

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO / MARZO

2024

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il patrimonio fra unità e segmentazione*

SOMMARIO: 1. Premessa. Soggetto, patrimonio e responsabilità. – 2. Unità del patrimonio come regola costruttiva delle situazioni giuridiche nel codice civile del 1942. Il criterio generale di unificazione dettato dall'art. 2740. – 3. *Segue.* I patrimoni unificati nella circolazione *mortis causa*. – 4. *Segue.* I comitati e i patrimoni dei soggetti e delle persone giuridiche dei Libri I e V c.c. – 5. Segmentazione come eccezione? a) Rottura dello schema per assenza del soggetto. – 6. *Segue.* b) Frammentazione del patrimonio dell'art. 2740 e incidenza sulle regole del concorso. Le nuove forme di garanzia e la transizione tecnologica.

1. Premessa. Soggetto, patrimonio e responsabilità.

Il patrimonio, guardato nella prospettiva concettuale della sua unità, costituisce un elemento centrale del sistema del diritto privato moderno, fondato sulla costruzione dogmatica del diritto soggettivo. Il tema della sua segmentazione riproduce echi di una dialettica che trova i suoi primi riscontri oggettivi nell'esperienza del diritto romano. L'incrocio tra le prospettive, quella dell'unità e quella della segmentazione, illustra un percorso culturale le cui linee costituiscono un frammento importante del codice civile del 1942 e, in particolare, testimoniano del forte impatto prima politico e poi sistematico della unificazione dei codici sull'impianto costruttivo delle situazioni soggettive privatistiche.

Segnatamente, la separazione tra codici, civile e di commercio, assume, come è noto, un significato in primo luogo squisitamente politico. Essa esprime infatti assai bene una doppia anima della borghesia ottocentesca. L'affermazione del dominio della volontà, da un lato; la necessità della sicurezza offerta dai procedimenti regolamentati, dall'altro. Da una parte la borghesia media e quella fondiaria, latrici dell'aspirazione a un ordine statico e alla difesa dei diritti acquisiti con la rivoluzione francese, anzitutto quelli proprietari; dall'altra parte i ceti industriale e del commercio e la necessità da essi avvertita di sostenere l'allargamento dei mercati con una disciplina

* È il testo della relazione al Convegno *Se ottant'anni vi sembrano pochi Civile e commerciale nell'ottantesimo del codice*, svoltosi alla Sapienza Università di Roma nei giorni 2 e 3 dicembre 2022, a cura del Dipartimento di Scienze Giuridiche e delle associazioni Civilisti Italiani e Orizzonti del Diritto Commerciale.

idonea a garantire certezza agli scambi. Assume così un significato profondo, storicamente fondato, altresì la distinzione tra liberalismo politico – e «proprietà liberale [...] che è *garanzia di libertà*» – e proprietà liberista – finalizzata all'investimento. Distinzione che, ben lungi dal ridursi al «pasticcio» linguistico delineato nelle ormai classiche pagine di Giovanni Sartori, rispecchia l'acuto conflitto interno che agitava la classe borghese nella seconda metà del secolo decimonono.

La contrapposizione tra 'proprietari' e 'produttori', del resto, è presente fin dalla nascita degli Stati moderni. In un primo periodo essa sfocia tuttavia prevalentemente in problematiche che investono direttamente la tutela della proprietà in senso statico, in ragione dell'impatto – nei rapporti tra proprietari – dell'uso industriale della proprietà medesima e determinano, pertanto, principalmente conseguenze sul terreno della responsabilità civile (è, al riguardo, scontato il rinvio al pensiero e agli scritti di Stefano Rodotà).

Insomma, due differenti e contrapposte espressioni dell'individualismo borghese, fondate su due differenti concezioni della stessa finalità del diritto e della ragione delle tutele da questo apprestate: per dirla con le parole di un felice scritto di Aldo Schiavone il «dominio del valore d'uso» che «individua il primato di un'appartenenza *self sustaining*, tendenzialmente chiusa nella determinatezza della sua esclusività», dove la produzione e la circolazione «figurano come sfere in qualche modo 'minori', separate e solo giustapposte»; tale dominio, si diceva, contrapposto al diritto come diritto dei produttori e della circolazione, ossia al valore dei beni come valore di scambio.

