



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE “TULLIO ASCARELLI”
SEZIONE “DIRITTO PRIVATO PER L’EUROPA”
AREA DIRITTO CIVILE
XXVIII CICLO

IL RISCHIO DELLA FIDUCIA

Abuso, rimedi, prospettive applicative ed attuali del negozio fiduciario.

Tutor:
Chiar.mo Prof. Aurelio Gentili

Dottoranda:
Anna Maria Iadecola

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

Anno Accademico 2015-2016

INDICE

INTRODUZIONE	“	6
--------------	---	---

CAPITOLO I

IL PROFILO MORFOLOGICO DEL NEGOZIO FIDUCIARIO

1. La premessa metodologica quale punto di partenza dell'indagine giuridica	“	13
2. La determinazione dell'elemento empirico della fiducia: profili generali	“	19
3. La costruzione giuridica del dato positivistico nei rapporti fiduciari	“	24
4. Il negozio fiduciario nel quadro giurisprudenziale attuale: tra diritto di proprietà e legittimazione a disporre	“	32
5. L'operatività della storica distinzione tra “fiducia romanistica” e “fiducia”germanistica”.	“	43
6. Il negozio fiduciario dall'epoca della Pandettistica all'attualità dei tempi odierni	“	56
7. Il negozio fiduciario come <i>species</i> del negozio indiretto	“	65
8. La fiducia e la simulazione	“	70
8.1 <i>I profili ricognitivi sulla natura del negozio fiduciario e simulato</i>	“	70

8.2 <i>La distinzione di struttura tra negozio fiduciario e simulato</i>	“	80
--	---	----

CAPITOLO II

GLI ASPETTI CRITICI DEL RAPPORTO FIDUCIARIO

1. Il problema della determinazione dell'essenza della <i>causa fiduciae</i>. Il profilo causale nella risalente teorica del contratto tipico con scopo fiduciario, nonché nella successiva ottica dell'astrattezza e dell'<i>expressio causae</i>.	“	88
2. La natura astratta o causale del negozio reale di trasferimento fiduciario: il negozio fiduciario come negozio <i>solvendi causa</i>	“	92
3. L'atipicità dello scopo fiduciario	“	98
4. Il collegamento negoziale ed il profilo causale	“	102
5. Il rischio della fiducia: effetti dell'abuso del fiduciario e rimedi applicabili alla luce dei più recenti orientamenti.	“	105
6. Il problema dell'opponibilità del <i>pactum fiduciae</i> in relazione alla posizione dei creditori, con specifico riferimento all'azione revocatoria. Il principio della separazione patrimoniale	“	114
7. Ulteriori risvolti argomentativi della giurisprudenza di legittimità sull'opponibilità della fiducia nell'esecuzione forzata e nel fallimento. Rilevanza dei timidi accenni all'operazione economica in materia di negozio fiduciario.	“	119

8. **L'operazione economica e l'effetto destinatorio, quali aspetti di originalità, nella prospettiva ricostruttiva ed interpretativa del paradigma fiduciario** “ 133

CAPITOLO III

IL NEGOZIO FIDUCIARIO NELLE PIEGHE DEL SISTEMA ORDINAMENTALE NAZIONALE ED I RILIEVI CRITICI DI DIRITTO COMPARATO

1. **La società fiduciaria ed il relativo contratto fiduciario.** “ 143
2. **L'accordo fiduciario ed il deposito fiduciario.
Il rapporto tra la soluzione interna e quella
normativa dell'ordinamento tedesco.** “ 151
3. **Il negozio fiduciario ed il contratto di mandato
tra interessanti spunti comparatistici.** “ 156
4. **Le analogie e le differenze tra il negozio fiduciario ed
il *trust*. La questione giuridica dell'ammissibilità
del *trust* interno.** “ 168
5. **Il progressivo riconoscimento normativo del fenomeno
fiduciario negli ordinamenti di *civil law*:
la *fiducie* francese.** “ 175
6. **L'elaborazione dottrinale della fattispecie del contratto
di affidamento fiduciario.** “ 180

7. I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter del codice civile in rapporto al negozio fiduciario. Cenni sulla nuova figura del contratto di destinazione fiduciaria.	“	186
--	----------	------------

CAPITOLO IV

IL NEGOZIO FIDUCIARIO TRA LE MANCATE OCCASIONI DI RIFORMA E L'ATTUALE VIA PRATICABILE: LA PROSPETTIVA RIMEDIALE

1. Il disegno di legge del 2010 ed altri progetti allo studio del Consiglio Nazionale del Notariato sul contratto fiduciario: le mancate occasioni.	“	195
2. La prospettiva rimediale, quale chiave metodologica mutuata anche dal diritto europeo. La sua applicazione nel sistema vigente nazionale in termini di costruzione endogena del negozio fiduciario.	“	200

CONCLUSIONI

Considerazioni conclusive alla luce dell'indagine giuridica compiuta	“	204
---	----------	------------

BIBLIOGRAFIA	“	208
---------------------	----------	------------

INTRODUZIONE

Il problema del rischio della fiducia e del correlativo piano rimediabile, in caso di violazione del *pactum fiduciae* da parte del fiduciario ai danni del fiduciante, attiene alla tematica di più ampio respiro relativa all'ammissione, nel nostro ordinamento, di una tutela qualificata dell'esigenza di affidamento che vede protagonista il soggetto coinvolto in fenomeni di cooperazione giuridica. Soprattutto l'evoluzione dei rapporti economici ha portato, attualmente, il negozio fiduciario ad assumere una posizione centrale nelle relazioni intersoggettive. Tant'è che il legislatore italiano, lungi dal rimanere impassibile agli influssi degli ordinamenti di *common law*, caratterizzati da un riconoscimento esplicito del meccanismo fiduciario (si pensi, ad esempio, al *trust* anglosassone), ha ritenuto opportuno introdurre nel panorama giuridico nazionale la tanto discussa e contestata norma relativa agli atti di destinazione, ai sensi dell'art. 2645 ter del codice civile.

Ciò conferma come, nel sistema ordinamentale italiano, sia ancora molto forte, anche se oramai non del tutto giustificata, la resistenza opposta all'introduzione di una disciplina che regoli *ex novo* il negozio fiduciario nella sua "dimensione esogena". Si auspica, cioè, da parte di illuminata dottrina, l'introduzione nel corpo dell'articolato civilistico vigente di un vero e proprio contratto fiduciario con *causa fiduciae* tipica.

A tal riguardo, già da tempo giace in Parlamento un disegno di legge sul contratto fiduciario, che in gran parte rinvia al modello francese sulla *fiducie*, caratterizzato dalla combinazione di elementi propri del negozio fiduciario e del mandato.

Il riconoscimento normativo di una tale figura comporterebbe in Italia il superamento di tutte quelle criticità derivanti dalla mancanza, nel sistema, di un istituto affine al *trust*. Si risolverebbe definitivamente il problema della dicotomia tra il dato formale della titolarità del diritto o del bene in capo al mandatario-fiduciario e la tutela dell'affidamento del mandante-fiduciante, sulla base dell'esercizio di un potere di recupero del bene anche nei confronti di un terzo, divenuto proprietario per effetto di un'alienazione infedele, posta in essere dal mandatario-fiduciario. In tal modo, verrebbe garantito anche l'interesse dell'eventuale beneficiario.

A tal proposito, nel panorama internazionale ed europeo, si registra la già avvenuta introduzione normativa della disciplina del negozio fiduciario. Oltre la Francia si individuano, infatti, Paesi come, ad esempio, l'Ungheria, la Repubblica di San Marino, il Liechtenstein, il Lussemburgo e la Svizzera.

In passato, la riluttanza ad un esplicito riconoscimento legislativo del meccanismo fiduciario, se, da un lato, era chiaramente dimostrata dalla presenza di una sola norma in materia, relativa, tra l'altro, esclusivamente alla tematica successoria (norma dapprima contenuta nell'art. 809 dello Statuto Albertino, successivamente trasfusa nell'art. 829 del codice civile del 1865 ed, infine, riportata nell'art. 627 dell'attuale codice), dall'altro lato, però, si registravano posizioni dottrinali e giurisprudenziali più temperate, almeno nell'ambito degli atti *inter vivos*, rispetto ad un netto immobilismo di concepire il negozio fiduciario.

Il superamento è avvenuto, fin dagli albori della pandettistica, grazie all'opera di illustri giuristi, tra cui, in Italia, si annoverano Francesco Ferrara, Giuseppe Messina, Cesare Grassetti che “colorarono” di attualità l'istituto della fiducia e del negozio fiduciario, operando tuttavia nel pieno rispetto della dogmatica del tempo. Gli studi dei successivi autori - come Nicolò Lipari, Aurelio Gentili (nella sua

suggestiva idea di identificazione tra simulazione e fiducia), Gianfranco Palermo e le nuove prospettive aperte, in materia di fiducia attributiva, dalla giurista Mirzia Bianca - hanno portato, invece, ad una tecnica di decostruzione dei concetti e delle strutture, in modo da favorire più ampie valutazioni giuridiche, relative alla necessaria opportunità di allargare il raggio d'azione della tutela accordata al fiduciante.

Il mutamento dell'approccio metodologico al problema ha trovato piena giustificazione soprattutto alla luce delle nuove esigenze economiche, che caratterizzano la complessità della moderna società, a cui il diritto non può che prestare la propria voce, anche attraverso l'opera della giurisprudenza negli anni prodottasi sul tema.

In particolare, l'ottica rimediale della fiducia risolverebbe il problema dell'aspetto patologico del negozio fiduciario, in forza dell'applicazione di meccanismi "endogeni" al sistema ovvero già previsti e disciplinati dal codice civile e dalle leggi speciali.

Le considerazioni esposte nel presente percorso argomentativo dottorale, dunque, valgono ad indicare l'esatta portata dei confini in cui racchiudere la trattazione del vasto tema sui negozi fiduciari, che per essere chiara e compiuta è necessario che soddisfi alcune esigenze di fondo.

S'impone, *in primis*, la necessità di fornire una chiave di lettura che tenga conto dell'aspetto ontologico del fenomeno della fiducia. Si tratta, in particolare, di precisare la natura e gli effetti dei negozi fiduciari, al dichiarato fine di distinguerli preliminarmente e per cenni da altre figure contrattuali, qualificate prettamente dall'elemento fiduciario dell'*intuitus personae* e che, perciò solo,

vengono definiti con la distinta espressione “negozi di fiducia”¹.

I negozi fiduciari, invece, si contraddistinguono per l'eterogeneità dei paradigmi strutturali, a cui il regolamento divisato dalle parti rinvia. Tanto ciò è vero che non si assume ad unico modello quello connota

permanenza del titolo al fiduciante con contestuale attribuzione al fiduciario dell'autorizzazione a disporre in nome proprio su beni altrui².

teoriche offerte dalla dottrina si procede, poi, ad indagare la tesi dell' “identità-coincidenza” tra simulazione e fiducia³, ai fini soprattutto di fornire un ventaglio di tutele al fiduciante in caso di defezione del fiduciario al *pactum fiduciae*.

Il problema del rischio della fiducia, dunque, risolto in tali termini finisce poi per essere riconsiderato alla luce di un'altra particolare teoria quale quella della fiducia c.d. “attributiva”, intesa come trasferimento pieno del diritto al fiduciario, la quale corrisponde solo in parte al tradizionale modello della fiducia

1 La distinzione rileva in V. M. TRIMARCHI, “Negozio fiduciario”, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 33 e ss.; A. CATAUDELLA, “*Intuitus personae e tipo negoziale*”, in “*Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*”, v. I, Napoli, 1972, p. 628; A. GALASSO, “*La rilevanza della persona nei rapporti privati*”, Napoli, Jovene, 1974; A. LUMINOSO, “*Mandato, commissione, spedizione*”, in *Trattato Cicu-Messineo*, v. XXXII, Milano, 1984, p. 178; L. CARIOTA-FERRARA, L. “*I negozi fiduciari*”, Padova, 1933, p. 2, il quale qualifica i negozi di fiducia in quanto connotati da <<una caratteristica situazione psichica che determina uno dei soggetti ad affidare all'altro un proprio interesse economico-giuridico perchè ne abbia cura. Tale situazione psichica, che si riverbera e si concretizza in una corrispondente situazione materiale, si riassume, pur essa, in nient'altro che in un sentimento di fiducia nutrito da una parte per l'altra, sulla cui lealtà ed onestà essa confida>>.

2 M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 2.

3 A. GENTILI, “*Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*”, Napoli, Jovene, 1982, p. 317 e ss.; da ultimo, anche in A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, a cura di E. GINEVRA, Milano, 2012, p. 40.

romanistica, caratterizzandosi sotto il profilo funzionale attraverso la specifica predisposizione di rimedi a tutela del fiduciante, in modo da rendere meno evidenti i limiti posti nell'attuale sistema ordinamentale.

Alla luce di tale assunto s'innesta, dunque, l

, in quanto palesi manifesta

, al fine di amministrare gli

interessi sottesi alla stessa gestione fiduciaria.

L'attenzione per il fenomeno fiduciario risulta, sotto tale aspetto, accresciuta dall'attual

mobiliare rappresentata dall'affidamento e dalla gestione di pacchetti azionari.

Le società fiduciarie ben rappresentano l'esortazione a dotare il contratto fiduciario di una disciplina sempre più puntuale e ancorata a rimedi competitivi, i quali permettano alle persone fisiche di segregare una parte del proprio patrimonio alla realizzazione di obiettivi determinati, comportando ciò una specializzazione ovvero una limitazione della loro responsabilità.

Proprio dall'interesse del fiduciante alla segregazione patrimoniale scaturisce poi una serie di altre problematiche attinenti a più vasti e concomitanti orizzonti, che potrebbero connotare fattispecie applicative richiamanti, direttamente o indirettamente, i principi della fiducia, quali la destinazione di beni ad uno scopo legata al concetto della separazione patrimoniale, l'ammissibilità dell'atto atipico di destinazione con riguardo ai suoi effetti e all'opponibilità dello stesso, nonché il modello straniero del *trust* e la peculiare questione, tutta interna all'ordinamento

nazionale, sul vaglio degli interessi meritevoli di tutela alla luce dell'art. 2645 ter del codice civile.

L'urgenza di rivisitazione riguardante il modello della fiducia, quindi, viene sottolineata dalla presenza di particolari istituti che nel panorama non solo europeo realizzano funzioni fiduciarie. Nell'ambito dell'ordinamento italiano, in mancanza di una precisa disciplina del negozio fiduciario⁴, non si dubita tuttavia che esso sia ammissibile alla luce del disposto dell'art. 1322 secondo comma, del codice civile, qualora sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Da tale tesi si dirama poi un'ultima, ma fondamentale, *quaestio iuris*, che impone un'innovativa indagine sul negozio fiduciario quale banco di prova del moderno binomio “autonomia privata ed operazione economica”, in cui si potrebbe profilare l'idea che se, da un lato, gli effetti giuridici reali del negozio sono voluti ma al dichiarato fine di rendere effettiva una precisa finalità, dall'altro, i suddetti effetti rispondono, invero, all'intento economico che anima e determina le parti alla contrattazione⁵, occorendo in tal senso distinguere i due concetti di contratto ed operazione economica per arrivare ad un adeguamento della realtà giuridica al dato riguardante gli interessi sottostanti all'atto negoziale⁶.

4 In materia di negozio fiduciario, al più, può farsi riferimento alla l. 1966/1939 che solo riconosce e regola il soggetto società fiduciaria, ma non prevede alcuna disciplina relativa al negozio giuridico intercorrente tra il fiduciante e il fiduciario. Di recente, si consideri anche l'approvazione del d.lgs. 141/2010, che contiene una serie di norme relative alle società fiduciarie in tema di trasparenza e antiriciclaggio. Per un commento approfondito del testo di legge nello specifico richiamo al soggetto società fiduciaria, si veda RUGGIERO, “La riforma della disciplina delle società fiduciarie”, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 9/2011, p. 521 e ss.; nonché MARCHETTI, “Mandato e intestazione fiduciaria in materia immobiliare”, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 5/2010, p. 252.

5 Si veda sul punto T. ASCARELLI, “Il negozio indiretto e le società commerciali”, Città di Castello, 1930, p. 12, in cui l'A. afferma: «Sicché può essere forse fonte di equivoci la comune espressione che definisce gli effetti giuridici reali del negozio come più ampi dell'intento economico».

6 Si considerino, per un'approfondita analisi della innovativa prospettiva, i paragrafi 7 e 8 del

Emerge, dunque, quell'esigenza speculativa di non ritenere ferma la ricerca sul tema, anzi, al contrario, di intensificare gli sforzi alla luce delle nuove realtà economiche (soprattutto con riferimento all'opponibilità della fiducia ai creditori...) e sociali (si pensi da ultimo, al contratto di affidamento fiduciario) che caratterizzano il nostro tempo, tenendo conto che tale tentativo potrebbe assumere una valenza pratica e sistematica di non scarso valore pratico.

Si potrebbe arrivare a delineare uno schema concettuale della fiducia, *tout court*, intesa, adattabile alla realtà dei casi pratici, nonché alla dinamicità delle nuove e future applicazioni che possano profilarsi in tema di negozi fiduciari, al fine di rendere quanto più possibile chiara la dimensione di un modello giuridico facilmente adattabile alle nuove sfide derivanti dalle realtà economiche che caratterizzano il nostro tempo, almeno fino a quando sulla materia non intervenga esplicitamente il legislatore.

