



Autonomia negoziale e strumenti di articolazione dell'impresa e del patrimonio



Mirzia Bianca

SOMMARIO: **1.** Le tappe di un percorso umano e scientifico. – **2.** La prima tappa: Vincoli di destinazione e patrimoni separati. La mia prima opera monografica sotto la sua guida. Poche ipotesi tipiche di patrimoni separati. – **3.** La seconda tappa: La riforma societaria, l'art. 2645-ter del codice civile e il *trust*. La corsa ai patrimoni separati. – **4.** Il contratto di rete e l'articolazione dell'attività imprenditoriale. – **5.** Il principio di sussidiarietà orizzontale e la limitazione della responsabilità patrimoniale. Il progetto PRIN insieme. – **6.** Le caratteristiche principali del pensiero del Prof.: lungimiranza, generosità ed effettività.

1. Le tappe di un percorso umano e scientifico

L'argomento scelto per questo importante Convegno in ricordo del Prof. Mario Nuzzo (che ho sempre affettuosamente chiamato Prof.) è l'occasione per me per ripercorrere un percorso umano e scientifico, che è il percorso che caratterizza ogni rapporto Maestro-allievo, mai solo scientifico o solo umano, ma la fusione di entrambi i profili. In questo caso il tema dell'articolazione della responsabilità patrimoniale, tema scelto per la mia prima opera monografica e per la partecipazione al concorso per diventare professore, non è stato da noi più abbandonato, in quanto le ipotesi di patrimoni separati, al tempo della pubblicazione della mia monografia ancora sporadiche, nel corso del tempo si sono moltiplicate attraverso molteplici interventi del legislatore. In quella che è stata chiamata a ragione 'la corsa ai patrimoni separati' si è verificato un fenomeno di graduale erosione del principio di universalità della responsabilità patrimoniale, che è stato svuotato dall'interno, sia attraverso l'introduzione di molteplici figure tipiche di separazione patrimoniale, sia attraverso l'introduzione di figure atipiche, come l'atto di destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645-ter c.c. e il *trust*, figure che hanno posto all'interprete il problema di trovare un equilibrio tra il principio dell'autonomia negoziale e il principio

di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale. Si è trattato di un percorso suggestivo e affascinante che ha visto mutare il principio della universalità patrimoniale: da dogma, un tempo considerato indiscusso, a principio passevole di eccezioni, in considerazione della realizzazione di interessi meritevoli di protezione, con una valenza costituzionale pari se non superiore alla tutela del credito. Questo percorso, importante dal punto di vista scientifico, lo è stato ancor di più dal punto di vista umano, perché è stato contrassegnato da un dialogo continuo con il Prof. Cercherò quindi, nelle pagine che seguono, di raccontare le tappe di questo percorso che ho idealmente tracciato e, così, di ricordare insieme a voi il Professore.

2. La prima tappa: Vincoli di destinazione e patrimoni separati. La mia prima opera monografica sotto la sua guida. Poche ipotesi tipiche di patrimoni separati