Servente rispetto all'aspirazione conservativa dei codici civili è il c.d. principio di unità di soggetto, patrimonio e responsabilità; più che principio, diremmo, sintesi di elementi centrali della tecnica costruttiva dei diritti. Servente, in particolare, per il modo in cui sono concepiti tutti gli elementi dei quali si compone. La capacità d'agire, quale carattere ineludibile del soggetto, condizione essenziale per l'autoresponsabilità e, con essa, per la stabile imputazione delle conseguenze degli atti compiuti. Capacità implicante una nozione di persona altresì strettamente correlata alla teoria dell'efficacia. Com'è ovvio, in quanto presupposto del potere di produzione di situazioni giuridiche, ma non soltanto. Anche quale elemento conformativo – per coerenza – della tipologia degli effetti: di attribuzione – reali o

obbligatori, che vale a dire istantanei o programmati per il futuro – ossia limitati al trasferimento di beni o utilità da una sfera giuridica a un'altra; effetti, dunque, costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni giuridiche di «diritto soggettivo». Effetti differenti, di disposizione ma non di attribuzione, si presentano come fonti di incoerenza intollerabile con il sistema privatistico reputato inidoneo a penetrare il territorio del diritto oggettivo, in quanto, quest'ultimo, riservato alla sfera dei poteri pubblici.

Come avviene di sovente nella proposizione di istanze di mutamento anche radicale, l'aspirazione del ceto produttivo seppure contrapposta a quella della borghesia proprietaria si riveste del medesimo abito concettuale. Delineando le istituzioni del capitalismo – costruite come forme di gestione di patrimoni destinati all'attività d'impresa – si vale dell'espedito della persona giuridica per replicare il medesimo principio costruttivo di unità di soggetto, patrimonio e responsabilità.

In definitiva, se si guarda al profilo strutturale, il codice del 1942 non sembra esibire alternative rispetto a una concezione del patrimonio unitaria, collocata in uno schema costruttivo univoco. L'osservazione del profilo funzionale, si vedrà, conduce a diversa conclusione. Negli anni immediatamente successivi alla promulgazione del codice, del resto, ha inizio una importante stagione della letteratura civilistica, segnata dalla progressiva, profonda revisione critica delle categorie, seguita altresì da numerosi interventi normativi, di esso riformatori o a esso esterni, anche di matrice eurounitaria, determinanti di un orizzonte culturale in costante, rapida evoluzione.

2. Unità del patrimonio come regola costruttiva delle situazioni giuridiche nel codice civile del 1942. Il criterio generale di unificazione dettato dall'art. 2740.

L'antinomia tra unità e segmentazione patrimoniale richiama insomma, in prima battuta, una vicenda che complessivamente inquadra lo schema costruttivo delle situazioni giuridiche privatistiche, in particolare, sul piano del rapporto tra soggetto e patrimonio, come detto, espressivo dei valori non omogenei recati dai codici civile e di commercio riuniti nel codice del 1942; valori formalmente riconciliati in omaggio a logiche fondative ispirate a simmetria dogmatica.

Per guardare più da vicino, occorre chiarire i termini impiegati: patrimonio, unità e segmentazione.

Patrimonio, innanzitutto, è concetto privo *a priori* di riferimenti materiali diretti nella realtà; concetto cioè che presuppone il diritto, senza il quale non ha consistenza alcuna. Segnatamente, patrimonio è un complesso di beni identificabile in natura e rilevante unitariamente esclusivamente in virtù di un criterio normativo (*i.e.*) di unificazione, ossia di una ragione di oggettività unitaria *sub specie juris*, la quale trova, come ovvio, a sua volta il proprio indice di rilevanza nell'applicazione (unitaria) a tutti i suoi componenti di una medesima disciplina. Questo vuol dire due cose, importanti ai nostri fini:

- che l'unità è sempre carattere ontologico del patrimonio, inscindibile dal suo essere bene in senso giuridico in quanto effetto della sua oggettivazione. Detto in altri termini, che il patrimonio per essere tale non può non essere unitario;

- che la prospettazione di un patrimonio, in quanto bene in senso giuridico, presuppone un processo di oggettivazione analogo a quello proprio di qualsiasi «cosa» ai sensi dell'art. 810 c.c. Presuppone dunque l'individuazione di una situazione giuridica alla quale imputare l'interesse alla acquisizione o alla conservazione del (o, di utilità dal) complesso dei beni considerati, la meritevolezza di tale interesse e una disciplina che conseguentemente attribuisca al suo titolare (diremmo, a una figura d'imputazione) un corrispondente diritto.

Dunque: l'unità è coesistente al concetto di patrimonio, in quanto predicabile in ragione dell'esistenza di uno statuto normativo proprio del complesso di beni in quanto tale; il criterio di unificazione è determinato, nelle pieghe del processo di oggettivazione, dalla *ratio* delle discipline unificanti ove si trovano espressi il dato oggettivo connotante i beni appartenenti al complesso nonché l'interesse in ragione del quale è operata l'unificazione.