CAPITOLO I

IL PROFILO MORFOLOGICO DEL NEGOZIO FIDUCIARIO

1. La premessa metodologica quale punto di partenza dell'indagine giuridica.

L'indagine dottrinale sul dibattuto tema del negozio fiduciario muove, fin dagli albori della pandettistica, i suoi affannosi passi da un'antitesi metodologica di fondo, diretta a colmare lo *hiatus* tra il problema conoscitivo e l'esigenza pratica del concetto giuridico della fiducia, che mostra il suo lato più criptico proprio in ordine alla funzione ermeneutica relativa non solo all'aspetto linguistico, quanto piuttosto sotto il profilo rimediale⁷.

In particolare, la scienza giuridica non sempre è stata univoca nel dirigere i propri sforzi verso un orizzonte comune, quale quello caratterizzato dal predisporre un impianto giuridico della fiducia, che tenesse conto di definire una medesima situazione oggettiva, attraverso l'individuazione di una coerenza sistematica delle norme, dalle quali far scaturire una disciplina omogenea⁸.

In particolare, la scienza giuridica non sempre è stata univoca nel dirigere i propri sforzi verso un orizzonte comune, caratterizzato dal predisporre un impianto giuridico della fiducia, che tenesse conto di definire una medesima situazione oggettiva, attraverso l'individuazione di una coerenza sistematica delle norme.

7 S. PUGLIATTI, “*La simulazione dei negozi unilaterali*”, in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica, Saggi*, Milano, 1951, pag. 201 e ss.

8 S. PUGLIATTI, “*Fiducia e rappresentanza indiretta*”, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 201 e ss.

Piuttosto, la copiosa⁹ elaborazione dottrinale sul tema si presenta costantemente oscillante tra la tradizionale concezione della fiducia propria del diritto romano e la prospettiva del relativo negozio nell'ordinamento teutonico.

Riecheggia ancora, in tal senso, l'autorevole monito diretto a neutralizzare le distanze <<tra le categorie concettuali, fundamentalmente elaborate dalla pandettistica e ancor oggi in grande onore, e la nuova realtà, non più comparabile per la sua eterogeneità di presupposti, di strumenti e di fini, con quella che aveva formato l'oggetto del diritto romano comune e della dottrina pandettistica>>¹⁰.

Emerge, dunque, quell'esigenza speculativa di non ritener ferma la ricerca sul tema, anzi, al contrario, di intensificare gli sforzi alla luce delle nuove realtà economiche e sociali che caratterizzano il nostro tempo¹¹, tenendo conto che tale tentativo potrebbe assumere una valenza pratica e sistematica di ampio respiro, non riducendosi a mera accademia¹².

Si richiede, pertanto, non solo la puntualizzazione concettuale di alcune classificazioni afferenti al fenomeno fiduciario, nel suo aspetto empirico, ma

9 F. FERRARA, "Negozii fiduciari", in *Scritti in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905; G. MESSINA, "Negozii fiduciari: introduzione e parte generale", Città di Castello, 1910, oggi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948; L. CARIOTA-FERRARA, "I negozii fiduciari", Padova, 1933; C. GRASSETTI, "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico", in *Riv. dir. comm.*, 1936, I; T. ASCARELLI, "Il negozio indiretto e le società commerciali", Città di Castello, 1930 oppure in *Studi in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, 1931, oggi: "Il negozio indiretto", in *Saggi giuridici*, Milano, 1949; RUBINO, "Il negozio giuridico indiretto", Milano, 1937; DE GENNARO, "I contratti misti", Padova, 1934; M. GIORGIANNI, "Negozii giuridici collegati", in *Riv. ital. sc. giur.*, 1937; M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002.

10 R. NICOLÒ, "Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile", in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 179.

11 Si pensi, ad esempio, alle diverse tematiche afferenti al tema: GRECO, "Le società di <<comodo>> e il negozio indiretto", in *Riv. dir. comm.*, 1932, I; BERTINI, "I negozii fiduciari di preparazione all'adempimento", Milano, 1940; C. GRASSETTI, "Il matrimonio fiduciario", in *Temi*, 1951, refuso in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951.

12 Così come si riscontra anche nella giurisprudenza di legittimità, in forza di quelle sentenze che si occupano della questione.

anche, in via sperimentale, di individuare un determinato schema legale dai confini definiti, se pur mobili, del negozio fiduciario, quale categoria giuridica e non più solo storica.

Si cercherebbe, in tal modo, di delineare uno schema concettuale della fiducia, *tout court* intesa, adattabile alla realtà dei casi pratici, nonché alla dinamicità delle nuove e future applicazioni che possano profilarsi in tema di negozi fiduciari.

Siffatto tentativo è sorretto non da vuota ambizione, bensì da devota attenzione a rendere quanto più possibile chiara la dimensione di un paradigma giuridico, destinato comunque ad essere rimesso criticamente in discussione dalle diverse posizioni presenti nel panorama dottrinale e giurisprudenziale.

La premessa metodologica, dunque, non può sottrarsi alla preliminare analisi della classica contrapposizione tra il dato empirico della fiducia e l'assenza di una sua chiara tipicità normativa¹³, mancando, appunto, quella corrispondenza tra l'elemento fenomenico e la tipizzazione del negozio fiduciario in uno schema legale, discendente da una norma espressa non presente nel nostro ordinamento.

Il negozio fiduciario, infatti, nasce storicamente dall'iniziativa dei privati, quale strumento giuridico, attraverso cui le parti si determinano ad adattare la struttura degli schemi formali prescelti ai loro personali e nuovi bisogni, comportando in tal modo la rottura della rigidità del tipo negoziale a vantaggio del perseguimento di scopi ulteriori ed estranei al formalismo dello schema impiegato¹⁴.

In sostanza, i caratteri del formalismo e della rigidità del dogmatismo vengono del

13 L. CAIANI, "I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica", Padova, 1950; ID., (voce) *Antologia (teoria generale)*, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1958; T. ASCARELLI, "Norma giuridica e realtà sociale", in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959; G. TEDESCHI, "L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (Riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)", in *Riv. dir. civ.*, 1962, I; E. BETTI, "Teoria generale dell'interpretazione", II, Milano, 1955; ID. "Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica", Milano, Giuffrè, 1949.

14 N. LIPARI, "Il negozio fiduciario", Milano, Giuffrè, 1964, p. 9.

tutto sovvertiti, in quanto inadatti rispetto ad una sorta di “funzionalità dinamica” che le parti attribuiscono al negozio posto in essere. Non è un caso che attualmente, parte della dottrina, sostenga l'avvenuto passaggio da un diritto fondato sugli atti di posizione ad un diritto fondato sugli atti di riconoscimento¹⁵.

Il fenomeno pratico, dunque, non tollera di essere irretito in un determinato schema normativo, così come previsto nella sua funzione tipica dal legislatore.

Tanto ciò è vero che, sul piano dell'attività ermeneutica, si possono rintracciare due elementi di fondo che connotano l'individuazione del negozio fiduciario.

Il giurista, infatti, è chiamato a tener conto, da un lato, del momento statico, relativo al tipo negoziale impiegato dalle parti e previsto dalla legge, dall'altro, del momento dinamico, che attiene necessariamente alla composizione di interessi, che si pongono al di fuori della causa tipica dello schema negoziale prescelto dalle parti.

Sotto altro e più intimistico angolo prospettico, si potrebbe a ragione affermare che vengono in rilievo un aspetto meramente dichiarativo e un altro essenzialmente “creativo”¹⁶, apparentemente contraddittori, ma che in sostanza contraddistinguono *in nuce* il negozio fiduciario.

Il rinnovato interesse per il tema della fiducia, dunque, scaturisce dall'insoddisfazione della varietà, in sede costruttiva, dei diversi risultati a cui è giunta la dottrina¹⁷. Disomogeneità di vedute che riflettono la diversità di metodi

15 N. LIPARI, “*Le categorie del diritto civile*”, Milano, Giuffrè, 2013, p. 7.

16 N. LIPARI, “*Il negozio fiduciario*”, Milano, Giuffrè, 1964, p. 10.

17 La dottrina ricostruisce il negozio fiduciario, tenendo conto di tutte le varie sfumature che si ravvisano “tra i due estremi della riduzione ad un tipo negoziale, seppure innominato, da un lato, e della allegata impossibilità di ricondurre il fenomeno pratico ad una unitaria categoria giuridica, dall'altro, la giurisprudenza non sempre si dimostra capace di accogliere la realtà nella multiforme varietà delle sue manifestazioni”. D'altronde, sempre con riferimento al *modus operandi* della giurisprudenza: “L'unico punto fermo, a questo proposito, da parte della giurisprudenza, è dato dalla assiomatica distinzione tra negozio fiduciario e negozio simulato,

utilizzati nella difficile operazione di determinazione preventiva dell'elemento da indagare.

Se è pur vero che la tematica, in generale, s'inserisce nell'alveo della teoria negoziale, nei termini di una contrapposizione delle due concezioni del negozio come autoregolamento o come fattispecie¹⁸, ciò comporta la reviviscenza dell'antica polemica legata al concetto della volontà negoziale, quale rivolta alla realizzazione di un intento giuridico o alla concretizzazione di un intento empirico stabilito dalle parti.

La remota dicotomia affonda le sue radici nel tentativo di separare il duplice piano dell'efficacia del negozio *inter partes* sotto il profilo dell'autoregolamento, dal problema della validità che l'ordinamento accorda all'atto di autonomia privata con il suo riconoscimento in una fattispecie legale. Ma è proprio in tale angusto spazio che è possibile ravvisare la presenza di figure negoziali, le quali si pongono al limite della tutela giuridicamente riconosciuta e positivizzata nei suoi termini essenziali.

Rileva, in siffatti casi, la configurabilità di un nuovo rapporto tra struttura e funzione del negozio, nei termini di una diversità tra struttura formale e perseguimento di interessi, che vanno al di là dello schema legale tipico utilizzato. Si tratta, dunque, di figure che <<storicamente sono sorte proprio nel tentativo di

indotta dall'esigenza di sottrarre talune fattispecie alla disciplina della simulazione, ma non sempre condotta fino alle sue estreme conseguenze": N. LIPARI, *"Il negozio fiduciario"*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 10. Si veda anche C. GRASSETTI, *"Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico"*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, XXIV, 1936, p. 107 e ss.; ID., *"Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico"*, cit., p. 345 e ss.; A. DE MARTINI, *"Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia"*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, p. 326 e ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *"Dottrine generali del diritto civile"*, Napoli, 1962, p. 177 e ss.; CARRARO, *"Il mandato ad alienare"*, Padova, 1947, p. 84.

18 E. BETTI, *"Teoria generale del negozio giuridico"*, Torino, 1943; L. FERRI, *"L'autonomia privata"*, Milano, 1959.

sovrapporre ad una certa struttura formale un diverso regolamento dalle parti ritenuto più consono alla valutazione dei propri interessi>>¹⁹, determinando quell'eccedenza tra mezzo e scopo ovvero tra causa tipica e intento pratico.

L'oggetto giuridico da indagare non può, tuttavia, ridursi all'individuazione del solo dato empirico del fenomeno della fiducia. Altrimenti la determinazione di una serie di comportamenti assurgerebbe a confine della disciplina relativa al negozio fiduciario, costituendo la sterile catalogazione dei dati esperienziali un limite al tentativo di ricostruzione di una categoria generale e quanto più mobile, rispetto alle fattispecie pratiche riscontrabili nell'esperienza.

A ciò si aggiunga l'ulteriore problematico tassello, alla luce del quale si coglie, nel tempo attuale, la consumazione di una sostanziale crisi delle categorie, in quanto la prassi, sempre più caratterizzata da una profonda ritrosia rispetto a qualsivoglia forma di schematizzazione, corrode incessantemente quei modelli qualificativi (appunto, le categorie), che hanno costituito il tessuto concettuale e dogmatico per intere generazioni di giuristi.

Ad oggi, siffatti paradigmi concettuali sono radicalmente messi in discussione, sulla base di una rivoluzione della cultura giuridica, che sta inesorabilmente avanzando e che si caratterizza per la moderna consapevolezza di un profondo cambiamento di prospettiva, aggravato, vieppiù, dall'impatto con il contesto europeo e con le sue fonti comunitarie²⁰.

In altri termini, il diritto contemporaneo non è più creato sulla base di una profonda riflessione operata dal legislatore, in un'ottica valutativa e risolutiva dei conflitti sociali, ma deriva direttamente da ambiti settoriali connotati da difficili negoziazioni socio-economiche che, seppur non ancora risolte, assurgono,

19 N. LIPARI, *"Il negozio fiduciario"*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 19 - 20.

20 N. LIPARI, *"Le categorie del diritto civile"*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 4.

tuttavia, a realtà giuridiche²¹.

2. La determinazione dell'elemento empirico della fiducia: profili generali.

Partendo dall'assunto secondo cui <<la determinazione del concetto è determinazione del sistema>>²², si può correttamente giungere ad affermare che solo il processo di generalizzazione del dato fenomenico permette la creazione di categorie giuridiche.

L'astrazione scientifica che vada a formare la definizione giuridica di un determinato valore, quale nel caso di specie quello della fiducia, non può, quindi, essere scevra da un'attività di classificazione dei comportamenti che la connotano e per i quali il momento culminante è dato dalla determinazione di un unico criterio di classificazione, che ne individui il minimo comune denominatore, in vista della configurazione di una specifica disciplina giuridica.

Questo movimentato connubio tra concetto e sistema trova la sua causa giustificativa proprio nell'incontestabile visione di un diritto che, nella sua essenza, si caratterizza come un "complesso di valori pratici"²³. Ed è proprio sulla scia di tale prospettiva che il rinnovato e mai sopito interesse sul tema del negozio fiduciario rivela tutta la sua importanza, in quanto la fiducia assurge al ruolo di autentica pietra di paragone del metodo di ricerca su un comune criterio che regoli

21 N. LIPARI, *"Le categorie del diritto civile"*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 7.

22 CAPOGRASSI, *"Il problema della scienza del diritto"*, in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 522. Vedi anche E. BETTI, *"Le categorie civilistiche dell'interpretazione"*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1948, p. 46 e ss.; L. CAIANI, *"I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica"*, Padova, 1954, p. 29, nota 17; ID., *"La filosofia dei giuristi italiani"*, Padova, 1955, p. 181; S. PUGLIATTI, *"Fiducia e rappresentanza indiretta"*, cit. p. 209.

23 FALZEA, *"Teoria dell'efficacia giuridica"*, Milano, 1951, pp. 43 e ss., cfr. in N. LIPARI, *"Il negozio fiduciario"*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 21, nota 34.

la molteplicità dei dati empirici, in punto di disciplina.

Risulta, dunque, vitale non inquinare la ricerca metodologica con l'utilizzo di apriorismi concettuali²⁴, che non solo falserebbero in modo irreparabile ogni ricostruzione della disciplina, ma comporterebbero una rigidità della soluzione scientifica, che mal si concilierebbe con il procedimento interpretativo, che costituisce un aspetto imprescindibile per decifrare lo stesso concetto di negozio fiduciario.

Il complesso delle azioni o delle determinazioni soggettive, che si pongono alla base del fenomeno fiduciario, rende bene l'idea della difficile funzione pratica a cui è chiamato il giurista, il quale, attraverso la sua attività ermeneutica, è tenuto ad individuare la concreta disciplina di una serie di rapporti disomogenei tra loro, rifuggendo dalla costruzione di astratte categorie²⁵.

Solo la bontà del risultato a cui si pervenga, dopo attento procedimento interpretativo, potrà attestare la corrispondenza dell'unitarietà della categoria con l'univoco inquadramento, nel sistema, delle diverse fattispecie legislative, che a vario titolo confluiscono nel paradigma giuridico (inteso come “costruzione giuridica” elaborata dall'interprete) del negozio fiduciario²⁶.

In altri termini, il problema della catalogazione di una serie di comportamenti potrebbe trovare una sua precipua risposta nell'operazione giuridica che faccia coincidere la categoria costruita in sede interpretativa con la categoria legislativa, intendendosi con tale assunto l'attività dell'interprete di sussumere, sotto una

24 T. ASCARELLI, “Norma giuridica e realtà sociale”, in *Problemi giuridici*, I, cit., p. 72.

25 N. LIPARI, “Il negozio fiduciario”, Milano, Giuffrè, 1964, p. 21.

26 S. PUGLIATTI, “Gli istituti del diritto civile”, I, 1, Milano, 1943, p. 37; F. B. CICALA, “Il rapporto giuridico”, Milano, 1959, p. 52; ARDIZZONE, (voce) “Istituto”, in *Noviss. digesto it.*, IX, Torino, 1963, p. 239 e ss.; G. MESSINA, “Negozzi fiduciari...”, cit., p. 2; F. FERRARA, “Trattato di diritto civile italiano”, I, *Dottrine generali*, Parte I, Roma 1921, p. 59; COVIELLO, “Manuale di diritto civile italiano”, Milano, 1929, p. 11; N. LIPARI, “Il negozio fiduciario”, Milano, Giuffrè, 1964, p. 22.

medesima disciplina, una serie di dati empirici che caratterizzano il contenuto dei rapporti fiduciari.

