell'incarico (mentre l'affare che deve compiere il mandatario è in genere occasionale)

e per il fatto che ha ad oggetto un'attività materiale (mentre il mandato ha ad oggetto un'attività giuridica), cioè la semplice promozione di contratti.

In tal senso l'attività dell'agente è più simile a quella svolta dal mediatore (che deve mettere in contatto due persone per la conclusione di un affare), con la differenza che quest'ultimo agisce senza vincoli di subordinazione o collaborazione con le parti, mentre l'agente è un collaboratore del preponente; inoltre il mediatore svolge un'attività occasionale, mentre l'incarico svolto dall'agente è stabile. Un'altra caratteristica del rapporto di agenzia è la determinazione di zona, tanto che se essa manca il rapporto sarà da qualificarsi in altro modo. Ad esempio l'agente teatrale (colui che ha un'impresa che raccoglie le domande degli impresari teatrali e le offerte degli artisti teatrali), non essendo legato ad una determinata zona non appartiene alla categoria degli agenti, ma più che altro a quella dei mediatori.

Le parti possono però prevedere che l'agente abbia anche il potere di concludere direttamente i contratti in nome e per conto del preponente, nel qual caso si applicheranno le norme sulla rappresentanza (art. 1752).

Agenti procacciatori d'affari, e piazzisti

E' discusso se la figura del procacciamento d'affari sia da inquadrare nell'ambito del contratto di agenzia. Si tratta infatti di una figura atipica, definita da taluni come l'attività di chi raccoglie le ordinazioni da parte dei clienti e le trasmette all'impresa che gli ha dato l'incarico; ordinazioni che si configurano, quindi, come proposte di contratto (Mirabelli).

a) Alcuni autori ravvisano la differenza nel fatto che il procacciatore di affari si limita a raccogliere le ordinazioni, mentre l'agente svolga un'opera di promozione, che è più attiva e dinamica.

b) Altri ancora sostengono che raccogliere le ordinazioni e promuovere gli affari è praticamente la stessa cosa; ciò che differenzia le due figure è la mancanza del requisito della stabilità che è tipico dell'agente.

c) Secondo altri la differenza sta nel fatto che il procacciatore d'affari ha una semplice facoltà di promuovere gli affari, e non un obbligo.

d) Infine, taluno fa rientrare il procacciamento d'affari nella figura della mediazione.

La giurisprudenza ha accolto la seconda delle varie tesi che abbiamo elencato, sostenendo che al procacciatore di affari si applicano analogicamente tutte le norme previste per l'agente, fatta eccezione per quelle che presuppongono la stabilità del rapporto (Cass. 11024/2007).

Mancando il requisito dell'autonomia, non sono considerati agenti il piazzista (che dipende dell'impresa per cui lavora e viene rimborsato delle spese e quindi è da

annoverare tra i lavoratori subordinati) e il commesso viaggiatore, che è anch'egli un lavoratore subordinato. L'elemento differenziatore tra agenti e queste ultime figure è quindi il rischio.

Non rientra nella figura dell'agente l'attività di colui che svolge attività di propaganda, o di pubblicità, limitandosi a svolgere l'incarico di promuovere un aumento delle vendite solo indiretto (Cass. 18686/2008).

Natura giuridica

Il contratto di agenzia si inquadra nei contratti di cooperazione nell'altrui attività giuridica. E' un contratto a prestazioni corrispettive (da una parte sta l'obbligo di promuovere gli affari per conto del preponente, dall'altra si colloca l'obbligo di pagare la provvigione) e oneroso.

E' un contratto di durata, a forma libera.