Nel codice civile si trovano diversi indici normativi di criteri di unificazione patrimoniale. Sinteticamente, si può dire che essi operano innanzitutto in funzione dello statuto generale della responsabilità patrimoniale, altre volte nel contesto di vicende circolatorie *mortis causa*, altre ancora, infine, in connessione con fenomeni aventi a monte negozi con effetto di destinazione.

In funzione dello statuto generale della responsabilità è modellato il criterio fornito dall'art. 2740 c.c., il quale costituisce una componente

normativa essenziale del sopra menzionato schema costruttivo basato sull'unità di soggetto, patrimonio e responsabilità a mente del quale: il soggetto, connotato dal requisito della capacità, agisce esclusivamente per sé stesso (ed è legittimato ad agire per altri esclusivamente in conseguenza di un atto di esercizio del diritto da parte del suo titolare); è legittimato ad agire esclusivamente sul proprio patrimonio; risponde personalmente della propria attività, illimitatamente con il proprio patrimonio. Perciò stesso, l'unità del patrimonio costituisce un pilastro portante del sistema privatistico delineato dal legislatore del 1942. E guardando lo schema in parola dall'angolo visuale del patrimonio, primo dato caratterizzante è che il criterio di unificazione che si può reputare generale del sistema del 1942 è costituito dal legame proprietario con il soggetto nella prospettiva dell'art. 2740: patrimonio del soggetto in quanto debitore è il complesso di tutti i suoi beni presenti e futuri. Dunque: legame proprietario sotto il profilo strutturale mentre, sotto il profilo funzionale, collegamento diretto con il regime di responsabilità personale dell'art. 1218 c.c.

In parole diverse e con maggior dettaglio, carattere oggettivo connotante i beni del patrimonio dell'art. 2740 c.c. è il diritto di proprietà del debitore su di essi. Interesse tutelato, in ragione del quale è operata l'unificazione, è quello dei creditori. L'art. 2740 costituisce cioè l'epicentro del sistema della responsabilità patrimoniale, per i fini della quale stabilisce un criterio generale di oggettivazione di complessi di beni in patrimoni, selezionando nel contempo i ceti creditori intitolati a soddisfare su di essi i propri interessi in applicazione della disciplina dettata dai successivi articoli 2741 ss.

A monte si trova concettualmente lo schema generale del diritto soggettivo, idoneo ad accogliere nelle proprie linee situazioni connotate dalla titolarità di un diritto e dal suo esercizio, per definizione di natura facoltativa, corrispondente a un interesse libero, disponibile, non predeterminato né predeterminabile del suo titolare. Situazioni qualificabili strettamente come "soggettive" in quanto costruite muovendo dalla titolarità di un soggetto (persona nel codice) acciò idoneo in ragione del requisito essenziale della capacità.

Diremmo, in conclusione: criterio proprietario, quale criterio generale; criterio essenzialmente strutturale, funzionalmente poco significativo in quanto genericamente connesso alla dinamica

dell'obbligazione, in ragione del collegamento tra la responsabilità personale dell'art. 1218 e la responsabilità patrimoniale dell'art. 2740.

3. Segue. *I patrimoni unificati nella circolazione mortis causa.*

Nel contesto di vicende circolatorie si trova poi oggettivo il patrimonio ereditario; in particolare, nelle discipline dell'eredità giacente (è scontato il riferimento alla sua celebre, plastica qualificazione operata da Bernard Windscheid nel diritto delle Pandette) e dell'eredità accettata con beneficio d'inventario. Esso è connotato da vicende della titolarità, le quali ne delineano forme di autonomia in funzione, si diceva, conservativa o liquidativa. V'è la generale finalità di regolamentare il trasferimento della proprietà dei beni ereditari – che vuol dire il passaggio, secondo il criterio dell'art. 2740, del patrimonio precedentemente unificato in ragione della garanzia del ceto creditorio del *de cuius* a quello degli eredi – in modo da non danneggiare i primi. La finalità, cioè, di anteporre le ragioni del primo a quelle del secondo.

Già l'istituto generale della separazione dei beni del *de cuius* testimonia di tale finalità, operando tuttavia sui singoli beni: costituendo cioè su ciascuno di essi un diritto assimilabile alla garanzia reale in capo ai creditori senza dare vita a uno statuto di essi comune. La disciplina dell'eredità giacente costituisce statuto di un patrimonio unificato in ragione di un criterio differente da quello proprietario impiegato dall'art. 2740 per l'ovvia ragione che, in assenza di eredi puri e semplici, manca un terminale soggettivo passivo attuale del rapporto obbligatorio. I beni costituenti l'eredità non sono più qualificabili come del debitore. Venuto meno il *de cuius* e, si ripete, in assenza di successione nel debito da parte di un erede puro e semplice, il rapporto obbligatorio si deve reputare riferibile al patrimonio come centro d'imputazione. Criterio di unificazione – comunque eminentemente strutturale – è l'appartenenza all'eredità, che vuol dire la comune sottoposizione alle regole della vicenda circolatoria *mortis causa*.