Una simile esigenza di classificazione rinviene, dunque, la sua *ratio* giustificatrice nell'opportunità, sentita dal sistema normativo, di elaborare categorie ordinanti. Il fine utile è, quindi, quello di raggruppare le singole fattispecie contrattuali, connotanti uno stesso fenomeno negoziale, in uno schema qualificativo, al quale raccordare le conseguenze giuridiche ad esso collegate, in modo da dar vita ad una specifica disciplina giuridica applicabile ai diversi casi concreti.

Tuttavia, il problema che si pone verte sulle classificazioni tradizionali che risentono di una attuale inadeguatezza, nonostante la presenza di diverse categorie, alle quali viene riconosciuta piena cittadinanza nel nostro ordinamento, dato che alcune presentano la “dignità di menzione legislativa”²⁷, altre invece sono frutto di dissertazioni dottrinali ed altre ancora enucleate sulla base di criteri economici.

Manchevolezza, che soprattutto in campo fiduciario, determina una discrasia tra il contenuto dell'affare, espressione dell'operazione economica predisposta dalle parti e lo schema ordinante, che non è più in grado di rappresentare la concreta effettività dell'affare stesso e la realtà nei suoi multiformi aspetti²⁸. La difficoltà, dunque, che si registra in sede interpretativa è quella di voler spingere forzosamente una serie di dati empirici, quali comportamenti umani o determinazioni soggettive, in una categoria che soffre oramai i malanni dell'età e

27 E. GABRIELLI, “ <<Operazione economica>> e teoria del contratto”, Milano, Giuffrè, 2013, p.1 (prolusione al Corso di diritto civile letta il 6 novembre 1996 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino. Pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 705 e ss.; nonché in “*Studi in onore di Pietro Rescigno, v. III, Diritto privato. 2. Obbligazioni e contratti*”, Milano, 1998, p. 357 ss.).

28 R. ORESTANO, “*Introduzione allo studio del diritto romano*”, Bologna, 1987, p. 396.

che non è più rapportabile alle antiche e superate architetture economico-sociali²⁹. La tessitura della nuova veste, da conferire all'attuale concetto di negozio fiduciario, non può che fondarsi su un razionale procedimento di classificazione che convogli i dati empirici, riscontrati nella pratica soprattutto economica, ad “una sintesi concettuale operata a posteriori”³⁰. Tale sintesi va intesa come risultato plasmato sulla più recente realtà ed in funzione di essa, rifuggendo simboli, miti o stereotipi che descrivano (o descrivevano) parzialmente realtà preesistenti³¹.

Pertanto, il discorso metodologico sulla determinazione dell'elemento empirico si attesta, nei suoi termini fin qui generali, su due linee direttrici che arricchiscono di molto la ricerca intrapresa.

L'una riguarda l'attività di inquadramento sistematico che comporta il necessario “rinverdimento” di alcuni concetti e di alcune categorie del pensiero³², atteso che il giurista, nella sua finalità pratica di decodificazione della realtà, non si pone come scopo quello di formare costruzioni astratte, ovverosia categorie dogmatiche caratterizzate da sterili generalizzazioni che finiscono per svilire non solo la funzione, ma anche il dato fenomenico dell'operazione economica. L'obiettivo dell'attività ermeneutica dell'interprete si qualifica, invece, proprio per l'accertamento di un'effettiva disciplina regolante una serie di rapporti³³.

La seconda linea direttrice attiene alla dimensione dell'operazione economica,

29 P. RESCIGNO, “*Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti d'impresa)*”, in *Contr. impr.*, 1990, p. 49; P. BARCELLONA, “*Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*”, Milano, 1969, p. 293.

30 E. GABRIELLI, “*<<Operazione economica>> e teoria del contratto*”, Milano, Giuffrè, 2013, p. 4.

31 R. ORESTANO, “*Introduzione allo studio del diritto romano*”, Bologna, 1987, p. 396.

32 T. ASCARELLI, “*Il negozio indiretto e le società commerciali*”, Città di Castello, 1930, p. 5.

33 T. ASCARELLI, “*Il negozio indiretto e le società commerciali*”, Città di Castello, 1930, p. 5; N. LIPARI, “*Il negozio fiduciario*”, Milano, Giuffrè, 1964, p. 22; E. GABRIELLI, “*<<Operazione economica>> e teoria del contratto*”, Milano, Giuffrè, 2013, p. 5.

intesa come concreto assetto degli interessi perseguito dalle parti. Attraverso l'autoregolamento, infatti, possono emergere diversi interessi, se non addirittura molteplici funzioni, che le parti con le loro volizioni, ma anche con i loro comportamenti, conferiscono al medesimo. Funzioni che devono essere comunque sottoposte ad un'attenta valutazione dell'interprete, secondo un giudizio di meritevolezza e di conformità ai principi dell'ordinamento.

Di fronte ad una formula "tradizionalmente" accettata del rapporto fiduciario, pur se caratterizzata da alterne vicende, occorrerebbe attualmente tener presente i risvolti evolutivi, scaturenti non solo dal quadro normativo internazionale ed europeo, ma emergenti soprattutto dalla mutata e magmatica realtà economica. Difatti, la modernità del rapporto fiduciario si coglie in una complessità ed una molteplicità d'interessi sottesa all'autoregolamento divisato dalle parti, la cui dimensione può essere integralmente apprezzata soltanto in una prospettiva che tenga conto dell'interesse dell'operazione economica approvata³⁴.

Tale profilo ripropone, in termini più generali, l'importanza della portata autentica riferita alla funzione ermeneutica del giurista, la quale deve sostanziarsi in un risultato pratico da conseguire in ordine al raffronto tra l'astrattezza della norma e

34 C. SCOGNAMIGLIO, *"Interesse dei contraenti e interpretazione del contratto"*, Padova, 1992, p. 428; D'ANGELO, *"Contratto e operazione economica"*, Torino, 1992, p. 9 e ss.; N. LIPARI, *"Il negozio fiduciario"*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 23, in particolare, l'Autore, nell'ambito di un discorso più ampio, afferma sul punto: "...l'attività del giurista o dell'interprete non cambia natura né limita il proprio ambito poiché egli dovrà sì muovere dalla costruzione del legislatore, che ha preventivamente compiuto il ricordato processo di astrazione degli elementi contingenti e mutevoli della realtà, nel suo storico e dialettico determinarsi, fissandoli << nella logica di un linguaggio e di un sistema concettuale presupposto >> (L. CAIANI, *"I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica"*, Padova, 1954, p. 19), ma non potrà certo fermarsi a questa fase – a meno di non voler ridurre il proprio operato ad una mera esegesi del linguaggio - , dovendo invece costantemente riferirsi alla mutevole e varia realtà dei rapporti concreti in un continuo processo di dissoluzione e ricomposizione della costruzione normativa nell'apparente obiettività della sua forma"; E. GABRIELLI, *"<<Operazione economica>> e teoria del contratto"*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 5.

il dinamismo dell'esperienza giuridica, tra la forma giuridica e il dato economico³⁵.

A tal fine e per quanto attiene strettamente ai negozi fiduciari, la sostanza dell'attività dell'interprete si ravvisa in un'operazione ermeneutica del tutto peculiare, in quanto in essi la prospettiva si capovolge. Infatti, il rapporto tra dato empirico e diritto positivo non si risolve, come spesso accade, nella sussunzione del primo sotto l'egida di un determinato schema normativo, bensì, nel caso di specie, sono gli schemi giuridici a dover rincorrere il dato fenomenico, in modo da ingabbiarlo in una disciplina per quanto possibile rispondente alle esigenze perseguite dalle parti³⁶.

Ulteriore aspetto problematico è rappresentato dalla circostanza che il rapporto fiduciario si caratterizza, dal punto di vista esperienziale, per una serie di fattispecie anche eterogenee tra loro.

La *quaestio iuris* che, dunque, si profila è quella di individuare il dato strutturale correlato, però, necessariamente agli aspetti del momento funzionale del negozio fiduciario, in modo da assegnare ad una determinata serie di comportamenti, ovvero ad un complesso di rapporti, una disciplina giuridica unitaria.

3. La costruzione giuridica del dato positivistico nei rapporti fiduciari.

Quanto alla costruzione della categoria del negozio fiduciario, il problema fondamentale, che si pone all'attenzione del giurista, è quello dell'individuazione

35 L. MENGONI, "Forma giuridica e materia economica", in *Civiltà delle macchine*, sett.-ott. 1962, p. 19 e ss.

36 FRANCESCHELLI, "Il <<trust>> nel diritto inglese", Padova, 1935, p.12.

del momento normativo, tenendo però conto dell'immane rilievo che <<il dato positivo sul quale operano gli strumenti della logica costruttiva è pur sempre offerto dalla norma, intesa nella complessità del suo sistema>>³⁷.

Il solo “scoglio” da evitare, laddove s'intenda affrontare scientificamente il problema, è quello di non attribuire alla qualificazione giuridica significati o formule tradizionali del linguaggio corrente, non potendosi tradurre in linguaggio tecnico il senso del “comune parlare” sul concetto empirico di fiducia.

Il nome “sociale” attribuito al fenomeno, infatti, rivela un significato di fiducia inteso come rapporto metagiuridico³⁸, caratterizzato cioè da principi che attengono ad una prospettiva morale ed etica del ben agire del fiduciario, improntato ad un impegno dello stesso nel gestire i diritti altrui in modo onesto e leale, perseguendo esclusivamente i fini del fiduciante.

Tale visione non coglie, però, l'effettivo problema che pone il negozio fiduciario, in caso di defezione del fiduciario dagli imperativi morali di onestà, rispetto e lealtà promessi all'altra parte. Ma è proprio in tale intercolumnio, in questo cono d'ombra, che l'ordinamento non può rimanere inerte, in quanto la consumazione del “tradimento”, ad opera del fiduciario, non può che assumere rilevanza giuridica in termini di tutela effettiva dell'altra parte, la quale, sulla base di un rapporto fiduciario, si è affidata ad un agire leale, scoprendosi successivamente essere solo intenzionale.

37 Così N. LIPARI, “*Il negozio fiduciario*”, Milano, Giuffrè, 1964, p. 29, rielaborando il pensiero di S. PUGLIATTI, “*Logica e dato positivo*”, in “*Diritto civile: metodo, teoria, pratica, Saggi*”, Milano, 1951, p. 665 e ss.; R. NICOLÒ, (voce) “*Diritto civile*”, in “*Encicl. del diritto*”, XII, secondo l'Autore: il diritto di matrice civilistica <<è il risultato composito di un continuo processo di creazione del quale gli uomini sono gli ineliminabili protagonisti>>, evidenziando, in tal modo, l'esigenza di non dover ridurre la realtà giuridica al solo dettato normativo.

38 A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in “*La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*”, Atti del convegno, Bergamo, 22-23 aprile 2012, (a cura di) ENRICO GINEVRA, Milano, 2012.

Ne consegue che il concetto metagiuridico di fiducia non può costituire la base ontologica da cui muovere implicazioni di carattere giuridico, appartenendo il medesimo ad un ambito relativo alla sfera intimistica dei soggetti, quali parti del negozio.

Dal punto di vista positivisticò, invece, l'ordinamento italiano evoca espressamente il dato fiduciario in una sola norma di matrice successoria, quale l'art. 627 c.c., con risvolti del tutto peculiari³⁹.

La difficoltà che, quindi, in questa sede si registra è data dalla non immediata determinazione dell'elemento normativo, dalla quale emerge la conseguente criticità di una non possibile riduzione immediata ad uno schema giuridico formale che affasci in sé, ed in modo puntuale, la diversità delle eventuali ipotesi che partecipano della medesima natura fiduciaria. Non è un caso che la figura in questione resti affidata all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, nonché alla prassi, soprattutto di fonte economica.

Si tratta, perciò, di delineare una categoria legislativa che esiste, in quanto esiste una serie di fenomeni pratici che presentano elementi comuni ad essa confacenti, ma si pone, altresì, come esigenza quella di renderne più nitidi i contorni, in punto di disciplina.

Occorre, in altri termini, foggare una categoria in vista dell'assegnazione della disciplina ad un determinato insieme di comportamenti.

È ovvio che una simile costruzione giuridica non può svolgersi in modo arbitrario, né scevro da ogni presupposto o vincolo concettuale, anche di natura storico-sociale, che si è attribuito negli anni al fenomeno fiduciario, soprattutto alla luce della veritiera affermazione secondo cui «non si dà mai situazione in cui nulla

39 Su tale istituto si veda BONILINI, *“Manuale di diritto ereditario e delle donazioni”*, Torino, 2000, p. 202 e ss.

sia trovato e tutto da creare>>⁴⁰.

In tal senso, anche l'apprezzamento della portata dei precedenti storici assume fondamentale importanza, proprio in forza di quelle situazioni che tradizionalmente vengono ricondotte al tema del rapporto fiduciario.

Il discorso sul valore della genesi storica del dato della fiducia, infatti, non solo tiene conto degli antichi modelli della tradizione romanistica e di quella germanistica, ma anche delle molteplici elaborazioni⁴¹, relativamente recenti del secolo scorso, in cui le soluzioni pratiche che la dottrina ha adottato in ordine al problema sono state assai divergenti.

Le costruzioni storiche, viste attraverso la lente del diritto, confermano l'esigenza di una moderna riformulazione del concetto di rapporto fiduciario, atteso che negli ordinamenti più antichi e meno evoluti, la figura veniva relegata a rigidi schemi formalistici, ovvero a formule immobili.

Nei sistemi giuridici contemporanei, invece, il carattere predominante, che connota anche il negozio fiduciario, è più "liquido", più aformalistico. Da ciò, quindi, discende una piena tutela relativa a tutte le finalità che le parti intendono perseguire con la formazione di un rapporto fiduciario e che consente, al tempo stesso, un'esplicazione estremamente estesa del principio della libertà negoziale,

40 CALOGERO, *"Etica, giuridica, politica"*, Torino, 1946, p. 94.

41 G. MESSINA, *"Negozii fiduciari"*, cit., p. 35, che afferma come la sproporzione tra intento economico e mezzo giuridico << non è un dato assolutamente certo e, lungi dall'imporsi come radicato nell'elemento di fatto dei relativi negozi fiduciari, è un asserto della costruzione, è una valutazione che ne fa la dottrina fiduciaria>> e aggiunge che: <<non è quindi esclusa la possibilità di un apprezzamento diverso, il quale approdi eventualmente ad eliminare la piena trasmissione del diritto al fiduciario e di conseguenza la sproporzione tra il mezzo ed il fine>>. L. CARIOTA-FERRARA, *"I negozi fiduciari"*, cit. p. 2, che prende le mosse dalla distinzione tra <<negozi fiduciari>> e <<negozi di fiducia>>; CARRARO, *"Il mandato ad alienare"*, Padova, 1947, p. 73 e ss., in cui l'A. riconduce il rapporto fiduciario entro i confini del mandato. A. GENTILI, *"Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio"*, Napoli, Jovene, 1982, secondo cui l'Autore ricostruisce la disciplina del negozio fiduciario sulla base del regime giuridico dell'istituto della simulazione.

col solo limite negativo, e quindi censurabile, di una volontà delle parti diretta alla realizzazione di uno scopo non meritevole di tutela⁴².

In altri termini, l'evoluzione di istanze garantistiche sentite in vari settori della società, nonché l'applicazione e la diffusione di ritrovati della prassi economica portano alla costruzione di uno schema legale, in tema di fiducia, che si caratterizza essenzialmente per il connotato della elasticità. In questa prospettiva, si spiega come il peculiare interesse delle parti non sia attuabile impiegando i tradizionali modelli astrattamente previsti nei tipi legislativi. Tanto più se gli stessi si configurino rigidamente predeterminati e resistenti all'erosione di veri e propri processi di adattamento, ciò neutralizzando, anche in via sperimentale, la predisposizione di un mezzo quanto più idoneo possibile a realizzare quello specifico interesse.

D'altronde, la mera non corrispondenza del regolamento negoziale con lo schema legale non comporta necessariamente l'esclusione della qualifica del contratto secondo quel tipo⁴³. Siffatta esclusione sarebbe ipotizzabile solo nel caso in cui non si ravvisi una determinata compatibilità tra le due funzioni dell'operazione negoziale: l'una concreta e relativa all'assetto degli interessi diviso dalle parti nel regolamento privato e l'altra astratta, in quanto configurata nel tipo legale.

Si ritiene, a ragione, che <<il limite, oltre il quale la disciplina del contratto non può essere derogata, senza alterare il tipo legale>>⁴⁴ può essere contrassegnato solo con <<riferimento al significato dell'operazione economica espressa dal

42 DOMINEDÒ, "Le anonime apparenti", in "Studi senesi", 1931, p. 261 e ss.; ID., "La costituzione fittizia delle anonime", in "Studi in onore di Cesare Vivante", II, Roma, 1931, p. 692 e ss.; N. LIPARI, "Il negozio fiduciario", Milano, Giuffrè, 1964, p. 50.

43 C. M. BIANCA, "Diritto civile. 3. Il contratto", Milano, 1984, p. 448.

44 E. GABRIELLI, " <<Operazione economica>> e teoria del contratto", Milano, Giuffrè, 2013, p. 16.

contratto tipico>>⁴⁵.

In chiave negativa, si potrebbe sostenere che se gli interessi ulteriori che le parti perseguano, attraverso il regolamento negoziale, non presentino carattere di complementarità rispetto all'interesse principale⁴⁶, allora si constaterà, come conseguenza logica, un'alterazione del tipo legale prescelto, attuata attraverso un contenuto contrattuale del tutto personalizzato dalle parti, che comprometta irrimediabilmente l'utilizzazione dello stesso schema legale, a motivo, appunto, della sua funzione astrattamente configurata dal legislatore.