L'autonomia

L'agente non è un lavoratore subordinato, ma autonomo. Egli organizza liberamente il proprio lavoro senza vincoli di orario, sceglie la clientela e sopporta le spese dell'organizzazione. **L'autonomia non è tuttavia assoluta, e sussistono alcuni aspetti che avvicinano la figura dell'agente a quella del lavoratore subordinato, facendolo rientrare nella categoria dei lavoratori parasubordinati. Infatti in primo luogo l'art. 1746 prescrive che l'agente è tenuto ad adempiere l'incarico secondo le istruzioni ricevute. Inoltre il contratto di agenzia è in genere modellato sugli accordi collettivi preparati dal sindacato di categoria, e anche questo è un aspetto che lo avvicina molto al rapporto di lavoro subordinato.** Ai sensi dell'articolo 409 n. 3 cpc sono di parasubordinazione i "rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato". Basandosi su questa norma la dottrina e la giurisprudenza hanno suddiviso i rapporti di agenzia in due categorie; appartengono alla categoria della parasubordinazione quelli in cui l'agente svolge la sua attività con lavoro prevalentemente personale, mentre appartengono alla categoria del lavoro autonomo quelli in cui l'agente svolge la sua attività con lavoro prevalentemente altrui (avvalendosi dei cosiddetti sub-agenti o di coadiutori).

Inoltre l'agente ha diritto ad una indennità di fine rapporto (articolo 1751) analoga a quella prevista dall'art. 2120; tale indennità in caso di morte dell'agente passa ai suoi eredi.

E' stato affermato che l'agente sarebbe un piccolo imprenditore, rientrante nella categoria degli imprenditori ausiliari di cui all'articolo 2195 n. 5. Ma si è replicato a

tale tesi che decidere se l'agente sia, o no, imprenditore è questione di fatto, da risolvere caso per caso.

Disciplina Generalità

Il codice regola in modo sufficientemente dettagliato molti degli aspetti del contratto, con una disciplina che è considerata quasi integralmente derogabile, salvo alcune eccezioni che vedremo. Quanto agli aspetti non regolati, si discute se si debbano applicare analogicamente le norme del mandato e della commissione (ed è questa la tesi seguita in giurisprudenza e dalla prevalente dottrina) o se debbano applicarsi le norme che la dottrina ha elaborato per la generale figura del contratto d'opera.

Requisiti soggettivi delle parti

La L. 204/1985 fa divieto a chi non è iscritto al ruolo degli agenti di commercio di stipulare contratti di agenzia. Per l'iscrizione al ruolo sono previsti determinati requisiti soggettivi ed oggettivi (tra cui il superamento di un esame ad hoc), e in difetto di tali requisiti si applicano sanzioni di natura amministrativa. La vecchia legge del 1968 prevedeva una sanzione civilistica consistente nella nullità del contratto di agenzia, oltre alla nullità degli atti compiuti dall'agente; tale sanzione è ormai caduta e la dottrina discute quale sia la sorte del contratto di agenzia stipulato da chi non è iscritto al ruolo (il cosiddetto agente di fatto). Secondo alcuni autori il contratto in questione sarebbe comunque nullo, per contrarietà ad una norma imperativa; secondo altri sarebbe semplicemente irregolare. Quando il contratto di agenzia è nullo c'è da stabilire se l'agente abbia comunque il diritto alla provvigione.

Secondo una parte della dottrina tale diritto sussiste, in quanto si applicherebbe in tal caso l'articolo 2126, non essendo il contratto nullo per illiceità della causa (Franceschelli).

Secondo un'altra opinione sarebbe applicabile l'articolo 2231, che esclude il diritto al compenso per il professionista non iscritto all'albo.

Infine, secondo Saracini l'agente potrebbe agire con l'azione di arricchimento ex articolo 2041, mentre la provvigione eventualmente già corrisposta potrebbe essere ripetuta dal preponente ex articolo 2033.

La provvigione e le spese

La provvigione può essere fissata in misura percentuale sul valore dell'affare o in misura fissa. Se manca la determinazione delle parti si farà ricorso agli usi o alla valutazione equitativa del giudice, in analogia a quanto disposto per la commissione e la spedizione. Ovviamente, dal momento che il rischio è un elemento fondamentale che caratterizza il rapporto di agenzia, non è possibile predeterminare il compenso in una misura fissa, indipendentemente dal numero degli affari svolti. **Non è invece incompatibile con tale contratto la previsione di un minimo garantito (in quanto il rischio in tal caso non viene escluso, ma solo attenuato).**