L'altra ipotesi, del patrimonio dell'eredità beneficiata, potrebbe apparire a un primo sguardo differente. Infatti, esiste qui un soggetto comunemente qualificato come proprietario. Non vi sarebbe dunque, in questo caso, un patrimonio senza soggetto bensì la segmentazione del patrimonio appartenente a un soggetto in due porzioni, tra di loro

separate. Vi è, infatti, in questo caso accettazione – sia pure condizionata – da parte del chiamato. Non si produce l'effetto di confusione dei patrimoni, i quali restano come detto separati. A fronte di questa ipotesi, in dottrina è stata profilata la figura del rapporto unisoggettivo: dove infatti vi fossero rapporti obbligatori pendenti tra il *de cuius* e il chiamato, quest'ultimo – divenuto soggetto titolare di entrambi i patrimoni – sarebbe, con riguardo a tali rapporti, nel contempo titolare delle situazioni di debito e di credito.

Guardando nella prospettiva dell'art. 2740 si tratterebbe di una ipotesi di segmentazione. Vi sarebbe cioè un debitore che non risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri e, dunque, guardando nella prospettiva del patrimonio – si ricorda, oggettivato sulla base della unitaria applicabilità ai beni che lo compongono della disciplina della responsabilità patrimoniale –, vi sarebbero due complessi di beni, sensibili ai rapporti con due diversi ceti creditori, entrambi riferibili al medesimo soggetto proprietario.

Si diceva, a un primo sguardo. In realtà, non sembra che la fattispecie sia poi così diversa da quella dell'eredità giacente. V'è anzi una potenziale sovrapposizione delle due discipline nel caso di rilascio dei beni ereditari da parte del chiamato dopo l'accettazione con beneficio d'inventario. Partendo da questo caso particolare, dove il patrimonio è gestito e inventariato dal curatore nell'interesse dei creditori e degli aventi diritto al residuo attivo, è naturale chiedersi quale sia la differenza rispetto all'ipotesi generale, nella quale l'inventario e la gestione sono invece affidati al chiamato accettante. Sotto il profilo funzionale non sembra che ci siano differenze significative. In entrambi i casi il potere gestorio è attribuito per il perseguimento di un interesse oggettivo ascrivibile al patrimonio. Unica differenza si trova nella responsabilità connessa alla gestione: il curatore, sia dell'eredità giacente che di quella beneficiata, risponde secondo le regole del mandato; il chiamato risponde soltanto per colpa grave. Non sembra tuttavia che questa differenza sia in grado di segnalare una correlativa diversità nella ragione di unificazione dei patrimoni. Essa corrisponde invece a una scelta tecnica, mossa dalla valutazione della diseguale incidenza del pericolo di conflitto d'interessi: estremamente maggiore nel caso del curatore – puro *agent* – rispetto al chiamato che è massimamente cointeressato al buon esito della gestione, quale destinatario finale del suo residuo.

Non vi è dunque segmentazione ma, anche in questo caso, un centro d'interessi autonomo che vuol dire altresì un debitore autonomo per la lettera dell'art. 2740.

Di là dalla tecnica di imputazione formale – dall'esistenza cioè di un soggetto titolare della situazione giudica comunque ascrivibile al centro d'interessi costituito dal patrimonio ereditario –, ciò che si mostra significativo è il mutamento di struttura del potere dispositivo sul medesimo patrimonio. Il criterio di unificazione – diverso dal legame proprietario e costituito dalla appartenenza all'eredità, ossia dalla comune sottoposizione alla disciplina della vicenda successoria – conduce infatti al di fuori dallo schema costruttivo del diritto soggettivo. Il potere gestorio è qui strutturalmente diverso poiché trova il proprio epicentro funzionale nell'interesse oggettivo alla conservazione e liquidazione del patrimonio. È perciò tarato sul dovere di perseguire tale interesse: non è facoltativo bensì discrezionale, qual è il potere dell'ufficio di diritto privato nella costruzione classica di Salvatore Pugliatti.

4. Segue. *I comitati e i patrimoni dei soggetti e delle persone giuridiche dei Libri I e V c.c.*

Patrimoni, infine, sono fin dall'origine unificati dal codice del 1942 in funzione degli istituti delineati dai Libri I e V.