Da siffatti assunti giuridici emerge, dunque, un ulteriore corollario, relativo all'individuazione dei "limiti di elasticità"⁴⁷ del tipo legale, di modo che, al di là di determinati confini, non si possa più parlare di quel peculiare schema tipico, a cui le parti sembravano aver fatto, *ab origine*, riferimento, ma di superamento del medesimo con conseguente applicazione di una diversa disciplina.

In particolare, viene in evidenza l'ipotesi in cui l'assetto degli interessi concretamente perseguito dalle parti non sia interamente riconducibile ad un tipo legale, rappresentato dalla fattispecie astratta, alla quale l'ordinamento ricollega effetti giuridici prestabiliti.

In altri termini, secondo l'opzione sistematica prevalente⁴⁸, mentre è vero che

45 C. M. BIANCA, "Diritto civile. 3. Il contratto", Milano, 1984, p. 449.

46 C.M.BIANCA, "Diritto civile. 3. Il contratto", Milano, 1984, p. 450.

47 E. GABRIELLI, " <<Operazione economica>> e teoria del contratto", Milano, Giuffrè, 2013, p. 17; vedi sul punto anche A. CATAUDELLA, "La donazione mista", Milano, 1970, p. 70.

48 A. SCIALOJA, "Sulle cassette-forti di custodia", in *Giur. it.*, 1907, IV, p. 241; ID., "Negozii giuridici", Roma, 1938, IV rist., p. 94 e ss.; LA LUMIA, "Deposito e locazione di opere", in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 922; E. BETTI, "Teoria generale del negozio giuridico", nel *Trattato Vassalli*, II ed., Torino, 1952, p. 184; F. SANTORO-PASSARELLI, "Dottrine generali del diritto civile", rist. della IX ed., Napoli, 1976, p. 173; L. CARIOTA-FERRARA, "Il negozio giuridico nel diritto privato italiano", Napoli, 1949, p. 603; G. STOLFI, "Teoria del negozio giuridico", Padova, rist. 1961, p. 29 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, "Contratti in generale", in *Trattato Grosso e Santoro-Passarelli*, III ed., Milano, 1977, p. 125 e ss.; G. B.

<<l'accertamento dell'elasticità dello schema – e quindi della capacità della fattispecie astratta a ricomprendere fattispecie concrete che presentino tra loro significative differenze – deve effettuarsi in base alla valutazione della funzione concreta del contratto>>⁴⁹. Nello stesso tempo, risulta necessario anche puntualizzare che le dichiarazioni negoziali, riportate nell'assetto contrattuale dalle parti, non integrano tutte delle regole idonee a modificare la funzione astrattamente prefigurata dal legislatore per quel tipo di contratto, ma, al contrario, ben possono configurarsi (e si configurano certamente) disposizioni prive di capacità modificativa della funzione negoziale.

Il discorso, dunque, s'incentra sull'individuazione degli elementi essenziali che caratterizzano in prima battuta la fattispecie concreta, al fine di sussumerla nel tipo legale corrispondente. Tali elementi assumono un'importanza fondamentale, in quanto non solo qualificano la funzione concretamente perseguita dalle parti con la stipula del contratto, ma determinano, al tempo stesso, la conformità dell'operazione economica allo schema negoziale tipico.

FERRI, *“Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 249; A. CATAUDELLA, *“Intuitus personae e tipo negoziale”*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, vol. I, Napoli, 1972, p. 626; ID., *“Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro”*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 81; F. MESSINEO, *“Dottrina generale del contratto”*, del 1944, si ritrova ora in *“Il contratto in generale”*, in *Trattato Cicu-Messineo*, tomo I, Milano, 1973, p. 684; C. M. BIANCA, *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, 1984, p. 445; CARRESI, *“Il contratto”*, in *Trattato Cicu-Messineo*, tomo I, Milano, 1987, p. 245. Sostengono, *a contrario*, l'applicazione del c.d. metodo tipologico, con conseguente ripudio dello strumento della causa, R. SACCO, *“Autonomia contrattuale e tipi”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 802; ID., *“Il contratto”*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975, p. 820; ID., in R. SACCO E G. DE NOVA, *“Il contratto”*, in *Trattato Sacco*, tomo II, Torino, 1993, p. 417; G. DE NOVA, *“Il tipo contrattuale”*, Padova, 1974, p. 59; M. COSTANZA, *“Il contratto atipico”*, Milano, 1981, p. 185. Si consideri, a tal riguardo, anche A. GENTILI, *“A proposito di: G. De Nova, <<Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno>>”*, in *Riv. dir. civ.*, v. 58, n. 2, 2012, p. 133-140.

49 E. GABRIELLI, *“<<Operazione economica>> e teoria del contratto”*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 17; vedi sulla questione anche A. CATAUDELLA, *“La donazione mista”*, Milano, 1970, p. 74.

Occorre, quindi, individuare i singoli elementi di cui si compone la fattispecie concreta, in modo da stabilire quali tra essi possano definirsi essenziali ed, infine, valutare se quest'ultimi siano idonei ad influire sulla funzione del negozio, modificandola⁵⁰. La mera non corrispondenza tra il regolamento concretamente posto in essere dalle parti e il paradigma legale non comporta, tuttavia, l'automatica esclusione del singolo atto di autonomia privata dal tipo legale, a meno che non siano ravvisabili disposizioni negoziali modificative della funzione⁵¹.

E ciò nel senso che <<i limiti di elasticità dello schema legale sono pertanto costituiti dalle modificazioni della funzione>>⁵², per cui al fine di determinare la portata e l'efficacia di tali limiti, necessariamente s'impone di indagare la funzione concreta del singolo atto negoziale.

Si tratta, dunque, di prendere in considerazione un importante, quanto recente, fenomeno, che si sta registrando nel delicato ambito relativo ai limiti dell'autonomia privata, quale quello della <<perdita della fattispecie>>⁵³. Sotto quest'angolo prospettico, è possibile cogliere come le peculiari finalità dei privati, che superino i confini dello schema legale tipico, assumono tuttavia sempre più autorevolezza nell'economia del singolo atto di autonomia, laddove esse risultino maggiormente aderenti alla realtà dell'operazione economica voluta dai

50 A. CATAUDELLA, *"Intuitus personae e tipo negoziale"*, in *"Studi in onore di F. Santoro-Passarelli"*, vol. I, Napoli, 1972, p. 627; ID., *"Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro"*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 81.

51 A. CATAUDELLA, *"La donazione mista"*, Milano, 1970, p. 76.

52 E. GABRIELLI, *"<<Operazione economica>> e teoria del contratto"*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 18.

53 G. DE NOVA, *"Nuovi contratti"*, II ed., Torino, 1994, p. 22; si veda anche A. GENTILI, *"A proposito di: G. De Nova, <<Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno>>"*, in *Riv. dir. civ.*, Vol. 58, n. 2, 2012, p. 133-140.

contraenti⁵⁴.

Ed è siffatto rilievo che contraddistingue il comportamento delle parti che danno vita al negozio fiduciario. Infatti, proprio la volontà di realizzare un determinato risultato pratico, che vada oltre il rilievo degli strumenti formali, se, da un lato, comporta necessariamente l'utilizzazione di tali strumenti, dall'altro, il loro impiego non può che qualificarsi come “funzionale” al perseguimento di certi risultati non contemplati nella funzione astratta del tipo legale. Questa funzionalizzazione dà luogo, quindi, ad una serie di frizioni ed attriti tra il piano normativo e il piano del risultato da realizzare, per mezzo dell'impiego del negozio fiduciario⁵⁵.

4. Il negozio fiduciario nel quadro giurisprudenziale attuale: tra diritto di proprietà e legittimazione a disporre.

Il problema relativo alla qualificazione giuridica del negozio fiduciario, in termini di ricostruzione di una disciplina quanto più omogenea della fiducia, è stato, altresì, oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali. A tal riguardo pochi sono i punti fermi in proposito, mancando una univocità di vedute sull'esatta portata del rapporto fiduciario, date le eterogenee declinazioni applicative dello stesso.

Si può, dunque, affermare che la ricostruzione proposta dai giudici di legittimità ancora oscilla intorno ai due modelli tradizionali, quali quelli di fiducia

54 C. M. BIANCA, *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, 1984, p. 449, il quale precisa che quando <<le particolari finalità dell'operazione sono compatibili col “tipo” legale, il contratto si qualifica in base a quest'ultimo con l'applicazione della relativa disciplina. Le finalità particolari conservano, tuttavia, la loro rilevanza ai fini di un trattamento del contratto aderente alla realtà dell'operazione che le parti hanno voluto porre in essere>>.

55 N. LIPARI, *“Il negozio fiduciario”*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 176.

romanistica e di fiducia germanistica.

In questo quadro così magmatico si registra, tuttavia, una consolidata visione ermeneutica, emergente dalla casistica giurisprudenziale⁵⁶, che considera il negozio fiduciario, in termini di fattispecie complessa caratterizzata da un collegamento funzionale, che lega un negozio ad effetti reali a rilevanza esterna, comportante la conseguente attribuzione della titolarità piena del diritto al fiduciario, ad un negozio ad effetti obbligatori, identificato nel *pactum fiduciae*, che rileva internamente ovverosia nel rapporto tra fiduciante e fiduciario. Altra e minoritaria posizione della giurisprudenza, invece, si attesta su posizioni, che ricostruiscono il negozio fiduciario come un'unica fattispecie atipica, fondata su una *causa fiduciae*.

Viene, dunque, in evidenza che se, da un lato, si possa ritenere in parte risolta, dal punto di vista pretorio, la questione relativa alla struttura della fattispecie in esame, concordando la giurisprudenza su una qualificazione della fattispecie fiduciaria in termini di collegamento negoziale, dall'altro, diverse e discordi sono invece le voci che si levano in ordine alle conseguenze applicative scaturenti da tale rapporto giuridico.

Si tratta delle note problematiche che l'attribuzione negoziale a scopo fiduciario

56 Si veda, a tal riguardo, GAMBINI, "Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza", in *Rass. dir. civ.*, 1998, pag. 853. Si considerino, altresì, le pronunce della giurisprudenza maggioritaria di legittimità in materia, tra cui: Cass. 18 aprile 1956, n. 1331; Cass. 28 maggio 1958, n. 2724; Cass. 29 maggio 1993 n. 6024, con nota di CARBONE, "Pactum fiduciae ed interposizione reale", in *Corriere giuridico*, n. 7/1993, p. 885; nonché, con nota di GIULIANI, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 8; con nota di G. CHINÈ, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 581. Cass. 28 settembre 1994, n. 7899, con nota di GIAMPAOLINO "In tema di intestazione fittizia e fiduciaria di azioni"; Cass. 14 ottobre 1995, n. 10768; Cass. 23 giugno 1998, n. 6246, in *Giustizia civile*, 1998, I, p. 2778; Cass. 27 novembre 1999, n. 13261; Cass. 1 aprile 2003, n. 4886; Cass. 27 luglio 2004 n. 14094, con nota di P. CRISCUOLI, "Brevi riflessioni sull'intestazione fiduciaria", in *Riv. notariato*, 2005, p. 1445 e ss.; Cass. 25 giugno 2008, n. 17334.

pone in materia non solo dei poteri e dei diritti spettanti al fiduciante, al fine di rendere effettiva una sua tutela in caso di defezione da parte del fiduciario rispetto alle disposizioni contenute nel *pactum fiduciae*, ma anche e soprattutto dell'opponibilità ai terzi del vincolo fiduciario, sotto il duplice angolo prospettico della riferibilità dei beni, oggetto di fiducia, al patrimonio del fiduciante o del fiduciario, attesa la correlativa distinzione tra creditori degli uni o degli altri, nonché del profilo rimediabile per l'inerzia del fiduciario rispetto all'obbligo di ritrasferimento della proprietà del bene-diritto ovvero per l'abuso della fiducia da parte di quest'ultimo.

L'eterogeneità degli schemi che connota il fenomeno fiduciario attesta la complessità della composizione degli interessi sottesi all'operazione negoziale *de qua* e, al contempo, legittima da parte della giurisprudenza l'applicazione ora dell'uno ora dell'altro modello romanistico o germanistico della fiducia. In particolare, proprio la mancanza di una disciplina tipica del negozio fiduciario ripropone, in termini generali, il problema concreto della tutela da apprestare al fiduciante.

Seppure nel nostro ordinamento le impostazioni dottrinali e giurisprudenziali maggioritarie accolgano il paradigma della fiducia romanistica, tuttavia si rintracciano, tra le pronunce rese dalla Suprema Corte di Cassazione, alcune decisioni che hanno fatto esplicitamente ricorso al modello strutturale della fiducia germanistica⁵⁷. E ciò si è verificato ogni qualvolta si è inteso riconoscere e

57 Cfr. Cass. 23 settembre 1997, n. 9355, in *Foro it.*, 1999, 1, p. 1323, in cui si afferma: «le opposte prospettazioni di ricostruzione teorica del negozio stipulato e dei suoi effetti da parte dei ricorrenti si riconducono alla nota distinzione tra fiducia di tipo “romanistico” e fiducia di tipo “germanistico”, definendo i sostenitori della prima teoria l’acquisto fiduciario di titoli azionari come interposizione reale, instaurandosi la p

, essendo il fiduciante il proprietario effettivo dei titoli e spettando al

tutelare il diritto del fiduciante alla restituzione del bene, fiduciariamente traslato in capo al fiduciario. Ben si concilia, infatti, la prospettiva recuperatoria con la tradizionale scissione, rinvenibile nello schema teutonico, tra proprietà e legittimazione, ovvero tra il potere dispositivo-gestorio sul bene conferito dal fiduciante al fiduciario e la titolarità che comunque rimane in capo al soggetto disponente.

In altri termini, proprio la nozione di “proprietà sostanziale”, utilizzata dai giudici di nomofilachia, comporta necessariamente l'affermazione di un diritto di proprietà del fiduciante, che consente allo stesso di riottenere il bene, contemplato nel *pactum fiduciae*, riconoscendosi correlativamente in capo al fiduciario una mera proprietà formale.

Da tale impostazione sistematica discendono importanti corollari applicativi, che riguardano non solo l'angolo prospettico dell'opponibilità ai terzi relativamente alle limitazioni poste al potere di disposizione e di gestione del fiduciario, ma anche il diverso profilo dell'opponibilità ai creditori del fiduciario del bene gestito, il quale lungi dall'essere inglobato nella sfera patrimoniale dello stesso, rimane immune rispetto alle loro eventuali pretese creditorie⁵⁸.

fiduciario l'esercizio dei diritti sociali>>. Si veda, a tal riguardo, la nota di CIPRIANI, in *Giur. it.*, 1998, p. 876; la nota di RUOTOLO, in *Riv. not.*, 1999, p. 670; la nota di GIOIA, in *Corr. giur.*, 1998, p. 68. Rilevante è anche Cass., 14 ottobre 1997, 10031, con nota di A. DI MAJO, in *Corr. giur.*, 1998, II, p. 301; con nota di F. DI MAIO, “*L'attività propria di società fiduciaria, la qualificazione del rapporto e la separazione dei beni amministrati: un'interessante puntualizzazione sull'applicazione dell'art. 103 l.fall.*”, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 299; con nota di SALAMONE, “*La Cassazione fa un passo avanti rispetto alla giurisprudenza consolidata in materia di rivendicazione fallimentare (art. 103 l. fall.) di quantità di beni fungibili non individuati*”, in *Banca borsa e titoli di credito*, 199, II, p. 141.

58 Per quanto attiene la tematica dell'opponibilità si considerino tra gli altri, U. CARNEVALI, “*Intestazione fiduciaria*”, in *Dizionari del diritto privato, I, Diritto civile*, a cura di N. IRTI, Milano, 1980, 459; N. LIPARI, “*Fiducia statica e trusts*”, in *Studi in onore di R. Scognamiglio*, I, Roma, 1997; ID., “*Il negozio fiduciario*”, op. cit., 186; JAEGER, “*La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*”, Milano, 1968, 44 ss.; ID., “*Il voto*

Non è un caso che la recente giurisprudenza di legittimità⁵⁹ abbia espressamente “sposato”, in più di una decisione, tale orientamento. Infatti, soprattutto in materia di titoli azionari, è agevole riscontrare come si faccia ricorso alla dicotomia “titolarità - legittimazione”, propria della fiducia di diritto germanico.

In particolare, si è affermato che mentre al fiduciante spetta incontestabilmente la proprietà dei titoli azionari, invece in capo alla società fiduciaria, alla quale tali titoli siano stati fiduciariamente intestati, non può che riconoscersi esclusivamente la legittimazione all'esercizio dei diritti scaturenti dalla partecipazione societaria.

Sulla stessa scia si pone un altro particolare pronunciamento⁶⁰ della Suprema Corte di Cassazione, il quale facendo leva sulla normativa in materia di società fiduciarie⁶¹, ha ribadito che anche in caso di fallimento di dette società a cui siano

divergente nelle società per azioni”, Milano, 1975, 22 ss.; ID., “*Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*”, in *Giur. comm.*, 1979, I, 181 ss.; A. GENTILI, “*Società fiduciarie e negozio fiduciario*”, Milano, 1978, p. 65, il quale, con riguardo all'aspetto rimediabile proprio della fiducia di tipo germanico, afferma che: <<È facile notare come la

marginale, in quanto a quest'ultimo il diritto dà mezzi di tutela specifica che ne salvaguardano gli interessi>>; R. SACCO, “*La causa*”, in *Tratt. Rescigno*, 10, II, rist. Torino, 1988, 330 ss.; ZACCHEO, “*Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*”, Milano, 1991, 153 ss.; A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, a cura di E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 31.