L'articolo 1748 stabilisce che "L'agente ha diritto alla provvigione solo per gli affari che hanno avuto regolare esecuzione. Se l'affare ha avuto esecuzione parziale, la provvigione spetta all'agente in proporzione della parte eseguita". Si ha esecuzione irregolare (con la conseguenza che l'agente non ha diritto alla provvigione) quando il contratto è nullo o venga dichiarato invalido, o venga risolto o rescisso. Si ha esecuzione parziale nel caso che il contratto fosse originariamente previsto per un certo valore mentre venga poi stipulato per un importo inferiore. All'affare regolarmente seguito è parificato quello non eseguito per colpa del preponente; infatti ai sensi dell'articolo 1749 "La provvigione spetta all'agente anche per gli affari che non hanno avuto esecuzione per causa imputabile al preponente".

e il preponente e il terzo si accordano per non dare, in tutto o in parte, esecuzione al contratto, l'agente ha diritto, per la parte ineseguita, ad una provvigione ridotta nella misura determinata dalle norme corporative, dagli usi, o, in mancanza dal giudice secondo equità.

L'agente ha diritto alla provvigione sugli affari conclusi anche dopo lo scioglimento del contratto se la conclusione è effetto soprattutto dell'attività da lui svolta.

L'agente non ha diritti al rimborso delle spese di agenzia. Le parti possono pattuire che una parte delle spese siano a carico del preponente; non è possibile però porre a carico di costui tutte le spese, altrimenti verrebbe meno il rischio e quindi non si avrebbe più un contratto di agenzia, ma una figura di altro tipo.

Le provvigioni sono garantite da privilegio generale sui beni mobili (articolo 2751 n. 6).

Il diritto di esclusiva

L'art. 1743 contempla il diritto reciproco di esclusiva; tale diritto tutela sia l'interesse dell'agente a non avere concorrenti nella sua zona di sua competenza, sia l'interesse del preponente, che sarebbe danneggiato se l'agente potesse promuovere affari per altre imprese concorrenti: Il preponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, né l'agente può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro. Il diritto di esclusiva è elemento naturale ma non essenziale del contratto di agenzia; di conseguenza le parti possono escludere tale diritto con un patto espresso (Cass. 17063/2011). E' un patto di natura obbligatoria e quindi produce effetti solo tra le parti e non verso i terzi. La violazione del patto costituisce giusta causa di risoluzione del contratto e obbliga a risarcire il danno.

Come si evince chiaramente dall'articolo 1742, poi, al preponente non è vietato concludere contratti nella zona di esclusiva dell'agente, ma in tal caso deve corrispondere all'agente la provvigione concordata, come se il contratto fosse stato concluso per merito dell'agente. Con tale norma si tutela il diritto di esclusiva

dell'agente, e contemporaneamente il diritto del preponente a concludere nella zona il maggior numero di affari possibile.

La rappresentanza dell'agente

Come abbiamo visto l'agente non ha normalmente la rappresentanza del preponente. Tuttavia l'articolo 1745 prevede una forma di rappresentanza passiva: "Le dichiarazioni che riguardano l'esecuzione del contratto concluso per il tramite dell'agente e i reclami relativi alle inadempienze contrattuali sono validamente fatti all'agente. Abbiamo quindi una rappresentanza passiva dell'agente, eccezionalmente staccata da una corrispondente rappresentanza attiva; la ratio della norma deve ricercarsi nella tutela dei terzi contraenti, i quali normalmente hanno contatti con il solo agente e non con il preponente (la cui sede spesso è lontana dalla zona in cui il contratto è concluso); di conseguenza costoro vengono agevolati, perché possono inviare comunicazioni all'agente con efficacia nei confronti del preponente.

Data l'eccezionalità della norma secondo Mirabelli non è possibile estendere la rappresentanza passiva oltre le ipotesi contemplate dalla norma. Altri invece sostengono che l'agente potrebbe validamente ricevere anche atti come la diffida ad adempiere, l'offerta di datio in solutum, la richiesta di adempimento; inoltre si sostiene che la rappresentanza passiva andrebbe estesa anche ai contratti non stipulati per il tramite dell'agente.