È in primo luogo da menzionare, per distinguerla da tutte le altre, la figura dei comitati. Per la verità, l'abitudine a costruire ricalcando il menzionato schema soggetto, patrimonio, responsabilità ha contribuito a stimolare prospettazioni connotate dall'attribuzione ai comitati di una natura associativa e, con essa, di una forma di soggettività assimilabili a quelle proprie del modello delle associazioni non riconosciute (Alberto Auricchio, Giuseppe Tamburrino e da ultimi Andrea Renda e Andrea Mantanari). Queste tesi, tuttavia, si mostrano sfocate sia sotto il profilo strutturale che funzionale.

I comitati (pare a chi scrive) sono invece assai meglio qualificabili come l'esito di procedimenti negoziali aventi a epicentro la costituzione di patrimoni destinati a mezzo di atti di disposizione, le oblazioni, non donativi e, invece, aventi effetto di organizzazione e causa, appunto, di destinazione. Guardati perciò, come più opportuno, quali fenomeni di natura fondazionale – prospettiva anch'essa molto ben rappresentata

dalla dottrina in un arco di tempo assai ampio (Francesco Ferrara, Francesco Galgano, Andrea Zoppini) – esprimono ipotesi di patrimoni senza soggetto e, più specificamente, figure di produzione e imputazione autonoma di situazioni giuridiche corrispondenti al modulo di attività e responsabilità delineato dagli artt. 39 ss. c.c. Patrimoni, dunque, unificati *sub specie juris* in ragione (non già del legame proprietario con un soggetto debitore bensì) della funzione espressa dai negozi oblatori.

Quanto poi al terreno ampio di fondazioni, associazioni e società, adottando l'ordine concettuale proprio del pensiero di Paolo Ferroluzzi, lo schema costruttivo è pur sempre definibile "a soggetto". È fondato tuttavia sulla finzione della persona giuridica. Ancora formalmente modellato sul dato strutturale della proprietà, ma, questa volta, ricavato invertendo la logica: preventivamente individuando cioè il patrimonio, unificato in ragione di una funzione alla quale è destinato.

Segnatamente, il soggetto e la persona giuridica risolvono di qualificazione dell'effetto consentendo di prospettare un'attribuzione patrimoniale reale e spostando così l'accento dal patrimonio al soggetto. la destinazione, carattere dinamico del patrimonio, diviene scopo, carattere statico del soggetto. La funzionalizzazione del potere gestorio diviene capacità. La disciplina dell'attività diviene organizzazione del soggetto. Infine, il regime della responsabilità patrimoniale diviene, per un verso (con riferimento ai creditori del patrimonio destinato), misura della soggettività e, per l'altro (con riferimento ai creditori individuali dei disponenti), semplice conseguenza dell'effetto reale dell'atto traslativo e della sua opponibilità.

Se lo schema riesce a essere formalmente omogeneo, il criterio di unificazione del patrimonio è, dunque, invece differente. Questa volta squisitamente funzionale e, diremmo, strumentale alla ricomposizione di schemi sostanzialmente altri, in quanto non più "a soggetto" bensì "ad attività".

Cambia moltissimo nella struttura delle situazioni giuridiche, sotto il profilo dell'efficacia, dell'interesse e della natura del potere esercitato. Paolo Spada, in un noto saggio d'inizio millennio, la qualifica come 'area dell'agire funzionale', sottolineando l'inessenzialità del soggetto. Il soggetto e la persona giuridica costituiscono strumenti tecnici utili per riportare nello schema generale

del diritto soggettivo e al criterio proprietario dell'art. 2740 fenomeni (concettualmente all'opposto) di destinazione patrimoniale, rispetto ai quali non hanno rilievo né la titolarità soggettiva né la proprietà. Gli atti di contribuzione o conferimento all'attività – i quali sono nella loro essenza atti funzionalmente di destinazione e strutturalmente di organizzazione – possono infatti, così, venire rappresentati come atti di attribuzione al patrimonio dell'ente, con ciò che ne deriva in termini di selezione dei ceti creditori sensibili alle obbligazioni ossia di uscita dal patrimonio del contribuente/conferente dei valori conferiti.

La risultante disciplina della responsabilità è peraltro tagliata sui caratteri della destinazione (se ne parlerà fra breve), dai quali caratteri dipende in primo luogo il riconoscimento della personalità giuridica.

Per concludere il codice del 1942 conosce:

a) una nozione generale di patrimonio la cui unità risponde al criterio proprietario ricavabile dall'art. 2740 e la cui finalità è correlata alla funzione di garanzia generica per le obbligazioni;

b) ipotesi nelle quali – che vi sia o no formalmente soggetto o persona giuridica e che sia quindi impiegabile o no il legame proprietario per identificare i patrimoni – il criterio di unificazione è altro come pure altra è la struttura delle situazioni giuridiche delle quali i medesimi patrimoni costituiscono terminale oggettivo.