59 Cass. 23 settembre 1997, n. 9355 in *Foro it.*, 1999, I, 1323; in *Giur. it.*, 1998, 876 con nota di CIPRIANI; in *Riv. not.*, 1999, 670 con nota di RUOTOLO; in *Notariato* 1998, 4, 317 con nota di SCOZZOLI; in *Corr. giur.*, 1998, 68, con nota di GIOIA. Si veda, altresì: Cass. 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Foro it.*, 1985, I, 1, p. 2325; Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Corr. giur.*, 1998, 301, con nota di A. DI MAJO; in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, 2, 141 con nota di SALAMONE; in *Giur. Comm.*, 1998, II, 299 con nota di F. DI MAIO,

, *la qualificazione del rapporto e la separazione dei beni amministrati: un'interessante puntualizzazione sull'applicazione dell'art. 103 l. fall.*”; in *Contratti*, 1998, 23, con nota di U. CARNEVALI.

60 Cfr. Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031. Si veda, per i relativi commenti, la nota precedente.

61 Cfr. art. 1, ultimo comma, R.D. 29 marzo 1942, n. 239; art. 9, primo comma, 29 dicembre 1962, n. 1745; art. 20, secondo comma, D.M. 12 marzo 1981, G.U., n. 82 del 24 marzo 1981, S.O.; art. 3, nono comma, D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, nella

stati, a titolo fiduciario, attribuite azioni, la proprietà di tali prodotti finanziari è necessariamente da ricondurre in capo ai clienti-fiducianti, quali “effettivi proprietari”⁶², indipendentemente dalla mancata individuazione dei beni⁶³, derivante dal carattere fungibile dei titoli azionari.

In particolare, i giudici di legittimità superano quel sillogismo non dimostrato, secondo cui la mancanza del titolo della proprietà dei beni, in capo al fiduciante, deriverebbe dal carattere fungibile degli stessi, sicché solo in forza dell'avvenuta individuazione dei titoli azionari il fiduciante diviene proprietario, in quanto altrimenti opererebbe il disposto contenuto al secondo comma dell'art. 1782 c.c., in tema di deposito irregolare, per cui la proprietà dei titoli spetterebbe alla società fiduciaria⁶⁴. Invece, la Cassazione giunge a negare la proprietà della società fiduciaria a favore di un suo riconoscimento in capo ai clienti-fiducianti, anche in mancanza del momento dell'individuazione delle azioni.

legge 3 aprile 1979, n. 95; art. 2, decimo comma, D.L. 5 giugno 1986, n. 233, convertito, con modificazioni, nella legge 1 agosto 1986, n. 430.

62 Si vedano, Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031; e Cass. 10 dicembre 1984, n. 6478, in Foro it., 1985, I, 1, p. 2325.

63 Cfr. Trib. Torino, 28 febbraio 1991, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1992, II, p. 482, in cui si afferma che: «Il fiduciante sottoscrittore di azioni Capital Italia non è titolare del diritto di proprietà sulle azioni sottoscritte, ma più semplicemente di un diritto alla individuazione delle azioni e alla loro successiva consegna. Solo in forza dell'individuazione diviene proprietario, sino a quel momento è creditore e subisce fino in fondo la legge del concorso, alla pari di tutti gli altri creditori». Così anche Trib. Ferrara, 30 dicembre 1993, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1995, II, p. 68, laddove si statuisce che: «L'effettiva individuazione o materiale specificazione è presupposto imprescindibile per la loro rivendicazione, sicché non si può configurare un diritto reale del mandante sui beni individuati soltanto nel genere e come tali facenti parte del patrimonio del mandatario fallito»; Trib. Torino, 23 gennaio 1998, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, II, p. 149, secondo cui: «Per la giurisprudenza prevalente le azioni di società quotate debbono essere qualificate come beni fungibili, di talché il procedimento per la rivendica, restituzione e separazione di beni mobili dall'attivo concorsuale, ai sensi dell'art. 103 l. fall., non è applicabile a quei titoli che non siano individuati nel numero di certificato, unico elemento atto ad assicurare la specificazione in capo al soggetto che agisce in rivendica». Per un'approfondita disamina dottrinale sulla questione, si veda: M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 141 e ss.

64 Cfr. Trib. Torino 28 febbraio 1991, cit.

Statuendo, infatti, la natura regolare del deposito⁶⁵, viene recuperata la posizione proprietaria dei clienti, con conseguente applicazione della tutela “reale”, ovvero si concedendo ai medesimi l'azione di rivendicazione fallimentare, di cui all'art. 103 della legge sul fallimento.

Tuttavia, come si è già riferito, la giurisprudenza prevalente⁶⁶, in linea con la dottrina dominante, preferisce ricostruire il negozio fiduciario, applicando allo stesso lo schema romanistico della fiducia. Più esattamente, il fiduciante, al solo scopo di dar vita ad un rapporto gestorio, cede la proprietà del bene al fiduciario, ponendo in essere un'attribuzione di natura reale a favore di quest'ultimo, che diviene pieno ed effettivo proprietario del bene.

Tale atto traslativo della proprietà avviene alla luce di un ulteriore accordo ad

65 Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031: <<L'ipotesi è specificamente regolata dall'art. 1782 c.c., il quale tuttavia precisa che il passaggio della proprietà dal depositante al depositario non costituisce una conseguenza indefettibile della fungibilità delle cose depositate, poiché tale effetto si realizza solo se al depositario è concessa (anche) la facoltà di servirsi di tali beni nel proprio interesse>>. In tale sentenza si riporta quasi testualmente la tesi di PORTALE-DOLMETTA, “*Deposito regolare di cose fungibili*”, in *Banca borsa e titoli di credito*, 994, I, p. 876, in cui l'autore Portale sostiene, appunto, che: <<Nel nostro sistema vigente il passaggio della proprietà dal depositante al depositario non è una conseguenza della mera fungibilità ma dipende dalla causa del contratto di cui si tratta. Il carattere fungibile delle cose depositate potrà incidere, casomai, sulle modalità della custodia cui è tenuto il depositario (e quindi sui termini dell'esatto adempimento cui è tenuto il depositario), ma non viene neppure a creare una presunzione di irregolarità>>.

66 V. Cass., 29 novembre 1983, n. 7152, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 30 ss.; in *Riv. notariato*, 1984, p. 643 ss., con nota di IEVA, “*Gli atti posti in essere in nome e per conto di società di capitali prima della loro iscrizione nel registro delle imprese*”; in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3127 ss.; in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 694 ss.; Cass. 21 novembre 1988, n. 6263, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2495 ss., con nota di VETTORI, <<La prova del “*pactum fiduciae*”>>; Cass., 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass., 27 marzo 1997, n. 2756, in *Riv. notariato*, 1997, p. 1265 ss.; Trib. Como, 23 febbraio 1984, in *Soc.*, 1985, p. 678 ss.; Trib. Milano, 7 marzo 1985, in *Soc.*, p. 733 ss.; Trib. Milano 9 febbraio 1980; Corte d'Appello di Milano 24 novembre 1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 486 ss.; Trib. Roma, 18 luglio 1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, p. 412 ss.; Corte d'Appello di Milano 3 luglio 1992, in *Vita notarile*, 1993, p.1484 ss.; Trib. Milano 12 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 295 ss. Infine, per una più accurata indagine giurisprudenziale, si veda lo scritto di GAMBINI, “*Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*”, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 844 ss.

effetti obbligatori, il quale non solo va a qualificare i limiti fissati al potere di amministrazione e gestione sul bene esercitato dal fiduciario, secondo le disposizioni indicate dal fiduciante nel *pactum fiduciae*, ma altresì obbliga il fiduciario al ritrasferimento del bene suddetto al fiduciante o ad un terzo.

In altri termini, si sono da tempo susseguite nel panorama giurisprudenziale numerose sentenze che fanno ricorso al modello tradizionale di fiducia romanistica anche in tema di intestazione fiduciaria di titoli azionari⁶⁷.

È stata, infatti, sostenuta, a tal ultimo riguardo, la configurazione del fenomeno dell'interposizione reale, definendo l'interposto-fiduciario quale titolare effettivo delle azioni. Tale posizione di piena proprietà è, tuttavia, correlata - come gli stessi giudici statuiscano⁶⁸ - alla sussistenza di un patto di rilevanza interna, avente natura obbligatoria, il quale impone all'interposto, da un lato, di conformare la sua attività gestoria alle disposizioni in esso contenute e stabilite dall'interponente-fiduciante, dall'altro, di ritrasferire i titoli azionari, una volta esaurita la *causa fiduciae*.

Al fine poi di rendere quanto più effettiva ed efficace la tutela apprestata al fiduciante, la Cassazione si è spinta fino ad assimilare gli obblighi previsti nel *pactum fiduciae* a quelli propri della fattispecie relativa al mandato senza rappresentanza, comportando ciò la formazione di vincoli giuridici legalmente riconducibili al fiduciario.

In altri termini, l'accordo fiduciario, sotteso all'operazione d'intestazione di titoli azionari a carico della società fiduciaria, è stato definito quale mandato senza

67 Cass. 14 ottobre 1995, n. 10768, in *Società*, 1996, p. 406 ss.; Cass. 29 novembre 1983, n. 7152 in *Vita notarile*, 1983, p. 1629 e ss; Cass. 7 agosto 1982, n. 4438, in *Mass. giur. it.*, 1982; Cass. n. 6024/1993 in *Corr. giur.*, 1988, p. 1268 ss.; Cass. n. 5663/1988, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 968 ss.

68 Cfr. Cass. 14 ottobre 1995, n. 10768, cit.

rappresentanza, con conseguente riconoscimento in capo al mandatario della proprietà del titolo, nonché con l'obbligo di quest'ultimo non solo alla rendicontazione del suo operato, ma anche al ritrasferimento del bene nei confronti del mandante-fiduciante⁶⁹.

Tuttavia, in ambito di società di investimento ed, in generale, di intermediazione finanziaria, l'orientamento prevalente soprattutto in giurisprudenza ancora la tutela degli investitori e il loro diritto alle restituzioni dei titoli azionari a regole⁷⁰ operative proprie del settore, che realizzano una separazione tra patrimonio della società fiduciaria e patrimonio dei clienti⁷¹.

Non è un caso che la *ratio* di tali norme precettive si radichi nella più autentica istanza, specificatamente avvertita dal *Conditor legum*, di salvaguardia della posizione dei clienti-fiducianti contro la possibilità di abuso delle società di investimento. In particolare, è stato sostenuto in una pronuncia della Cassazione che, qualora in un negozio fiduciario sia parte una società fiduciaria, ai fiducianti spetta <<una tutela di carattere reale azionabile in via diretta ed immediata nei

69 In dottrina si veda MARCHETTI, "Mandato e intestazione fiduciaria in materia immobiliare", in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 5, p. 252.

70 Si veda il r.d.l. 16 dicembre 1926, n. 2241, che prevedeva la sola qualificazione delle società fiduciarie quali <<società o enti il cui scopo sia quello di esercitare imprese di gestione e di amministrazione>> (art. 1); la legge fondamentale 23 novembre 1939, n. 1966, che definisce le società fiduciarie come <<quelle che, comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei per conto dei terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni>> (art. 1); la legge 2 gennaio 1991, n. 1, che stabilisce che <<è ammessa la diversa ipotesi di gestione di valori mobiliari in nome delle società fiduciarie e per conto terzi, ove le dette società siano iscritte in apposito elenco dell'albo delle s.i.m., istituito presso la Consob>> (art. 17); il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il cui art. 21 dispone una vera e propria assimilazione tra società fiduciarie e s.i.m. In dottrina sul punto, si consideri A. GENTILI, "Società fiduciarie e negozio fiduciario", Milano, 1978. Per un'attenta disamina sulla legislazione speciale, si veda L. SANTORO, "Il negozio fiduciario", Torino, 2002, p. 167 e ss.

71 D'ALESSANDRO, "Dissesto di intermediario mobiliare e tutela dei clienti", in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 481 e ss.; A.M. PARADISO, "Intermediazione e separazione dei patrimoni", in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, p. 42 e ss.

confronti di ogni consociato>>⁷².

In linea di principio si può, dunque, affermare che la propensione dell'orientamento prevalente⁷³, ma non univoco⁷⁴, in materia di amministrazione e di gestione dei beni per conto terzi – ovverosia ricollegabile all'attività esercitata in forma professionale e d'impresa dalle società fiduciarie -, si pone sulla scia della più rispondente formula relativa allo schema della fiducia germanistica.

Ciò soprattutto alla luce della logica sottesa al dato normativo, relativo al principio di separazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, sancito all'art. 22 T.U.F., il quale, appunto, in materia di servizi di intermediazione finanziaria, consente un'effettiva tutela dell'investitore, legittimando una deroga al regime della responsabilità patrimoniale, ex art. 2740 del codice civile.

È d'uopo registrare anche un'ulteriore e singolare sentenza della giurisprudenza di legittimità che evidenzia una scelta interpretativa alquanto discutibile, atteso il

72 Cass. 21 maggio 1999, n. 4943 in *Fallimento*, 2000, p. 421, con nota di F. DI MAIO, “La legittimazione attiva dei commissari liquidatori”.

73 Cass., sez. un., 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2325; Cass. 23 settembre 1997, n. 9355, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 1776; Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Foro it.*, 1998, I, p. 851 e ss; Cass. 23 giugno 1998, n. 6246, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2778; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 127, in *Foro amm.*, 1999, p. 383; Cass. 21 maggio 1999, n. 4943, in *Soc.*, 1999, p. 1330. Di contrario avviso, Corte d'Appello di Milano, 3 luglio 1992, in *Soc.*, 1992, p. 1539; Trib. Como, 23 febbraio 1994, in *Soc.*, 1994, p. 678.

74 In altre sentenze, anche recenti, della Cassazione, si riscontra, infatti, un ritorno al tradizionale modello romanistico della fiducia, in forza del quale si è statuito che l'intestazione fiduciaria di titoli mobiliari integra un fenomeno di interposizione reale, mediante il quale l'interposto acquista la proprietà effettiva del titolo. Tuttavia, sulla base del *pactum fiduciae*, patto interno e di natura obbligatoria che lega tra loro l'interponente e l'interposto, quest'ultimo è tenuto a retrocedere i titoli al fiduciante, in caso si realizzi o venga meno la *causa fiduciae*, sottesa all'intera operazione negoziale. Cfr. Cass. 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1041, con nota di MARICONDA; Cass. 27 luglio 2004, n. 14094, ove si afferma, sempre in tema di negozio fiduciario tra cliente e società fiduciaria, che <<ogni successivo incremento del capitale sociale, fiduciariamente intestato per la metà al fiduciario, non può che giovare al fiduciante, secondo le regole proprie del mandato senza rappresentanza>>. Si veda, altresì, Cass. 9 maggio 2011, n. 10163.

carattere ibrido della soluzione adottata⁷⁵. Nel caso di specie, il Supremo Consesso procede con l'applicare corollari e principi dell'uno e dell'altro paradigma di fiducia (romanistica e germanistica), al fine di risolvere delle importanti questioni derivanti da un negozio fiduciario, posto in essere da un padre il quale, sulla base di un accordo trilatero a rilevanza interna stipulato con le sue due figlie, conferisce alle stesse la comproprietà di un numero di azioni pari all'incirca la metà del capitale di una società.

Al rapporto fiduciario affianca inoltre un accordo simulatorio, in cui dispone che la titolarità delle azioni sia attribuita ad una sola delle sorelle, per motivi di opportunità. La vicenda diviene complessa in punto di diritto, allorquando la sorella fittiziamente interposta reclama l'acquisizione in proprio di tutte quelle azioni acquistate con successivi aumenti di capitale deliberati dalla società, sulla base del fatto che le azioni venivano gestite esclusivamente dalla sua persona.

Il Supremo Collegio chiamato a decidere sulla controversia riconosce, in primo luogo, che <<l'accordo trilatero, che realizza l'interposizione fittizia, è fonte di un rapporto fiduciario, che si pone come necessaria derivazione dell'originario accordo simulatorio>>; in secondo luogo, stabilisce che <<anche nell'ipotesi di fiducia romanistica il fiduciario è comunque un mandatario senza rappresentanza del fiduciante, che agisce, nell'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione societaria, in nome proprio ma per conto del fiduciante>>⁷⁶.

75 Si tratta di Cass. 23 giugno 1998, n. 6246, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2778.

76 Cfr. Cass. 23 giugno 1998, n. 6246, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2778, in cui, altresì, si afferma che: <<Com'è noto, in tema di intestazione fiduciaria di titoli azionari, possono individuarsi, in dottrina ed in giurisprudenza, due diverse posizioni, derivanti dalla distinzione tra fiducia di tipo "romanistico" e fiducia di tipo "germanistico": la prima teoria comporta l'effettiva titolarità della partecipazione azionaria in capo al fiduciario, con instaurazione di un rapporto obbligatorio tra questi ed il fiduciante, inquadrabile sotto il profilo del mandato senza rappresentanza; la seconda tesi scinde invece tra titolarità e legittimazione, riconoscendo la prima al fiduciante ed al fiduciario soltanto l'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione

Siffatta alternanza di soluzioni giurisprudenziali evidenzia la relatività dell'adozione di determinate formule giuridiche, le quali acquistano un significato effettivo solo in ragione degli obiettivi di tutela da perseguire, in termini appunto di giustizia sostanziale, sottesi ad ogni operazione fiduciaria.