L'agente può chiedere i provvedimenti cautelari nell'interesse del preponente e presentare i reclami che sono necessari per la conservazione dei diritti spettanti a quest'ultimo.

Stabilisce l'articolo 1744 che "L'agente non ha facoltà di riscuotere i crediti del preponente. Se questa facoltà gli è stata attribuita egli non può concedere sconti o dilazioni senza speciale autorizzazione".

L'agente che può riscuotere i crediti rientra nella figura dell'adiectus solutionis causa, prevista dall'articolo 1188. Qualora l'agente sia autorizzato alla riscossione dei crediti, le somme riscosse possono essere compensate con quelle dovute dal preponente all'agente (Cass. 10025/2010).

Gli obblighi dell'agente

Gli obblighi dell'agente, previsti dall'articolo 1746, sono stati modificati a seguito degli interventi operati dal D.l. 65/1999 e dalla legge comunitaria 526/1999. Tali obblighi sono inderogabili e, come precisa l'articolo 1746 comma 1, "è nullo ogni patto contrario".

1) L'agente ha in primo luogo l'obbligo di promuovere la conclusione degli affari. Deve inoltre "agire con lealtà e buona fede", secondo il criterio della diligenza del buon

padre di famiglia: La norma così formulata, è superflua perché gli obblighi di buona fede e correttezza sono previsti dalla legge in via generale, per tutte le obbligazioni.

Secondo parte della dottrina, così come il testo della norma è stato formulato, deve ritenersi inadempiente l'agente che, pur potendo concludere una notevole numero di affari, ne conclude colposamente un numero minore (quindi favorendo la concorrenza e danneggiando il preponente).

2) "L'agente deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute"; tale norma è apparsa ad alcuni commentatori una svista del legislatore; in sostanza, si è detto, il legislatore si sarebbe fatto influenzare dalle origini storiche dell'istituto (che nasce dal contratto di lavoro subordinato: Franceschelli) o perlomeno dal vecchio inquadramento dell'istituto nella categoria del mandato; e quindi avrebbe dettato una norma che appare più consona al contratto di lavoro subordinato o al mandato.

Di qui la tendenza ad una interpretazione per quanto possibile restrittiva. Secondo l'opinione prevalente il preponente non potrebbe dare all'agente istruzioni vincolanti, ma solo direttive di massima o consigli, spettando all'agente il potere finale di decidere le modalità del suo agire. Ne consegue che l'agente è responsabile se non conclude un contratto per essersi discostato dalle istruzioni ricevute, ma d'altra parte è ugualmente responsabile se non conclude un contratto per essersi adeguato acriticamente alle istruzioni del preponente.

Tuttavia si registra una certa tendenza della giurisprudenza più recente ad ammettere che il preponente possa dare istruzioni vincolanti, purché non si traducano in un vero e proprio potere di supremazia; istruzioni, che, se non eseguite, legittimano il preponente a chiedere la risoluzione.

3) Il secondo obbligo previsto dall'articolo 1746 è quello di "fornire al preponente le informazioni relative alle condizioni del mercato nella zona assegnatagli e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari". Ad esempio l'agente deve informare il preponente della condizione di insolvibilità del cliente. Se il preponente riceve un danno a causa della mancata informazione l'agente ne risponde a titolo di inadempimento contrattuale.

4) Egli deve altresì osservare gli obblighi che incombono al concessionario in quanto non siano esclusi dalla natura del contratto di agenzia (articolo 1746 comma 2).

Un ulteriore obbligo è previsto poi dall'articolo 1747: L'agente che non è in grado di eseguire l'incarico affidatogli deve dare immediato avviso al preponente, in mancanza è obbligato al risarcimento del danno. **Le parti possono poi concordare la cosiddetta clausola dello star del credere, con cui il rischio dell'affare è assunto dall'agente. A differenza di quanto avviene per la commissione (in virtù degli accordi collettivi del 18-12-1974) l'agente può accollarsi il rischio solo nella**

misura massima del 15%. Non essendo previsto alcun divieto l'agente può avvalersi di sub-agenti, oppure farsi aiutare da coadiutori.