La prima tappa di questo percorso è stata la stesura della mia prima monografia, “Vincoli di destinazione e patrimoni separati” che è stata pubblicata nel 1996, sotto la guida del Prof. Di quegli anni che precedettero la pubblicazione ricordo un dialogo costante con il Prof., allo studio di Via Crescenzo, in macchina per accompagnarlo all’Università, all’Università durante le pause degli interminabili appelli ad Economia. Mi è sempre rimasto impresso il garbo del Professore che non imponeva mai agli allievi di aiutarlo agli esami, ma ci chiedeva sempre se potevamo. Anche questo è un modello di gentilezza mista ad autorevolezza che il Prof. ci ha tramandato. Di quegli anni ricordo la Sua costante presenza, che rappresenta ancora oggi per me un altro modello ineguagliabile di come occorre seguire gli allievi. Come prima accennato, all’epoca c’erano pochissime ipotesi di patrimoni separati su cui confrontarci, per lo più di fonte codicistica: il fondo patrimoniale, l’eredità beneficiata, ma già si affacciavano modelli di separazione nel mondo bancario, finanziario e assicurativo. L’indagine storica della pandettistica e in particolare l’elaborazione ad opera di Brinz e di Bekker della *Zweckvermögenstheorie*, insieme alla teoria personalistica del patrimonio della dottrina francese, ci aveva consentito di intercettare il nesso tra personalità giuridica e limitazione della responsabilità patrimoniale e come la prima non fosse altro che una tecnica per smascherare ipotesi di separazione patrimoniale che non potevano apparire se non con il vestito della personalità giuridica, in un sistema ancora fortemente improntato ad una dimensione antropomorfa. Così ci divertimmo a studiare la pandettistica e le sue evoluzioni: i patrimoni personificati di Hellwig e Bonelli, i patrimoni senza soggetto, raccontati negli affascinanti studi di Riccardo Orestano, i patrimoni autonomi degli enti non personificati. Quella indagine storica fu faticosa ma davvero entusiasmante e ancora oggi ho conservato una particolare propensione a collocare gli istituti nella loro dimensione storica, tecnica che mi consente di dare una più fedele interpretazione della loro funzione. Quella indagine fu per me molto utile per capire quello che c’era dietro la destinazione patrimoniale e la separazione del patrimonio, ma soprattutto per cogliere le anticipazioni di quella che sarebbe stata a breve una vera e propria rivoluzione culturale. Un utile banco di prova fu

la figura del *trust*, che un tempo insieme all'*Anstalt* del Liechtenstein erano considerate figure contrarie all'ordine pubblico interno. Con riferimento al *trust*, la sottoscrizione da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento di *trusts* stranieri, aveva sicuramente reso tale figura un ospite più gradito, ma il dibattito sul *trust interno* ancora era solo *in nuce*. Del *trust* ci colpì soprattutto efficienza di un modello straniero che consentiva di realizzare tante finalità, alcune fortemente meritorie e la forza rimediabile del sistema di *common Law* che consentiva di correggere l'abuso dello strumento anche *ex post*. In quelle riflessioni che facevamo insieme, ricordo la modernità e la lungimiranza del Prof. che già allora aveva intuito l'evoluzione che si sarebbe verificata da lì a pochi anni, evoluzione che individuava efficienza per il ceto creditorio della specializzazione della responsabilità patrimoniale, in quanto tecnica che consentiva alla classe dei creditori della destinazione di soddisfarsi interamente sulla massa, evitando il concorso con i creditori generali. Così decidemmo insieme che il principio di responsabilità illimitata non potesse essere più considerato come in passato principio di ordine pubblico, ma norma inderogabile. Il percorso era tuttavia ancora tutto da scoprire.

3. La seconda tappa: La riforma societaria, l'art. 2645-ter del codice civile e il *trust*. La corsa ai patrimoni separati

La seconda tappa ideale di questo percorso è stata caratterizzata dalla progressiva 'corsa ai patrimoni separati'. L'eccezionalità del fenomeno della separazione patrimoniale, considerato prima un dato indiscutibile, fu messa in crisi dalla proliferazione di ipotesi tipiche e atipiche di patrimoni separati. Le ipotesi tipiche erano diventate numerosissime: dalla cartolarizzazione dei crediti, ai fondi bancari e assicurativi, ai fondi pensione, che si aggiungevano alle tradizionali ipotesi codicistiche. Tra le ipotesi tipiche non può essere omessa la figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare introdotti nel corpo del codice civile ad opera della Riforma societaria del 2003. Li studiai insieme al Prof. perché mi affidarono il commento dei nuovi articoli 2447-bis e seguenti del codice civile per il Commentario Cian-Trabucchi. Si trattava di un istituto nuovo e unico nel panorama europeo che, ammettendo una ipotesi di scissione endo-societaria, smentiva l'assunto tradizionale consegnatoci dalla pandettistica, secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale dovessero passare esclusivamente dal riconoscimento della personalità giuridica. Tra le ipotesi atipiche, iniziò una vera e propria competizione tra il modello angloamericano del *trust*, di cui era stata ammessa la riconoscibilità con la sottoscrizione della Convenzione dell'Aja e l'atto negoziale di destinazione di cui all'art. 2645-ter del codice civile, catapultato nel libro VI del codice civile nel 2006. Mi ricordo che, proprio qualche giorno dopo l'introduzione di questa nuova norma, organizzai un Convegno alla Sapienza, in cui accorsero numerosi molti professionisti, per lo più notai. Il Professore era relatore insieme ad altri accademici, tra i quali Giorgio Oppo, Angelo Falzea, Paolo Spada. Tutti si interrogavano sulla portata della nuova norma e del nuovo istituto paragonandolo e distinguendolo rispetto al *trust*. Il punto di maggiore criticità era dato dal rinvio che l'art. 2645-ter fa all'art. 1322 e quindi al giudizio di meritevolezza