5. L'operatività della storica distinzione tra “fiducia romanistica” e “fiducia germanistica”.

Le esposte considerazioni valgono ad evidenziare l'utilità pratica dell'indagine proposta, il cui fine non può che tener presente una opportuna ricostruzione dei connotati essenziali della fiducia (*alias* dei negozi fiduciari), per saggiarne la necessaria presenza in spazi di operatività che l'odierna società attribuisce loro. Giova, pertanto, rilevare la fondamentale distinzione tra modello romanistico e modello germanistico della fiducia, la quale comporta una diversificazione di rimedi⁷⁷ di cui il fiduciante può servirsi contro l'abuso del fiduciario che ponga in essere atti di disposizione sul bene affidato, in violazione del *pactum fiduciae*.

Tradizionalmente, il nostro ordinamento accoglie la figura del negozio fiduciario di matrice romanistica, che si contrappone alla correlativa figura di stampo germanistico. Infatti, il primo modello si caratterizza per un effettivo trasferimento della proprietà, comportando, nella sua accezione dinamica, un

societaria>>.

77 A. GENTILI, “La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)”, in “La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario”, Atti del convegno, Bergamo, 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, p. 88; M. BIANCA, “La fiducia attributiva”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 3. Si veda anche, per una disamina più approfondita, il paragrafo 8.1 del presente capitolo.

definitivo mutamento soggettivo⁷⁸ rispetto alla titolarità del bene. Tuttavia il collegamento tra tale negozio traslativo e il patto obbligatorio (definito, appunto, *pactum fiduciae*) impegna il fiduciario ad usare il diritto trasferitogli, secondo le direttive stabilite dal fiduciante⁷⁹.

Al modello della fiducia romanistica si riconduce, altresì, la distinzione tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*⁸⁰, le quali si differenziano, invece, da un particolare tipo di fiducia dal carattere gestorio che è la *fiducie-liberalité*⁸¹. È opportuno precisare, a tal riguardo, che le tre tipologie si contraddistinguono per lo scopo perseguito dalle parti.

Infatti, mentre con la *fiducia cum amico* l'interesse che s'intende soddisfare è esclusivamente quello del fiduciante, atteso che il trasferimento della proprietà avviene per realizzare un fine diverso da quello traslativo, per cui tale effetto si rivela solo meramente strumentale all'effettivo assetto d'interessi diviso dai contraenti, caratterizzato da un successivo ritrasferimento del bene al disponente o

78 Cfr. Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in Giust. civ., 2004, I, p. 1591, in cui si statuisce che: «< In caso d'inadempimento del fiduciario che non effettui il ritrasferimento in capo al fiduciante non può emettersi una sentenza dichiarativa del diritto di proprietà del fiduciante, essendo necessaria una sentenza costitutiva di tale diritto da pronunciarsi o con statuizione specificamente esecutiva, ai sensi dell'art. 2932 c.c., dell'obbligo di ritrasferire, o con statuizione di condanna all'adempimento di tale obbligazione>>».

79 A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 43. S. MAZZAMUTO, “*La Fiducia*”, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, 2, Giuffrè, 2007, p. 610, in cui si osserva: «<La fiducia romanistica assume la struttura dualista del collegamento tra un negozio traslativo di diritti e un patto obbligatorio che impegna l'avente causa ad usare le facoltà trasmesse solo in modo conforme agli interessi dell'alienante>>».

80 S. MAZZAMUTO, “*La Fiducia*”, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, 2, Giuffrè, 2007, p. 608.

81 A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 40.

al terzo⁸².

Invece, nella *fiducia cum creditore*, lo scopo da realizzare riguarda l'interesse del fiduciario, in quanto il trasferimento della proprietà sul bene avviene da parte del fiduciante, al fine di consentire al fiduciario di soddisfare la sua pretesa creditoria in caso di mancato pagamento del debito. In altri termini, con tale meccanismo, si realizza a favore del fiduciario il trasferimento del bene, ma l'effetto traslativo presenta come scopo la garanzia di un credito contratto dal fiduciante, il quale a sua volta ottiene un prestito dal fiduciario, con l'impegno però di quest'ultimo a ritrasferire il bene in capo al disponente qualora venga adempiuta l'obbligazione.

Accanto a queste figure di fiducia, si individua la fiducia liberalità che, come già riferito, si sostanzia per lo più in un'attività gestoria, come ad esempio accade nella fiducia testamentaria, disciplinata all'art. 627 del codice civile⁸³.

Alla fiducia dinamica si contrappone, poi, il modello della fiducia statica, consistente nell'assenza dell'effetto traslativo, giustificata dalla circostanza che in capo al fiduciario è già presente una situazione di titolarità sul bene, che però lo stesso si obbliga a modificare sulla base delle disposizioni contenute nel *pactum fiduciae*, determinando ciò un impegno del fiduciario ad utilizzare il proprio potere dispositivo solo in maniera conforme a fini individuati⁸⁴.

82 Si pensi, ad esempio, al caso in cui il fiduciante trasferisca il bene al fiduciario, al fine di sottrarlo ai rischi di un'eventuale azione di garanzia che potrebbe essere posta in essere da un suo personale creditore.

83 A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 41; S. MAZZAMUTO, “*La Fiducia*”, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, 2, Giuffrè, 2007, p. 609.

84 A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 59. S. MAZZAMUTO, “*La Fiducia*”, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, 2, Giuffrè, 2007, p. 611, il quale osserva che solamente la fiducia dinamica,

Un tipo di fiducia statica è la c.d. fiducia germanistica⁸⁵, la quale consiste in una sorta di sdoppiamento tra titolarità e legittimazione, il cui “germe” è rintracciabile, nel nostro ordinamento, soprattutto in quei principi che sorreggono la circolazione dei titoli di credito, o meglio, come attenta dottrina sostiene, in quelle “operazioni *lato sensu* fiduciarie relative a titoli di credito”⁸⁶.

Tuttavia, essa è riconosciuta in maniera esplicita nel nostro sistema civilistico, anche se solo in via d'eccezione, nel campo della gestione patrimoniale prettamente riconducibile alle attività di intermediazione finanziaria, in cui il potere attribuito agli istituti bancari o alle strutture d'intermediazione è già in origine delimitato entro i limiti dello scopo prefissato.

Tant'è che si distingue, nell'ambito della fiducia legale, tra amministrazione statica e amministrazione dinamica delle società fiduciarie. In particolare, la prima tipologia di attività si realizza allorché la società fiduciaria, pur non avendo margini di discrezionalità nella gestione dei diritti sui titoli ad essa affidati, ne esercita *uti dominus* l'amministrazione, alla luce delle specifiche istruzioni impartite dal fiduciante. Si configura, invece, il modello dell'amministrazione dinamica laddove la società fiduciaria possa modificare, sulla base di un'ampia

rispetto alla fiducia statica, possa caratterizzarsi come “vera” fiducia, data la circostanza della diversa provenienza dei beni affidati.

85 A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 48. Si considerino, per esempio, nel nostro ordinamento, le fattispecie delle società fiduciarie e dell'intestazione fiduciaria di azioni.

86 A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 50-51, in cui l'A. osserva: <<...sfruttando la legge della circolazione del credito incorporato nella *chartula*, l'astrattezza della circolazione, purché siano rispettate le forme richieste per ciascun tipo di titolo di credito, non è violazione, ma regola della circolazione. Essa, inoltre, lascia intatta la titolarità, o proprietà sostanziale, del fiduciante>>.

discrezionalità ad essa riconosciuta, il portafoglio di investimento fiduciariamente attribuite, attraverso la disposizione di vere e proprie operazioni di alienazione e cessione dei titoli, realizzando in tal modo una effettiva gestione patrimoniale.

Tuttavia, prima di rendere palese l'intuizione giuridica che guida la mano di chi scrive, risulta opportuno accennare al profilo problematico del limite esterno dei principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali, ma solo in quanto rilevanti *sub specie* di protezione patrimoniale.

Infatti, da tali precisazioni di ordine sistematico, scaturenti dalla differente struttura dei modelli indicati, emerge lo storico e dibattuto problema della “proprietà fiduciaria”, figura tradizionalmente legata alla tematica del negozio fiduciario, soprattutto laddove si tenga conto dell'esistenza, nel nostro ordinamento, del principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

Ferma restando, in ogni caso, che la prospettiva, che in tale lavoro dottorale si intende ricostruire ed evidenziare, è data dalla funzionalizzazione del diritto soggettivo⁸⁷, sotteso all'assetto contrattuale perseguito dalle parti e, dunque, dalla prospettiva rimediale che risolverebbe *in nuce* i problemi della contrattazione fiduciaria – perché di contratto si tratta! -, non si vogliono affatto tacere le criticità sollevate dalla dottrina con riguardo al dato strutturale relativo alla situazione giuridica soggettiva propria dell'attribuzione del bene in termini di proprietà⁸⁸.

In particolare, la dogmatica si è da sempre cimentata nel tentativo di risolvere il problema della qualificazione da dare alla proprietà che costituisca attribuzione del titolo al fiduciario, ricorrendo alla generale nozione di proprietà fiduciaria, alla quale sono state assegnate differenti accezioni.

87 A. GENTILI, “La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2013, cit., p. 35.

88 A tal proposito si veda anche il paragrafo 8.1 del presente capitolo.

Si è parlato di proprietà fiduciaria del tutto conforme al contenuto del diritto reale, ma connotata da una peculiare destinazione, per cui essa, in quanto destinata ad uno scopo ulteriore, costituirebbe un'eccezione rispetto al principio di astrazione e, dunque, in tal senso una proprietà speciale, in quanto si rilevarebbe in capo al fiduciario una titolarità transitoria e condizionata, i cui limiti non inciderebbero assolutamente sul contenuto del diritto, ma solo sul modo di atteggiarsi dello stesso⁸⁹.

Altri⁹⁰, invece, hanno qualificato la proprietà fiduciaria come un'ipotesi di titolarità nell'interesse altrui, cioè la proprietà viene acquistata e mantenuta al fine di essere gestita per conto altrui, non costituendo ciò un nuovo diritto reale, ma <<lo specifico statuto del proprietario fiduciario>>⁹¹.

Si registrano, inoltre, anche le ulteriori e più estreme opinioni sostenute comunque da autorevoli giuristi, i quali hanno definito la proprietà fiduciaria, talora, in termini di proprietà temporanea, in forza della quale il fiduciario diviene sì titolare effettivo del bene, ma *ad tempus*, costituendo ciò un diritto reale distinto ed autonomo⁹², talaltra, facendo riferimento al concetto, alquanto artificioso, della

89 S. PUGLIATTI, "Fiducia e rappresentanza indiretta", in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 253 e ss., in cui l'A. definisce la proprietà fiduciaria come <<alienazione a destinazione ulteriore>>; U. NATOLI, "La proprietà. Appunti delle lezioni", Milano, 1965, p. 150 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, "Diritto civile 2", Torino, 1988, p. 177.

90 M. GRAZIADEI, "I diritti nell'interesse altrui", Trento, 1995; ID., "Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario", in *Quadrimestre*, 1990; A. GAMBARO, "Il diritto di proprietà", vol. 1, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 251; F. GALGANO, "Della simulazione", in *Commentario Scialoja-Branca (Artt. 1414-1446)*, Bologna-Roma, 1998, sub artt. 1414, p. 30.

91 M. LUPOI, "Trust", Milano, 1997, p. 255.

92 M. ALLARA, "La proprietà temporanea", in *Il Circolo giuridico*, 1930, II, in cui l'A. ritiene che la proprietà temporanea sia una <<proprietà accompagnata da una limitazione di tempo aggiunta, predeterminata e inerente al diritto>>; SALV. ROMANO, "L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza", in *Scritti in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 71; L. SANTORO, "Trust e fiducia", in *Contratto e impresa*, 1995, p. 980.

proprietà-funzione, che implica l'utilizzo della categoria - residuale nel diritto civile - dell'interesse legittimo, in cui al fiduciario, in quanto proprietario, è riconosciuta una potestà, mentre al fiduciante, titolare dell'interesse, è attribuito appunto un interesse legittimo⁹³.

Si è, altresì, parlato in dottrina di proprietà conformata⁹⁴ e di proprietà strumentale⁹⁵, nonché di proprietà relativa⁹⁶, la quale si caratterizzerebbe proprio per fatto che essa non è opponibile *erga omnes*, ma solo avverso il fiduciante.

Il problema di fondo, secondo tale teorica che tenta di dare contenuto alla funzionalizzazione del diritto del proprietario nell'interesse altrui⁹⁷, è rispondente al regime di pubblicità, operante nei due diversi sistemi giuridici (italiano e tedesco) relativo ai trasferimenti dei diritti reali.

Si registra, infatti, la peculiare circostanza che mentre, per la fiducia romanistica, i diritti reali sono opponibili *erga omnes*; invece, il diritto tedesco prevede una vera e propria dissociazione tra titolarità formale e titolarità sostanziale del bene oggetto di fiducia, in forza della quale l'attribuzione fiduciaria è conosciuta ai terzi. In particolare, la proprietà del fiduciante viene preservata rispetto alla legittimazione di poter disporre del bene da parte del fiduciario e ciò attraverso il meccanismo dell'opponibilità delle limitazioni apposte su quel determinato diritto, sia pure esso di natura reale⁹⁸. Di conseguenza, trova piena giustificazione nel

93 SATURNO, "La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato", Napoli, 1999. *Contra* e per una riflessione più generale sul tema dell'interesse legittimo nel diritto civile si veda C.M. BIANCA, "Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi", in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 689.

94 GAMBINI, "Il negozio fiduciario negli ordinamenti della giurisprudenza", in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 871.

95 U. CARNEVALI, "Lineamenti di diritto privato", (a cura di) M. BESSONE, Torino, 2000, p. 512.

96 GERNHUBER, "Die fiduziarische Treuhand", in *JuS*, 1988, p. 355.

97 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 12, nota n. 33.

98 L'ordinamento tedesco, tuttavia, prevede un'eccezione rispetto a tale regola, relativa al

sistema teutonico la possibilità per il fiduciante di esercitare una tutela reale, sulla base dell'adeguata pubblicità della riserva contenuta nel diritto stesso trasferito al fiduciario⁹⁹.

Il problema, dunque, del principio di tipicità che attiene al contenuto del diritto predeterminato dall'ordinamento e a cui nessuna volontà dei privati può derogare, si pone come ostacolo alla possibilità per le parti di poter costituire nuovi ed autonomi diritti reali, diversi da quelli non espressamente contemplati dal legislatore italiano.

Nel caso di specie, è antica l'aspirazione di introdurre nella sistematica del codice la proprietà fiduciaria, quale diritto reale tipico, al quale sia accordata una tutela “forte”, caratterizzata dal regime della pubblicità e dell'opponibilità ai terzi, in forza del meccanismo della trascrizione.

Identico discorso vale, poi, anche per il concomitante principio del *numerus clausus* proprio dei diritti reali, riferendosi lo stesso al differente profilo della fonte da cui il diritto può scaturire, essendo in tal senso preclusa ai privati la possibilità di creare diritti reali al di fuori dei casi previsti dalla legge, potendo

trasferimento della proprietà dei fondi (par. 925 c.c.). Si veda, per una disamina più approfondita, la visione critica sul punto di A. SCHULZE, “*Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*”, in *Jher. Jahrb. F. die Dogm. D. b. Rechts*, XLIII, 1901, p. 19 e ss.

99 In particolare, nell'ordinamento tedesco si sono confrontate due diverse concezioni del negozio fiduciario. La prima risale alla tesi di KLAUSING, “*Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einsschliesslich Sicherungsbereingung*”, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, 1930, voce Fid., p. 369, (riportata da L. CARIOTA-FERRARA, “*I negozi fiduciari*”, cit. p. 2), il quale ritiene che la titolarità sulla cosa rimane in capo al fiduciante, atteso che il trasferimento del diritto al fiduciario risulta essere meramente formale, tant'è che questi agisce in nome proprio, ma su un diritto altrui. La seconda teoria, riconducibile a A. SCHULZE, “*Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*”, *Jher. Jahrb. F. die Dogm. D. b. Rechts*, XLIII, 1901, p. 6 e ss., ricostruisce, invece, il negozio fiduciario di diritto germanico come <<un diritto che si acquistava condizionato risolutivamente. Veniva così reso *realmente* inefficace ogni uso contrario allo scopo, il quale provocava un ritorno del bene al fiduciante o agli eredi, anche a danno del terzo acquirente>>, così come riportato nell'opera di L. CARIOTA-FERRARA, “*I negozi fiduciari*”, cit., p. 10.

esclusivamente discendere dalle fonti individuate dall'ordinamento.

A sostegno dell'irrinunciabilità di detti principi, la dottrina più rigorosa fa riferimento a diverse argomentazioni riconducibili ai dettami dell'art. 42 della Costituzione, nonché degli artt. 832, 1322, 1372 e 2643 del codice civile. Entrando nel dettaglio, in forza dell'art. 42, secondo comma, della Costituzione si sostiene che l'eventuale creazione di un diritto reale atipico costituirebbe un vero e proprio impedimento alla libera circolazione dei beni, in quanto il bene gravato da diritti reali indubbiamente circolerebbe con maggiore difficoltà.