Ai sensi dell'articolo 1747 "L'agente che non è in grado di eseguire l'incarico affidatogli deve dare immediato avviso al preponente. In mancanza è obbligato al risarcimento del danno".

Infine, l'articolo 1746 prevede che "È vietato il patto che ponga a carico dell'agente una responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo. È però consentito eccezionalmente alle parti di concordare di volta in volta la concessione di una apposita garanzia da parte dell'agente, purché ciò avvenga con riferimento a singoli affari, di particolare natura ed importo, individualmente determinati; l'obbligo di garanzia assunto dall'agente non sia di ammontare più elevato della provvigione che per quell'affare l'agente medesimo avrebbe diritto a percepire; sia previsto per l'agente un apposito corrispettivo"

Diritti dell'agente e obblighi del preponente: la provvigione

Ai sensi dell'articolo 1748, per tutti gli affari conclusi durante il contratto l'agente ha diritto alla provvigione quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento. La provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi che l'agente aveva in precedenza acquisito come clienti per affari dello stesso tipo o appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti riservati all'agente, salvo che sia diversamente pattuito.

L'agente ha diritto alla provvigione sugli affari conclusi dopo la data di scioglimento del contratto se la proposta è pervenuta al preponente o all'agente in data antecedente o gli affari sono conclusi entro un termine ragionevole dalla data di scioglimento del contratto e la conclusione è da ricondurre prevalentemente all'attività da lui svolta; in tali casi la provvigione è dovuta solo all'agente precedente, salvo che da specifiche circostanze risulti equo ripartire la provvigione tra gli agenti intervenuti.

Salvo che sia diversamente pattuito, la provvigione spetta all'agente dal momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione in base al contratto concluso con il terzo. La provvigione spetta all'agente, al più tardi, inderogabilmente dal momento e nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico.

Se il preponente e il terzo si accordano per non dare, in tutto o in parte, esecuzione al contratto, l'agente ha diritto, per la parte ineseguita, ad una provvigione ridotta nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità. L'agente è tenuto a restituire le provvigioni riscosse solo nella ipotesi e nella misura in cui sia

certo che il contratto tra il terzo e il preponente non avrà esecuzione per cause non imputabili al preponente. È nullo ogni patto più sfavorevole all'agente.

L'agente non ha diritto al rimborso delle spese di agenzia.

Come abbiamo visto, poi, l'articolo 1742 stabilisce che l'agente ha diritto alla provvigione per i contratti che il preponente non ha concluso per sua colpa. Ciò, però, non significa - come potrebbe sembrare a prima vista - che il preponente debba sempre, e forzatamente, concludere i contratti promossi dall'agente (altrimenti verrebbe meno la sua libertà negoziale); più semplicemente significa che il rifiuto di concludere il contratto da parte del preponente deve essere comunque conforme ai canoni della buona fede. Da questa norma si è tratta l'ulteriore conseguenza che il preponente ha verso l'agente un vero e proprio obbligo di eseguire regolarmente i contratti; il ripetuto inadempimento del preponente, infatti, produrrebbe il discredito dell'agente nei confronti dei clienti e legittimerebbe costui ad agire per risolvere il rapporto.

Ai sensi dell'articolo 1749 "Il preponente deve porre a disposizione dell'agente la documentazione necessaria relativa ai beni o servizi trattati, e fornire all'agente le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto; in particolare avvertire l'agente, entro un termine ragionevole, non appena preveda che il volume delle operazioni commerciali sarà notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto normalmente attendersi. Il preponente deve inoltre informare l'agente, entro un termine ragionevole, dell'accettazione o del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli.

Il preponente consegna all'agente un estratto conto delle provvigioni dovute al più tardi l'ultimo giorno del mese successivo al trimestre nel corso del quale sono state acquisite. L'estratto conto indica gli elementi essenziali in base ai quali è stato effettuato il calcolo delle provvigioni. Entro il medesimo termine le provvigioni liquidate devono essere effettivamente pagate all'agente.

L'agente ha diritto di esigere che gli siano fornite tutte le informazioni, in particolare un estratto dei libri contabili, necessarie per verificare l'importo delle provvigioni liquidate".