5. Segmentazione come eccezione? a) Rottura dello schema per assenza del soggetto.

I due criteri presenti originariamente nel codice del 1942, quello proprietario e quello funzionale, esprimono per molti versi le differenti anime dei due codici, civile e di commercio, che in esso sono confluiti: il rilievo del soggetto nel dominio privatistico del diritto soggettivo, da un lato e, dall'altro lato, l'oggettività dell'atto di commercio e della funzione capitalistica del patrimonio destinato all'impresa.

Carattere comune è in ogni caso l'unità del patrimonio.

Di segmentazione si inizia a parlare successivamente, sulla scorta di una importante revisione critica delle categorie e, anche, di interventi del legislatore sempre più frequenti a far capo dagli anni Settanta del secolo scorso.

Sul piano teorico – dove non si può non ricordare il fondamentale contributo di Riccardo Orestano – la critica del diritto soggettivo da un

lato e, dall'altro lato, l'ampio dibattito in tema di personalità e soggettività giuridica forniscono a far capo dalla seconda metà del XX secolo importanti argomenti nel senso dell'inessenzialità del soggetto e della fungibilità del relativo schema costruttivo. Il legislatore ha fatto la sua parte introducendo dapprima nel codice civile l'istituto del fondo patrimoniale della famiglia e successivamente arricchendo l'area dell'agire funzionale di numerosissime figure, talune estremamente importanti, dai fondi comuni d'investimento mobiliari, al trust, a diverse figure di patrimoni destinati o dedicati del diritto societario e, ora, anche di quello degli enti del terzo settore, ai patrimoni destinati dell'art. 2645 *ter*.

A mostrare i segni del tempo non è tuttavia il sistema del codice. Sono invece alcune categorie, si diceva, correlate alla tipologia degli effetti, non di attribuzione bensì di organizzazione, degli atti istitutivi/costitutivi di patrimoni destinati, alla struttura delle situazioni giuridiche, oggettive e non soggettive e alla natura del potere, discrezionale e non facoltativo. Categorie proprie della dogmatica del diritto soggettivo, già deprivate del loro valore conoscitivo generale in conseguenza della riunione dei codici e della c.d. commercializzazione del diritto civile, in ragione dei criteri di unificazione descritti poc'anzi, sostanzialmente diversi dal rapporto proprietario.

L'evoluzione critica come pure quella normativa esprimono insomma il consolidamento di un criterio funzionale di unificazione del patrimonio alternativo (e, in caso di concorrenza prevalente) rispetto a quello proprietario e parimenti armonico con il sistema codicistico in quanto già presente nel suo impianto originario e inducono un ripensamento innanzitutto sul tema del collegamento tra soggetto e patrimonio. Al riguardo merita di essere ricordata l'intuizione di un giovanissimo Giuseppe Ferri jr. che, all'inizio degli anni Novanta dello scorso secolo – affrontando il tema, allora caldo, dei fondi comuni di investimento mobiliari – segnalava la necessità di recuperare una nozione unitaria di patrimonio, sganciandone «la costruzione da ogni riferimento al regime della responsabilità patrimoniale» giacché invece «l'individuabilità di un complesso di beni definibile come patrimonio unitario, dipende [...] dalla rilevanza giuridica (dell'autonomia e dell'unitarietà) della "funzione", cioè dell'interesse cui tali beni sono nel loro complesso finalizzati».

Condividendo la prospettiva e proseguendo perciò sulla medesima linea possiamo giungere alla conclusione – che è stata in realtà il punto di partenza di molte successive elaborazioni – che dato qualificante del collegamento di un patrimonio con un «soggetto», inteso questo come centro d'interessi ovvero, in prospettiva dinamica, come «centro di attività», è proprio il medesimo interesse che presiede all'unificazione del patrimonio.

Soggetto persona fisica, soggetto persona giuridica e patrimonio senza soggetto costituiscono allora l'espressione di diversi assetti funzionali del patrimonio e rappresentano segmenti essenziali della disciplina dettata in ragione del loro perseguimento. In particolare, ai fini dell'attitudine del patrimonio medesimo a costituire un centro d'interessi autonomo sono da reputare qualificanti i caratteri della destinazione, primo tra essi l'autonomia dell'interesse perseguito sia rispetto a quello ascrivibile alla sfera soggettiva dei disponenti sia rispetto a quella dei titolari del potere gestorio.

In via di principio, si può dire che unità e segmentazione sono due facce della stessa medaglia. Hanno il medesimo antecedente. Hanno cioè entrambi a monte un criterio di unificazione. La segmentazione presuppone concettualmente l'unificazione di un nuovo patrimonio ed è, perciò stesso, sempre sintesi della disciplina strumentale all'attuazione di una finalità che si colloca a monte di essa.