za degli interessi. Si poneva quindi il problema interpretativo di stabilire quali fossero gli interessi meritevoli di tutela e quale fosse l'effetto della immeritevolezza degli interessi destinatori. Il Prof., con una brillante relazione, rassicurò tutti con una soluzione innovativa e molto ragionevole. In particolare affermò che il giudizio di immeritevolezza riguarda il solo profilo della separazione patrimoniale e quindi dell'opponibilità e non anche quello della destinazione. Questa soluzione era rassicurante perché, scindendo il fenomeno in due fattispecie (primaria e secondaria), evitava che *in toto* l'atto di destinazione patrimoniale potesse essere dichiarato nullo perché immeritevole. Questa tesi è stata seguita molto in ambito notarile e ha rappresentato una delle letture più suggestive ma al contempo più utili di questa norma. Quanto alla distinzione o alla immedesimazione tra *trust* e atto negoziale di destinazione, con il Prof. partecipammo attivamente al dibattito, rivendicando l'autonomia della figura italiana rispetto al *trust*, data la mancanza nel nostro ordinamento di un sistema rimediabile paragonabile a quello dell'*equity*. In ogni caso l'introduzione dell'atto negoziale di destinazione, che si caratterizza anch'esso, come il *trust*, per essere una figura generale, atta a realizzare una serie indefinita di interessi, con il solo limite della meritevolezza, fu l'occasione per me e per il Prof. per riprendere il risalente e mai risolto problema del rapporto tra autonomia e principio di tipicità della responsabilità patrimoniale e tra destinazione negoziale e separazione patrimoniale, temi che avremmo ripreso da lì a breve con lo studio del principio di sussidiarietà orizzontale. Di quelle riflessioni voglio riportare qui un passo significativo del suo pensiero: *“La norma che stiamo esaminando si colloca all'interno del quadro così descritto realizzando un salto qualitativo perché formalizza il principio per cui l'atto di destinazione che si inserisce nella fattispecie prevista dall'art. 2645-ter cc può realizzare una limitazione della responsabilità patrimoniale non più con riferimento a scopi predeterminati dalla legge, ma con riferimento a qualunque interesse meritevole di tutela. Ciò richiede, a mio avviso, un più attento esame del meccanismo complessivo previsto dalla legge il quale si basa su una fattispecie complessa nascente dalla combinazione di due diversi elementi: da un lato il riconoscimento sul piano del diritto positivo della liceità dell'atto di destinazione con conseguente deroga all'art. 2740, secondo comma, cc. Dall'altro la fissazione di un limite all'opponibilità dell'atto di destinazione nei confronti dei terzi richiedendo, per questo fine, che l'atto di destinazione oltre che lecito sia volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. L'art. 2645-ter risolve il problema della liceità dell'atto ma pone un limite alla possibilità di realizzare l'effetto di separazione patrimoniale opponibile nei confronti dei terzi, richiedendo che l'atto realizzi un interesse meritevole di tutela”*¹.

¹ Così testualmente NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007, 59-72 e ora in NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 106-7.