Da questo argomento di ordine generale, si passa ad evidenziare come il disposto dell'art. 832 c.c. ponga quale limite, al potere di godere della cosa in maniera piena ed esclusiva, gli obblighi stabiliti dall'ordinamento, per cui i privati non potrebbero introdurre limiti ulteriori e diversi da quelli fissati dalla legge. Anche l'art. 1322 c.c. sembra deporre in tal senso, atteso che è previsto il potere di dar vita a negozi atipici esclusivamente in tema contrattuale e non anche in materia di diritti reali, per i quali, dunque, dovrebbe valere la regola opposta della tipicità degli stessi.

A ciò si aggiunga che il dettato dell'art. 1372 c.c., codificando il principio di relatività del contratto, conferma l'assunto giuridico per il quale dall'assetto negoziale non possono che discendere effetti vincolanti solo tra le parti, di conseguenza, nel caso in cui si riconoscesse ai privati il potere di creare tramite contratto un diritto reale atipico, comporterebbe effetti non solo tra le parti, ma anche nei confronti dei terzi acquirenti del bene. Infine, nella ricostruzione del mosaico argomentativo, secondo cui all'autonomia privata non è concesso di creare nuovi diritti reali, si individua un ultimo tassello riconducibile alla norma disciplinante gli atti soggetti a trascrizione. Infatti, l'art. 2643 c.c. non menziona la possibilità di trascrivere un atto che contenga un diritto reale atipico.

Pertanto, la tesi prevalente in dottrina sostiene con rigidità la sussistenza del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, nonché l'impossibilità di dar vita ad un tipo di proprietà "limitata", in termini di proprietà frazionabile tra più soggetti ovvero di una sorta di pluriproprietà in capo ad uno stesso privato, per il tramite del meccanismo della separazione patrimoniale¹⁰⁰.

Attualmente, però, le tendenze dottrinali e giurisprudenziali, che si sono occupate della tematica soprattutto con riguardo al negozio fiduciario¹⁰¹, sottolineano l'esigenza di relativizzare il concetto tradizionale di proprietà assoluta, nonché di decostruire il classico binomio dato alla identificazione tra soggetto e patrimonio¹⁰².

Alcuni giuristi sono giunti perfino ad affermare la tesi dell'avvenuto superamento dei principi della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali, con conseguente riconoscimento al fiduciante di una tutela recuperatoria del bene, anche nei confronti del terzo divenuto proprietario sulla base di un'alienazione posta in essere dal fiduciario infedele ovvero nell'ipotesi di fallimento dello stesso.

Ad oggi, dunque, il panorama in ordine a tali temi non può più considerarsi cristallizzato in una sorta di unanimità di vedute del sistema, atteso che in dottrina vi è chi afferma che tali principi non rappresenterebbero altro che un antico retaggio dogmatico, soprattutto qualora si tenga presente l'evoluzione che ha investito l'istituto della proprietà negli ultimi tempi.

All'estremismo delle soluzioni proposte sia nell'uno che nell'altro senso, la presente indagine appare orientata più verso posizioni intermedie, preferendo

100 G. BROGGINI, Relazione conclusiva al Convegno su "*Trust e Fiducia*", tenutosi a Erice nei giorni 5-8 dicembre 1997, presso il Centro di cultura scientifica Ettore Majorana.

101 L. SANTORO, "*Il negozio fiduciario*", Giappichelli, Torino, 2002, p. 236.

102 G. BROGGINI, Relazione conclusiva al Convegno su "*Trust e Fiducia*", tenutosi a Erice nei giorni 5-8 dicembre 1997, presso il Centro di cultura scientifica Ettore Majorana.

ritenere che entrambi i principi di cui si discute abbiano conosciuto nel corso degli anni non un vero e proprio superamento, ma certamente un “forte adattamento” rispetto alle mutate esigenze economiche.

In altri termini, si ammette, attraverso lo strumento della contrattazione, la possibilità per i privati di derogare o modificare, senza stravolgere, il contenuto dei diritti reali, salvaguardandone cioè i connotati ed i caratteri fondamentali, al fine di tutelare le esigenze di certezza poste a fondamento del sistema nell'ambito della circolazione della ricchezza e delle logiche del legittimo affidamento.

Si pensi, a tal riguardo, non solo alla antica tematica del negozio fiduciario, ma anche ai più recenti istituti che trovano oramai cittadinanza nel vigente impianto ordinamentale, quali la multiproprietà, la cessione di cubatura, il supercondominio, i negozi di destinazione, nonché la figura del *trust*, della quale una parte sempre più cospicua della dottrina ammette anche la sua connotazione interna.

Siffatta prospettazione conferma che l'esigenza di tutela supera la rigorosa ed astratta concettualità, la quale a sua volta non può porsi come freno ad un sistema civilistico che, per essere effettivo, deve mostrarsi necessariamente aperto a forme di rivisitazione delle categorie civilistiche.

Naturalmente, la complessa evoluzione dei paradigmi concettuali non deve, di certo, contrastare l'oggettività della considerazione normativa, potendo, al contrario, dar luogo a risultanze di allineamento degli spazi riservati all'autonomia privata con le logiche immanenti all'ordinamento, in forza di un processo di armonizzazione degli interessi delle parti, i quali risultino a loro volta apprezzabili sul piano della meritevolezza. Principio quest'ultimo espressamente disciplinato

all'art. 1322 c.c. e a cui si ispira l'intera attività negoziale¹⁰³.

La strada tracciata su tale solco è oramai generalmente accolta non solo dalla giurisprudenza di legittimità, laddove si consideri che, in tema di negozio fiduciario, non si contesta la circostanza che il fiduciario divenga proprietario dei beni affidatigli, ma accanto a tale “proprietà formale”, tuttavia si riconosce al fiduciante o al terzo beneficiario una “proprietà sostanziale” su quei beni, che vanno quasi a costituire una sorta di massa patrimoniale separata rispetto a quella del fiduciario.

Detto assioma giuridico, risultando palese per quanto attiene al modello di fiducia germanistica in punto di tutele apprestate al fiduciante, non può dirsi certamente sconosciuto o non perseguito anche in tema di fiducia romanistica, dando vita la giurisprudenza a pronunce basate su soluzioni ibride.

Se, quindi, sul piano della prassi il quadro non è sempre nitido, data la non univocità di soluzioni, invece, a livello di legislazione può affermarsi che lo sforzo di passare dal tentativo di relativizzazione della proprietà al diverso valore della contrattazione degli interessi meritevoli di tutela è riconosciuto non solo dalla legge francese sulla “*fiducie*” o dalla prassi tedesca e svizzera, relativamente alla *quaestio iuris* della separazione del patrimonio del mandante in caso di fallimento del fiduciario, ma anche dalla normativa speciale italiana in materia di intermediazione finanziaria e di gestione di patrimoni azionari¹⁰⁴.

103 G. PALERMO, “*La destinazione di beni allo scopo*”, in “*Diritto civile*”, vol. II, t. II, (a cura di N. LIPARI e P. RESCIGNO, Giuffrè ed., 2009, cap. XII, p. 400, in cui l'A. ribadisce che: <<Dettando una disciplina di allineamento degli spazi e riservati all'autonomia privata, e ciò attraverso il riconoscimento di negozi aventi efficacia non soltanto obbligatoria (artt. 1173, 1987 c.c.) o traslativa (art. 1376 c.c.), ma anche destinataria, il legislatore nient'altro ha fatto, se non ampliare la sfera degli interessi perseguibili arricchendo le tecniche utili al loro soddisfacimento, sì da garantire, nell'ottica segnata dall'art. 2 Cost., il pieno sviluppo della personalità dei consociati >>.

104 Cfr. G. BROGGINI, Relazione conclusiva al Convegno su “*Trust e Fiducia*”, tenutosi a Erice

Tuttavia, la presente ricerca non si pone l'obiettivo di dare al negozio fiduciario una chiave di lettura incentrata sul superamento del dilemma del numero chiuso dei diritti reali o della tipicità degli stessi. Non si intende, cioè, tentare di risolvere lo scottante problema attraverso una ricostruzione giuridica incentrata sul concetto di una proprietà fiduciariamente intesa, che tuteli adeguatamente il fiduciante dalla potestà di abuso del fiduciario.

Parafrasando le parole del Regelsberger, secondo il quale il negozio fiduciario si caratterizza per un “eccesso del mezzo rispetto allo scopo”¹⁰⁵, la situazione soggettiva sottesa al negozio fiduciario costituisce solo un aspetto della più ampia tematica di cui si discute, atteso che rileva, per i negozi fiduciari, la manifestazione di volontà delle parti che perseguono, attraverso la predisposizione di un assetto contrattuale, la creazione di un risultato giuridico che si riassume nello scopo pratico da conseguire, anche al di là della veste formale utilizzata per l'operazione economica posta in essere¹⁰⁶.

nei giorni 5-8 dicembre 1997, presso il Centro di cultura scientifica Ettore Majorana, in cui l'A. osserva: <<Basti pensare all'art. 19 del Decreto legislativo 23 luglio 1996 n. 415 sui servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari ed all'art. 60, comma 4, dello stesso Decreto, in ordine alla continuità delle società fiduciarie già autorizzate, al momento dell'entrata in vigore del decreto stesso. [...omissis...] Quanto al diritto svizzero, il primo pensiero va agli sforzi di interpretazione estensiva dell'art. 401 del codice delle obbligazioni oltre che a tutta la legislazione bancaria e sulle società finanziarie e fiduciarie. Il destino di questa norma è analogo a quello dell'art. 1706 c.c. Quanto poi...la fiducia francese, basta leggere la prima norma e cioè...l'art. 2062 code civil>>.

105 F. REGELSBERGER, “Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession”, *Archiv f. Civ. Prax.*, LXIII, 1890, pp. 172-173. Si veda per un'analisi critica su tale ricostruzione, la disamina di A. GENTILI, “La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 35, il quale rileva che: <<La verità ce l'aveva già detta Regelsberger: un “eccesso del mezzo sullo scopo”. Un vero trasferimento è davvero eccessivo rispetto agli scopi, e finisce per frustrali>>.

106 L. CARIOTA-FERRARA, “I negozi fiduciari”, cit., p. 3, il quale (ricordando come in tal senso si fosse espresso F. REGELSBERGER, “Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession”, in *Archiv f. Civ. Prax.*, LXIII, 1890, pp. 172-173) afferma che: <<Non raramente è voluta dalle parti nella manifestazione di una volontà di negozio giuridico la creazione del risultato

6. Il negozio fiduciario dall'epoca della Pandettistica all'attualità dei tempi odierni.

Le esigenze connesse alla formazione di una teoria del negozio fiduciario che soddisfacessero, attraverso un sistema di regole chiare e ordinate, le istanze di tutela del fiduciante nei confronti del fiduciario, furono basate, all'epoca delle Pandette, essenzialmente sull'indagine relativa alla struttura dell'atto dispositivo e del *modus acquirendi* relativo all'operazione posta in essere.

La formula del negozio fiduciario, consegnata dalla Pandettistica, poggiava le sue fondamenta, *in primis*, nella peculiare rivisitazione delle fonti del diritto romano, arricchita, in parte, anche dalle successive elaborazioni giuridiche proprie del diritto dell'Alto e dell'Intermedio Medioevo, ponendosi in quel solco storico-culturale definito del “diritto romano attuale”, caratterizzato vieppiù dalle regole consuetudinarie di stampo germanico¹⁰⁷.

Siffatto quadro giuridico di fondo, che delineava il pensiero accademico-dottrinale proprio della fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, si legava, altresì, ai dati del diritto civile tedesco¹⁰⁸, nel senso che la Pandettistica considerava, quale principale oggetto d'indagine, fattispecie provenienti dal diritto civile e commerciale, soprattutto con riguardo alla materia delle garanzie¹⁰⁹. Vennero,

giuridico, però nel presupposto che colui al quale è creata una certa facoltà giuridica impieghi la sua posizione soltanto per uno scopo determinato, non per tutti i possibili... potrei per questo fenomeno proporre la denominazione di negozio fiduciario secondo l'esempio delle fonti. Per esso è caratteristica una sproporzione tra scopo e mezzo. Per il perseguimento di uno scopo determinato si sceglie una forma giuridica che dà più di quello che è necessario per il raggiungimento di quello scopo>>.

107 A. SCHULTZE, “*Treuhänder im geltenden Recht*”, in *Jehring's Jahrbücher*, 1901, vol. 43, p. 1; K. BEYERLE, “*Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*”, Breslau, 1895; K. BEYERLE, “*Das Salmannrecht*”, 1900.

108 M. LUPOLI, “*Il contratto di affidamento fiduciario*”, Giuffrè, Milano, 2014, p. 8.

109 G. A. LEIST, “*Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien*”, Jena,

infatti, vagliate figure particolari relative, ad esempio, alla cessione del credito, fiduciariamente intesa in quanto posta in essere nell'interesse del cedente oppure del cessionario¹¹⁰; nonché, in tema di titoli di credito, alla girata, soprattutto di cambiali, ma non solo¹¹¹; ed, infine, all'intestazione di azioni di società e al pegno¹¹², tenendo conto anche dei risvolti fallimentari.

Ciò comportava che la disamina del negozio fiduciario, avallata da tale corrente giuridica, era soprattutto convogliata verso quelle ipotesi in cui non rilevasse, in maniera manifesta, l'accordo tra le parti attinente al trasferimento del diritto tra fiduciante e fiduciario, trattandosi, ad esempio, di girata di cambiale in garanzia, come si è già riferito.

Pertanto, la *Treuhand* si fondava – e tale impostazione sopravvive fino ad oggi – principalmente su operazioni di gestione di beni. Tanto ciò è vero che il negozio fiduciario veniva configurato ed inteso come comprendente due distinti negozi: l'uno che comporta il trasferimento del diritto in capo al fiduciario, dietro consenso del fiduciante e l'altro, definito *pactum fiduciae*, sulla base del quale rileva l'assunzione di obblighi di amministrazione, destinazione e restituzione del bene-diritto da parte del fiduciario secondo le disposizioni del fiduciante¹¹³.

1889.

110 F. REGELSBERGER, “Zwei Beiträge der fiduziarischen Geschäften”, AcP, 1890, vol. 63, p. 173; W. DIETENBERG, “Fiduziarische Zession und Einziehungsermächtigung”, Stettin, 1923; G. VOSS, “Die fiduziarische Abtretung von Eigentümerbriefgrundschulde”, Bonn, 1948; H. BRAUN, “Die fiduziarische Zession”, Erlangen, 1950.

111 Si veda, H. DERNBURG, “Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens”, Halle, 1902, § 172. III; O. VON GIERKE, “Deutsches Privatrecht”, II, Leipzig, 1905, p. 151; L. CARIOTA-FERRARA, “I negozi fiduciari”, *op. cit.*, nota 45, p. 16.

112 H. DERNBURG, “Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts”, Leipzig, 1860-1864, vol. II; F. REGELSBERGER, “Zwei Beiträge der fiduziarischen Geschäften”, AcP, 1890, vol. 63; F. REGELSBERGER, “Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte”, Erlangen, 1859.

113 M. LUPOI, “Il contratto di affidamento fiduciario”, Giuffrè, Milano, 2014, p. 6.

L'effetto obbligatorio veniva - e viene- avvertito come necessario, atteso che il trasferimento dava luogo ad una posizione soggettiva del fiduciario eccedente rispetto a quella sufficiente per l'uso o per la destinazione del bene¹¹⁴, generando quell'attrito tra il *dürfen* e il *können*, che la Pandettistica ha sviluppato e ha consegnato alle stagioni giuridiche successive¹¹⁵.

In Italia, l'impostazione sistematica del negozio fiduciario, frutto della scuola storica tedesca di fine Ottocento che segnatamente prediligeva una metodologia dogmatica sul punto, subì un processo di esasperazione in ordine ad una vera e propria operazione di cristallizzazione dell'aspetto strutturale, il quale divenne un dato generalizzato e incontrovertibile.

Tant'è che ogni tentativo di frammentazione¹¹⁶ dell'unitaria nozione di negozio fiduciario, alla luce degli eterogenei dati empirici che lo caratterizzavano (e lo caratterizzano tutt'ora), veniva tacciato di lesa maestà. Un diffuso giudizio di disvalore, dunque, investì la figura in questione, attesa la scarsa propensione della stessa a ridurre, in modo univoco, i differenti approcci argomentativi, sottesi alle numerose problematiche di cui essa era portatrice.

Non è un caso che la speculazione accademica si attestò su posizioni oscillanti, relative a questioni comunque importanti per spiegare la valenza e la portata dello schema negoziale fiduciario. Gli studiosi ripresero e svilupparono temi oramai divenuti classici sul punto, ma indagarono anche prospettive per risolvere il *rebus* della fiducia.

114 F. GOLTZ, *“Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs- Rechtes”*, Marburg, 1901.

115 M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 6.

116 N. LIPARI, *“Il negozio fiduciario”*, Milano, Giuffrè, 1964; N. LIPARI, *“Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (spunti per una teoria del rapporto giuridico)”*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, II, Padova, 1970, p. 37; VASSALLI, *“Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario”*, Milano, 1974, p. 259 e ss.; V. M. TRIMARCHI, *“Negozio fiduciario”*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 32.