Più specificamente, segmentazione è termine impiegato per indicare due cose tra loro differenti:

- a) la concorrenza di diversi criteri i quali siano idonei a profilare differenti patrimoni (ciascuno unitario ai sensi dell'art. 2740);
- b) la diversificazione della disciplina applicabile a segmenti di un patrimonio pur se unitario ai sensi dell'art. 2740 e, dunque, semmai in conflitto con l'art. 2741.

La prima accezione, esprime l'evoluzione già descritta. Riguardabile in continuità e in sostanziale coerenza con la logica del codice del 1942, sia in relazione alla teoria dei beni per quanto attiene ai presupposti dell'oggettivazione *sub specie juris*, sia in relazione alla disciplina della responsabilità patrimoniale. In particolare, questo secondo profilo ha suscitato un vivace dibattito mosso dall'opinione di importanti voci della dottrina, che ravvisavano nelle ipotesi di destinazione assistita da separazione patrimoniale una violazione del principio della *par condicio creditorum*, ricavato, quest'ultimo, dal disposto dell'art. 2740.

Al riguardo, è innanzitutto da ricordare una pagina aurea di Angelo Falzea, ove, guardando nella prospettiva dell'atto, si distingue tra incidenza sulla consistenza del patrimonio – propria di ogni atto di disposizione – e incidenza invece sul regime di responsabilità applicabile al patrimonio. Gli atti che incidono sul patrimonio sono riguardabili alla stregua dell'art. 2740; quelli che incidono sul regime di responsabilità devono essere invece riguardati in ragione della loro incidenza sul sistema degli artt. 2741 ss. Ebbene, l'attività negoziale fisiologicamente incide sulla consistenza dei patrimoni, in aumento o in diminuzione. Gli atti di destinazione segmentano il patrimonio sulla base di un criterio funzionale, diverso da quello proprietario, creando nuove figure di produzione e imputazione ossia nuovi “debitori” per i fini dell'art. 2740. I creditori precedenti all'atto di disposizione, esattamente come quelli che per qualsiasi altra ragione vedono diminuire la loro garanzia, dispongono dei mezzi ordinari di conservazione, primo tra i quali quello costituito dall'azione revocatoria.

6. Segue. *b) Frammentazione del patrimonio dell'art. 2740 e incidenza sulle regole del concorso. Le nuove forme di garanzia e la transizione tecnologica.*

La seconda accezione porta all'attenzione evoluzioni e prospettive più recenti, le quali incidono in via diretta sull'art. 2741 profilando un elevato livello di incoerenza e mettendo duramente alla prova la tenuta del sistema originario del codice civile.

Figura di confine è costituita dai *trust* con destinazione liquidatoria, sulla ammissibilità dei quali non vi è mai stata opinione unanime. Tali figure si pongono concettualmente all'opposto rispetto agli appena richiamati criteri funzionali di unificazione dei patrimoni nascenti da atti di destinazione. La funzione di liquidazione non profila infatti un centro d'interessi idoneo a giustificare la sostituzione del soggetto nella dinamica complessiva dell'attività di produzione e imputazione di situazioni giuridiche: non profila un criterio selettivo alternativo di ceti creditori ai sensi dell'art. 2740 e invece programma di incidere direttamente sulle regole del concorso tra creditori appartenenti al medesimo ceto, ponendosi in potenziale conflitto con il principio del concorso di cui all'art. 2741.

Nei primi decenni del nuovo millennio, a seguito delle crisi finanziarie, si sono registrate spinte molto consistenti da parte degli operatori economici per rendere meno rigide le regole della responsabilità patrimoniale e, soprattutto, per legittimare l'autonomia privata a crearne di proprie. Per tale ragione il *trust* o anche la destinazione patrimoniale disciplinata dall'art. 2645 *ter* sono stati impiegati dalla prassi – con alterne fortune giurisprudenziali – per dotare di rilievo reale gli accordi di ristrutturazione sottraendo la gestione del concorso alla competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria.

Ancora, si è resa a dir poco evidente l'aspirazione di alcuni ceti creditori, in primo luogo quelli bancari, ad assumere posizioni privilegiate rispetto agli altri creditori e ad avere accesso diretto al patrimonio dei debitori.