4. Il contratto di rete e l'articolazione dell'attività imprenditoriale

La terza tappa ideale di questo percorso è stata l'introduzione del contratto di rete nel 2009, con un intervento legislativo complesso e denso di tanti ripensamenti da parte del legislatore. Ancora una volta ritorna il tema dell'articolazione della responsabilità patrimoniale, ma questa volta in collegamento con l'articolazione dell'attività imprenditoriale, tema questo che già era stato anticipato dalla Riforma societaria con l'introduzione della figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Ancora una volta il legislatore mi offriva l'occasione per dialogare con il Prof. su questa nuova figura che poneva al civilista tanti interrogativi: dalla collocazione nell'ambito del collegamento negoziale, alla individuazione di un contratto spurio, a metà tra il contratto di scambio e i contratti associativi. Oltre a queste tematiche di grande interesse, l'introduzione della figura del contratto di rete fu l'occasione per ritornare sui nostri temi perché si poneva il problema di stabilire se la rete di imprese avesse una soggettività giuridica o fosse un'ennesima figura di patrimonio autonomo, inteso secondo la migliore dottrina come somma di tanti patrimoni separati. Fu così molto interessante riprendere le letture sul patrimonio autonomo, categoria che risalente dottrina aveva elaborato per giustificare il patrimonio delle associazioni non riconosciute, in tempi ancora non maturi per riconoscere il concetto di soggettività giuridica. Mi ricordo che la dottrina si divise sul punto ma poi il legislatore scelse la via del patrimonio autonomo, garantendo così una limitazione di responsabilità patrimoniale per tutte le imprese aderenti al contratto di rete, limitazione che era strumentale alla realizzazione del ramo dell'attività imprenditoriale della rete. Come sempre le discussioni con il Prof. erano tanto stimolanti e condotte con grande sistematicità e rigore, avendo sempre come quadro di riferimento l'insieme.

5. Il principio di sussidiarietà orizzontale e la limitazione della responsabilità patrimoniale. Il progetto PRIN insieme

La quarta tappa ideale di questo percorso umano e professionale fu la partecipazione di molti degli allievi della Scuola del Prof., oramai diventati professori, ad un progetto di ricerca avente ad oggetto il principio della sussidiarietà orizzontale. Il Professore era PI (*principal Investigator*) ed io, insieme ad altri allievi, ero responsabile di unità locale. Il Prof., non era PI solo per la sua autorevolezza o solo sulla carta, come spesso avviene, ma lo era nella sostanza, perché diede una interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale che, non solo offrì le direttive di fondo per impostare il progetto di ricerca, ma consentì di dare una corretta interpretazione delle parti che dovevano essere sviluppate dalle unità locali. In particolare egli sviluppò una linea di pensiero che, muovendo dalla distinzione tra il principio di sussidiarietà orizzontale previsto dal dettato costituzionale e il principio di autonomia contrattuale previsto dal codice civile, portava a distinguere tra puri atti di autonomia, aventi efficacia di legge tra le parti, secondo l'impostazione tradizionale e atti che, diversamente da quella impostazione, determinano effetti e ricadute sostanziali sugli interessi dei terzi, con riflessioni significative sul rapporto tra

atto e procedimento e sulla forza dell'atto negoziale di costituire autorità private, secondo l'intuizione di parte della dottrina. È significativo al riguardo un passaggio della sua Prefazione ai volumi sul principio di sussidiarietà orizzontale da lui curati, che davano conto del lavoro che avevamo fatto all'interno del Prin: *“ Si è posto il problema se l'espresso riferimento alle attività di interesse generale contenuto nell'art. 118, comma 4, Cost., ponga questi poteri di autonomia su piani diversi; ciò nel senso che l'autonomia dell'art. 1322 cc si esprime nel contratto ed è per sua natura autorizzata a regolare rapporti tra le parti del contratto; ad essa è estranea la regolazione di interessi generali. Il potere attribuito ai privati nelle materie in cui si esprime la loro competenza originaria e primaria in forza del principio di sussidiarietà formalizzato nell'art. 118, comma 4, Cost., è, invece, potere di dettar regole che, riguardando interessi di rilievo generale, sono produttive di effetti nei confronti di tutti i portatori di quegli interessi”*². La distinzione tra queste due espressioni dell'autonomia, fu il passo ineludibile per evidenziare l'emersione di *regole che sono private nella fonte ma che, nella sostanza, sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti dei terzi*³. Quelle pagine, che rappresentavano le linee evolutive più significative delle sue prime riflessioni sull'autonomia privata, furono di conforto per tutti noi allievi, perché rappresentarono la cornice concettuale entro la quale collocare le materie oggetto di ciascuna unità locale. Per quanto mi riguarda specificamente, la sezione di cui io ero responsabile, dedicata al principio di sussidiarietà orizzontale e limitazione della responsabilità patrimoniale, fui confortata proprio dal fatto che il Prof. includesse gli atti negoziali di destinazione con effetto separativo nell'alveo di quelle regole private nella fonte ma nella sostanza produttive di effetti nei confronti dei terzi. L'esperienza del Prin la ricordo con particolare piacere e nostalgia, non solo perché fu un momento di condivisione e di aggregazione all'interno della Scuola, ma perché ci consentì, ormai adulti accademicamente, di provare quella sensazione di protezione e di assicurazione dei primi anni di contatto con Lui.