Durata del contratto e recesso

Il contratto di agenzia può essere a tempo indeterminato o determinato; stabilisce l'articolo 1750 che "Il contratto di agenzia a tempo determinato che continui ad essere eseguito dalle parti successivamente alla scadenza del termine si trasforma in contratto a tempo indeterminato".

La legge ha stabilito, poi, in armonia con la disciplina tipica dei rapporti di durata a tempo indeterminato che **"Se il contratto di agenzia è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto stesso dandone preavviso all'altra entro un termine stabilito". In presenza di una giusta causa si ritiene che l'agente e il preponente possano recedere anche senza preavviso.**

Il termine è fissato dal codice in un mese per il primo anno di durata del contratto, due mesi per il secondo anno, tre mesi per il terzo anno, quattro mesi per il quarto anno, cinque mesi per il quinto anno e sei mesi per il sesto anno e per tutti gli anni successivi.

Inoltre, prosegue la norma, "le parti possono concordare termini di preavviso di maggiore durata, ma il preponente non può osservare un termine inferiore a quello posto a carico dell'agente.

Salvo diverso accordo tra le parti, la scadenza del termine di preavviso deve coincidere con l'ultimo giorno del mese di calendario".

Inoltre è possibile recedere anche dal contratto a tempo determinato, sempre subordinatamente all'esistenza di una giusta causa.

Cessazione del rapporto

L'articolo 1751 dice che: All'atto della cessazione del rapporto, il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità se ricorrono le seguenti condizioni:

- 1) l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali clienti;
- 2) il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti.

L'indennità non è dovuta:

- 1) quando il preponente risolve il contratto per un'inadempienza imputabile all'agente, la quale, per la sua gravità, non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto;
- 2) **quando l'agente recede dal contratto, a meno che il recesso sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente o da circostanze attribuibili all'agente, quali età, infermità o malattia, per le quali non può più essergli ragionevolmente chiesta la prosecuzione dell'attività;**

3) quando, ai sensi di un accordo con il preponente, l'agente cede ad un terzo i diritti e gli obblighi che ha in virtù del contratto d'agenzia.

L'importo dell'indennità non può superare una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente negli ultimi cinque anni e, se il contratto risale a meno di cinque anni, sulla media del periodo in questione.

La concessione dell'indennità non priva comunque l'agente del diritto all'eventuale risarcimento dei danni.

L'agente decade dal diritto all'indennità prevista dal presente articolo se, nel termine di un anno dallo scioglimento del rapporto, omette di comunicare al preponente l'intenzione di far valere i propri diritti.

Le disposizioni di cui al presente articolo sono inderogabili a svantaggio dell'agente.

L'indennità è dovuta anche se il rapporto cessa per morte dell'agente.

Ai sensi dell'articolo 1753 Le disposizioni del contratto di agenzia sono applicabili anche agli agenti di assicurazione, in quanto non siano derogate dalle norme corporative, o dagli usi, e in quanto siano compatibili con la natura dell'attività assicurativa.

Il patto di non concorrenza

Il patto che limita la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto deve farsi per iscritto. Esso deve riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali era stato concluso il contratto di agenzia e la sua durata non può eccedere i due anni successivi all'estinzione del contratto.

L'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale. L'indennità va commisurata alla durata, non superiore a due anni dopo l'estinzione del contratto, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto. La determinazione della indennità in base ai parametri di cui al precedente periodo è affidata alla contrattazione tra le parti tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In difetto di accordo l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa anche con riferimento:

1) alla media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto ed alla loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo;

2) alle cause di cessazione del contratto di agenzia;

3) all'ampiezza della zona assegnata all'agente;

4) all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo preponente (articolo 1751-bis).

Forma

Ai sensi dell'articolo 1743 comma 2, "Il contratto deve essere provato per iscritto. Ciascuna parte ha il diritto di ottenere dall'altra un documento dalla stessa sottoscritto che riproduca il contenuto del contratto e delle clausole aggiuntive. Tale diritto è irrinunciabile".

Si tratta di una delle poche regole inderogabili del contratto di agenzia, introdotta dal DL. 65/1999 sugli agenti di commercio.