Segmentazione vuol dire a questa stregua superamento della nozione unitaria di patrimonio la quale – sia pure con tutte le varietà sopra evocate – costituisce la chiave interpretativa del sistema espresso dal codice civile del 1942. Là dove la nozione unitaria è il prodotto della lettura funzionale – e della qualificazione perciò degli interessi centrali nelle situazioni giuridiche aventi i patrimoni quali terminali oggettivi – nonché, come sopra detto, dello sganciamento della relativa costruzione dal riferimento alla responsabilità patrimoniale, la segmentazione così intesa è, all'esatto contrario, il prodotto del riferimento esclusivo alla responsabilità patrimoniale.

Così è da leggere la prospettazione di patrimoni sottoposti a differenti discipline e, in ragione di queste, della loro destinazione alla soddisfazione soltanto di alcuni ceti creditori riferibili al medesimo debitore quale unitario centro d'interessi operata, ad esempio, dalla disciplina del pegno non possessorio nella contemplata ipotesi di pegno “sul valore” riguardabile *sic et simpliciter* alla stregua di un sezionamento del patrimonio generale del debitore. Ancora sul terreno delle garanzie, scendendo dall'art. 2741 all'art. 2744, le figure dei nuovi marciali realizzano una diretta incidenza sulle regole del concorso.

È la c.d. autotutela esecutiva, presupposto della quale è l'attribuzione di poteri dominicali al creditore su porzioni del patrimonio del debitore. Le normative che fino a ora l'hanno realizzata non si possono reputare eccezionali e costituiscono invece l'indice di una tendenza evolutiva generale del sistema, non soltanto italiano ma anche eurounitario. In

Italia si discute della introduzione nel codice civile di un art. 2744 *bis*, esattamente per generalizzare il meccanismo marciano. Il Parlamento e la Commissione europei tengono in caldo a far capo dal 2018, con successive versioni e raffinamenti succedutisi fino a oggi, un progetto di direttiva sull'escussione rapida delle garanzie che marcia nella stessa identica direzione.

Scontato ciò, che qui privato e commerciale parlano esattamente la stessa lingua, occorre chiedersi: tiene il sistema costruito nella logica del patrimonio generale unitario *ex artt. 2740 e 2741*?

Ma non è finita. Ove si prenda sul serio, come a me sembra si debba fare, la c.d. rivoluzione digitale, altri fenomeni conducono (non già più alla segmentazione, bensì) alla granularizzazione del patrimonio: un esempio per tanti altri, l'autoesecutività propria degli *smart contracts*, contratti che ben possono essere anche di garanzia, magari operanti in connessione con la c.d. tokenizzazione degli asset. I principi e le regole del concorso possono assumere al più il rilievo della suggestione, oggetto di una memoria romanticamente malinconica.

Nuovamente: tiene il sistema costruito nella logica del patrimonio generale unitario *ex artt. 2740 e 2741*?

Certo che no. Oggetto di riflessione però, almeno in prospettiva, non può allora essere esclusivamente il patrimonio in quanto strumento unitario (o segmentato) di responsabilità personale e patrimoniale o anche, come nel codice civile, centro di interessi ossia strumento di realizzazione di interessi autonomi. Oggetto di profonda mutazione, innanzitutto sul piano fattuale, sono infatti parimenti tutti gli snodi del percorso che costituisce il presupposto della responsabilità patrimoniale e, ancora prima, dell'individuazione dei menzionati criteri di unificazione e oggettivazione giuridica dei patrimoni.

Punto di partenza è invece necessariamente la mutazione della consistenza materiale della ricchezza e dei processi materiali di circolazione, la quale costituisce l'antecedente fattuale dei fenomeni a cui si è fatto sopra cenno. È questa una riflessione da compiere innanzitutto sul piano della politica del diritto, considerando che a essere toccati sono (potenzialmente) in via diretta le regole di circolazione, la struttura dei rapporti obbligatori e la forza del vincolo da essi espresso, l'equilibrio nel rapporto tra le parti dei contratti e delle obbligazioni nonché l'assetto delle rispettive tutele.

Una mutazione profonda che induce la revisione critica altrettanto profonda delle categorie fondamentali della quale, non a caso, si trova la maggiore consapevolezza negli studi dei più sensibili tra i giuristi di ultima generazione (mi vengono in mente, per valore e coraggio, i lavori di Antonio Cilento, Valeria Confortini, Luigi Follieri e Tommaso Pellegrini). Una revisione che necessariamente prelude alla ricostruzione delle teorie del patrimonio e dei suoi rapporti con il soggetto e, a ben vedere, prelude altresì alla ricostruzione del ruolo della stessa soggettività, anche nella prospettiva (per quanto ultimamente abbandonata dal legislatore europeo) del suo impiego – suggerito da due tra i più colti esponenti della civilistica contemporanea – per la soluzione dei complessi problemi della responsabilità patrimoniale da attività algoritmica (Pasquale Femia e Gunther Teubner).