6. Le caratteristiche principali del pensiero del Prof.: lungimiranza, generosità ed effettività

Volendo riassumere le caratteristiche del Prof. che emergono dal racconto di questo percorso umano e scientifico, mi sembra che la prima caratteristica sia la lungimiranza del suo pensiero, unita ad una grande capacità sistematica. Il Prof., come ho cercato di evidenziare nella materia oggetto di attenzione in queste pagine, mostrava una singolare capacità di avvertire i cambiamenti e le evoluzioni del sistema e di collocarli in una cornice sistematica. Questa non è una caratteristica scontata e si riscontra raramente, soprat-

² NUZZO, *Prefazione a NUZZO* (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, XV, e ora pubblicato in NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, cit., XXVII.

³ Così testualmente NUZZO, *op. ult. cit.*, XVII.

tutto in giuristi contraddistinti da un grande rigore sistematico, come era Lui. Quanto al profilo umano, ho già dato atto della sua grande generosità verso gli allievi, generosità che si traduceva in un costante dialogo e nell'impiegare tanto tempo per ascoltarli, per discutere insieme a loro. Le tante ore che mi ha dedicato sono state per me preziose non solo per avermi seguito nei miei scritti, ma perché mi hanno lasciato un modello di rapporto Maestro-allievo che porto con me.

Ritornando al percorso scientifico, c'è una caratteristica del Prof. che non è assolutamente scontata, anche in relazione alla appartenenza alla sua Scuola, che ho sempre considerato caratterizzata da una impronta normativistica: l'attenzione per i dati della realtà sociale e quindi, in definitiva l'applicazione del principio di effettività. Questa mia precomprensione in ordine all'impronta metodologica della sua Scuola è stata efficacemente smentita da Giuseppe Vettori il quale, nella bella Prefazione alla Raccolta degli Scritti del Professore⁴ ricorda uno scritto di Francesco Santoro Passarelli, nel quale sono contenute parole che Giuseppe Vettori non esita a qualificare come sorprendenti: *"Il fatto più il consenso generale si fa diritto"*⁵. Anche Mario Nuzzo e la sua metodica si caratterizzano per una impronta sostanzialistica. Significativo è al riguardo un passaggio della Prolusione teramana: *"L'indagine del giurista (e per la mia specifica competenza, del civilista) ha come primo oggetto la conoscenza della realtà empirica per apprenderla qual è, senza cedere alla tentazione di attrarla nelle gabbie di un'astrazione preconstituita e preconcetta"*⁶. L'adozione di questa metodologia sostanzialista nel pensiero del Prof. si è coniugata ad un rigore scientifico e ad una sistematicità singolari e questo felice connubio rappresenta la grande suggestione del Suo pensiero.

⁴ VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande Scuola*, in Nuzzo, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, cit., XII-XXIV.

⁵ Pensiero di F. Santoro Passarelli riportato testualmente da Giuseppe Vettori nel citato scritto, XXIII, nt. 33.

⁶ NUZZO, *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Napoli, 1987, ora pubblicata in Nuzzo, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, cit., 249.