Il panorama dottrinale, dunque, presentava un particolare fermento, essendo dominato da dibattiti incentrati sulla distinzione fra negozi simulati¹¹⁷ e negozi fiduciari, nonché sull'ubicazione di quest'ultimi tra i negozi indiretti¹¹⁸.

Ma soprattutto apparve interessante l'impostazione dicotomica, relativa alla natura da assegnare al fenomeno fiduciario. Da un lato, si registrava l'opzione dottrinale¹¹⁹ che ricostruiva il rapporto fiduciario in chiave contrattuale, attesa la distinzione tra tipicità dei diritti reali e tipicità dei contratti ad effetti reali¹²⁰, sulla base della sussistenza di una *causa fiduciae*, la quale rendeva unitario l'elemento causale rispetto ai diversi paradigmi strutturali, a cui si confaceva l'operazione fiduciariamente intesa¹²¹. Dall'altro, parte della dottrina¹²² si attestava su posizioni che prediligevano la tematica dei diritti reali, sostenendo la centralità della situazione soggettiva sottesa al fenomeno della fiducia, che caratterizza la titolarità piena del diritto dominicale del fiduciario.

Ancora negli anni Settanta e fino ai giorni nostri, tali tematiche sono state riprese da illustri studiosi¹²³, impostando la riflessione accademica non solo e non tanto sull'elemento strutturale, quanto piuttosto sulla concomitante problematica della

117 TAMBURRINO, "Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione", in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, I, p. 185; nonché in tempi successivi, A. GENTILI, "Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio", Napoli, Jovene, 1982.

118 GRAZIANI, "Negozi indiretti e negozi fiduciari", in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 414.

119 C. GRASSETTI, "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento", in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345.

120 M. LUPOI, "Il contratto di affidamento fiduciario", Giuffrè, Milano, 2014, p. 8.

121 N. LIPARI, "Il negozio fiduciario", Milano, Giuffrè, 1964, pp. 266 e seguenti.

122 S. PUGLIATTI, "Fiducia e rappresentanza indiretta", in *Riv. it. sc. Giur.*, 1948, p. 182, trasfusa poi in "Diritto civile. Metodo- Teoria- Pratica. Saggi", Milano, 1951; G. SEGRÈ, "Sul trasferimento di merci a scopo di garanzia", in *Ann. dir. comp. st. leg.*, II-III, 1929, p. 832.

123 Tale problematica è stata ripresa (rispetto alla dottrina civilistica classica propria degli studi di Giuseppe Messina, di Salvatore Pugliatti, di Luigi Cariota Ferrara, di Cesare Grassetti) in tempi più recenti da Nicola Lipari, da Aurelio Gentili, da Mirzia Bianca e da Gianfranco Palermo.

potestà di abuso da parte del fiduciario-proprietario.

Tuttavia, nessuna soluzione appare attualmente risolutiva della *quaestio iuris*, anche se in materia possono comunque registrarsi ricostruzioni sistematiche di pregiato valore. Si pensi, ad esempio, all'evolutive concezione del rapporto tra negozio fiduciario e negozio simulato in termini di identità¹²⁴, al fine di prestare una concreta tutela in caso di abuso della fiducia; oppure al diverso atteggiarsi del profilo causale¹²⁵; nonché alle variegate impostazioni sulla posizione del fiduciario ora visto come soggetto in capo al quale sia riconosciuta una titolarità formale, ora come contraente investito di una proprietà temporanea, definita appunto "proprietà fiduciaria", ora come titolare di una proprietà funzionale nell'interesse altrui, in termini di fiducia attributiva¹²⁶.

Dunque, il negozio fiduciario, non assumendo a tutt'oggi la portata di una figura normativa, non è mai diventato un contratto tipico, anche se la dottrina e la prassi nazionale, insieme all'attuale rilevanza dei fenomeni fiduciari negli ordinamenti sovranazionali, si sono spese molto al fine di introdurre un modello di contratto tipico fiduciario.

In particolare, si pensi al disegno di legge comunitaria del 2010, rubricato, appunto, "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee", che doveva costituire il veicolo mediante il

124 A. GENTILI, "Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio", Napoli, Jovene, 1982.

125 Si veda, a tal riguardo e per una ricognizione veloce e sintetica relativa all'evoluzione del profilo causale, M. LUPOI, "Il contratto di affidamento fiduciario", Giuffrè, Milano, 2014, p. 9, più esattamente: << [...] il negozio di trasferimento da fiduciante a fiduciario quale negozio astratto con annesso un patto (il *pactum fiduciae*), l'astrazione parziale, se non l'astrattezza, della causa, la possibilità di tipizzare diverse fattispecie negoziali, ciascuna retta da una propria causa, il negozio causale attributivo con un patto fiduciario correttivo, i negozi collegati o il negozio indiretto o il negozio con propria causa (la *causa fiduciae*)...>>.

126 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 42.

quale introdurre nell'ordinamento interno il “contratto di fiducia”¹²⁷. Infatti, sulla base delle istanze provenienti da diversi settori dell'economia, gli operatori del diritto e del mercato richiedevano a gran voce la creazione di uno strumento giuridico nazionale che potesse competere col *trust*. Nel 2011, dunque, venivano formalmente accolte le richieste mosse da tali soggetti, prefigurando, nel testo portato in prima lettura al Senato, l'adozione di uno o più decreti legislativi recanti la disciplina della fiducia, chiaramente ispirata alla “*fiducie*” francese.

Infatti, in Italia il contratto di fiducia si sarebbe configurato alla stregua di uno strumento, simile al mandato, per mezzo del quale il fiduciante avrebbe posto in essere il trasferimento di beni o diritti ovvero di somme di denaro a favore di un fiduciario, il quale <<assicurandone la separata gestione>>¹²⁸, avrebbe a sua volta perseguito uno scopo prefissato oppure avrebbe operato nell'interesse di uno o più fiduciari determinati o determinabili.

Si prevedeva, inoltre, la forma pubblica solenne o, in alternativa, la scrittura privata autenticata, a pena di nullità, affinché fossero pienamente soddisfatte le esigenze del regime dell'opponibilità, nonché della tutela creditoria.

Con riferimento, invece, alle modalità di conclusione del contratto, la legge delega prevedeva una duplice tipologia negoziale: l'una caratterizzata da un contratto consensuale, l'altra dalla stipulazione di un contratto reale.

In particolare, la regola di costituzione di un rapporto fiduciariamente inteso risultava essere quella di un contratto di fiducia che si sarebbe perfezionato con il semplice consenso delle parti. L'eccezione era, invece, rappresentata dall'unica ipotesi in cui il trasferimento avrebbe riguardato somme di denaro, per cui il perfezionamento del contratto sarebbe coinciso con la data di versamento

127 Più esattamente, al Capo IX del codice civile.

128 Relazione al disegno di legge A. S. n. 2322 - A.

dell'intero importo in un apposito deposito vincolato.

Tuttavia, il vero tratto distintivo del contratto di fiducia, contenuto nella legge delega e che sarebbe risultato in linea con la *fiducie* francese, era rintracciabile nella espressa previsione della separazione patrimoniale e della surrogazione reale. Ciò, infatti, avrebbe comportato l'esclusione, dal patrimonio del fiduciario-persona fisica, dei beni oggetto del rapporto sia in punto di comunione legale tra coniugi sia in ordine al regime successorio.

Sempre ai fini di una trasparenza delle operazioni fiduciariamente poste in essere, il legislatore delegato, inoltre, non solo faceva salve le norme in materia di antimafia, di conflitto di interessi e ogni norma a tutela dell'ordine pubblico economico, ma rimandava espressamente ad un coordinamento con le discipline relative al contratto a favore di terzo, alla cessione dei crediti futuri, al fallimento, nonché agli strumenti finanziari e tributari¹²⁹.

Infine, oltre alle finalità di mera gestione patrimoniale, la legge delega configurava anche un'altra tipologia di fiducia, quale quella diretta alla costituzione di una garanzia o alla realizzazione di una liberalità. In altri termini, fatte salve, ovviamente, le norme in materia di tutela del credito, veniva dettata una disciplina specifica per il contratto di fiducia a scopo di garanzia, quale strumento con cui si sarebbero garantiti crediti determinati o determinabili¹³⁰, nonché una peculiare disciplina del contratto di fiducia a scopo assistenziale.

La delega, posta a favore del Governo, è stata successivamente espunta¹³¹.

129 Relazione al disegno di legge A. S. n. 2322 - A.

130 Nel caso dei crediti determinabili, il testo normativo prevedeva espressamente l'indicazione di un importo massimo garantito. Cfr. Relazione al disegno di legge A. S. n. 2322 - A.

131 Si legga il testo portato al Senato cfr. "A.S. n. 2322 - A", soprattutto l'art. 12, rubricato appunto "Delega al Governo per la disciplina della fiducia". Sul tema, si veda anche S. BARTOLI, "Trust, art. 2645 ter c.c. e contratto di fiducia di cui alla decaduta norma del disegno di legge comunitaria 2010", in AA.VV., *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, a

Anche il Consiglio Nazionale del Notariato si è fatto, da ultimo, promotore di un altro disegno di legge sul contratto fiduciario¹³², ispirato anch'esso all'esperienza francese e fondato sul negozio fiduciario e sul mandato. Così operando, i relatori del progetto hanno cercato di superare la difficoltà di adattare nel nostro ordinamento lo schema del *trust*, consentendo di bypassare il dato formale della titolarità, al fine di garantire la sicurezza dell'affidamento, nonché gli interessi dei beneficiari dell'operazione negoziale¹³³.

Esso risulta l'ennesimo tentativo di politica legislativa, che mira a liberare il negozio fiduciario dalle strettoie di quel retaggio storico, che vuole rintracciare nel fenomeno fiduciario un ruolo del tutto marginale rispetto al contesto e alle istanze degli soggetti agenti nel mondo del diritto e del mercato¹³⁴.

A tutt'oggi si deve attestare come tale pensiero abbia ancora forte presa nel nostro ordinamento. Tanto ciò è vero che si impone registrare come i numerosi progetti di legge in materia hanno fallito la loro missione di introduzione di una figura tipica di contratto fiduciario, in una prospettiva essenzialmente esogena.

Il negozio fiduciario è ancora configurabile sulla base di ricostruzioni di matrice

cura di A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012, p. 48 ss.; cfr. anche D. MURITANO, “*Il contratto di fiducia nella legge delega; aspetti formali del contratto-pubblicità*”, ivi, p. 283 ss. In questi termini G. CELESTE, *Progetto di legge sul contratto fiduciario* in AA.VV. *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, *Quaderni della Fondazione del notariato*, Milano, 2013, p. 305; il testo del disegno di legge con la relazione di accompagnamento allo stesso è riportato immediatamente dopo a pagina 306.

132 Tra i progetti si annovera un ultimo che è stato elaborato in seno ad una Commissione del Consiglio Nazionale del Notariato dalla Prof.ssa Mirzia Bianca, insieme al Notaio Giancarlo Iaccarino, Alessandro De Donato e ad altri componenti.

133 In questi termini G. CELESTE, “*Progetto di legge sul contratto fiduciario*”, in “*Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*”, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, *Quaderni della Fondazione del notariato*, Milano, 2013, p. 305. Per il testo del disegno di legge, insieme alla relazione di accompagnamento, si veda pagina 306.

134 Cfr. G. IACCARINO, “*L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*”, in *Notariato*, 2014, p. 37.

dottrinale: certamente esso è conosciuto nel diritto effettivo e riconosciuto anche attraverso i diversi pronunciamenti resi dalla giurisprudenza di legittimità. Tuttavia, tale modello è rimasto caratterizzato, anche nella giurisprudenza, da quella valenza patologica, individuata più di un secolo fa dal Regelsberger come <<un modello di fiducia con carattere obbligatorio e non opponibile ai terzi acquirenti e ai terzi creditori>>¹³⁵. Si tratta di un modello debole di fiducia, la cui fragilità è stata rimarcata dalla presenza e dalla concorrenza di altri modelli di articolazione del patrimonio, che presentano una più solida struttura (si pensi, ad esempio, al *trust*).

Rispetto a questa situazione “patologica” e in assenza di uno schema legale tipico di negozio fiduciario, a cui ricondurre una disciplina completa, l'opera della dottrina contemporanea è stata fondamentale non solo a livello sistematico, ma anche, e più in generale, sul piano ordinamentale. Nella consapevolezza che il negozio fiduciario è solo una variante strutturale di un modello funzionale di destinazione di beni ad uno scopo, si è cercato nel sistema, con una scelta endogena, frammenti di disciplina di altri modelli contrattuali o di altri rimedi¹³⁶.

Tale impostazione ha segnato il passaggio da una concezione strutturale della

135 M. BIANCA, “*Relazione introduttiva*”, al Convegno “*Coordinamento dei Dottorandi di Ricerca in Diritto Privato. XXVI Incontro Nazionale*”, tenutosi a Napoli il 29-30 gennaio 2016, presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Facoltà di Giurisprudenza, Sala Villani, consultabile sul sito: www.dotpriv.it.

136 Si veda a tal riguardo, M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, in cui l'A. individua quale filo rosso per una ricostruzione omogenea della disciplina sul negozio fiduciario <<quello di superare la struttura patologica del modello romanistico di fiducia e concepire la fiducia quale modello rimediabile, individuando tutta una serie di rimedi già esistenti nel sistema (dalla disciplina del contratto di mandato, all'art. 2932 c.c., all'art. 103 della legge fallimentare)>>. Tale osservazione è il sunto che la stessa A. ha reso della sua monografia nella “*Relazione introduttiva*”, al Convegno “*Coordinamento dei Dottorandi di Ricerca in Diritto Privato. XXVI Incontro Nazionale*”, tenutosi a Napoli il 29-30 gennaio 2016, presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Facoltà di Giurisprudenza, Sala Villani, consultabile sul sito: www.dotpriv.it.

fiducia, propria della distinzione tra modello romanistico e germanistico, ad una più matura e moderna visione rimediale del negozio fiduciario, quale modello contrattuale, a cui apprestare una gamma di misure rintracciabili nei testi giuridici, che caratterizzano la legislazione vigente.

Nella medesima *ratio* culturale vanno collocati tutti quegli interventi elaborati da alcuni studiosi¹³⁷, particolarmente dediti alla materia, i quali ravvisano nel sistema nazionale la possibilità di ritenere sussistente la figura di un *trust* italiano, non classificandolo come *trust* interno - quale modello spurio con rinvio alla legge straniera - bensì quale figura già esistente nella compagine civilistica, in forza non solo dell'art. 2645 ter c.c., in materia di atto negoziale di destinazione, ma anche in altre figure presenti nel sistema.

Ciò conferma quell'esigenza fortemente sentita nell'odierna realtà giuridica di giungere alla configurazione, in chiave strettamente endogena, di un fenomeno fiduciario italiano, caratterizzato da un'effettività di tutele che vadano a coprire e a garantire la posizione dei privati coinvolti nella relativa contrattazione negoziale.

7. Il negozio fiduciario come *species* del negozio indiretto

Nel vigente ordinamento giuridico, il fenomeno della fiducia connota, come si è

137 G. PALERMO, "Sulla riconducibilità del "trust interno" alle regole civilistiche", in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 148; L. GATT, "Dal Trust al Trust. Storia di una chimera", II ed., Napoli, 2010. In tale monografia, la Gatt sostiene che il *trust* italiano non è una figura spuria con rinvio ad una legge straniera, come il *trust* interno (l'A. configura un vero e proprio "trust" di diritto interno, sulla base di regole dell'ordinamento italiano di fonte giurisprudenziale, dottrinale, nonché in forza di regole provenienti dalla prassi notarile); M. LUPOI, "Trusts", Giuffrè, Milano, 2001, in cui l'A. sostiene l'ammissibilità di un *trust* interno all'ordinamento giuridico italiano. Si considerino anche alcune pronunce giurisprudenziali di ammissibilità di *trust* interno come Trib. Bologna, 1 ottobre 2003; e Trib. Napoli, 16 giugno 2005.

detto, una peculiare tipologia di negozi giuridici, noti come negozi fiduciari, che la dottrina maggioritaria fa rientrare nella peculiare categoria dei negozi indiretti¹³⁸, non senza che però sul punto si registrino più articolati e complessi dibattiti¹³⁹.

I negozi fiduciari, dunque, alla luce di un'impostazione largamente accettata, costituiscono una *species* dei negozi indiretti, in quanto quest'ultimi si caratterizzano per la <<dissonanza>>¹⁴⁰ tra la funzione tipica del negozio posto in essere e lo scopo pratico perseguito dalle parti. In particolare, viene in rilievo il dato giuridico della configurazione di un negozio idoneo a conseguire un risultato ultroneo rispetto a quello stabilito dal legislatore per quel tipo di contratto.

Con il negozio indiretto¹⁴¹, infatti, i privati intendono ottenere un determinato effetto giuridico realizzando, però, la funzione tipica di un altro negozio. In tal modo, l'assetto d'interessi concretamente voluto dai contraenti si attua *de relato*,

138 T. ASCARELLI, “*Il negozio indiretto e le società commerciali*”, Città di Castello, 1930, pp. 11-12; L. CARIOTA-FERRARA, “*I negozi fiduciari*”, Padova, 1933, Cedam, pp. 39-40, secondo cui: <<I negozi indiretti comprendono i negozi fiduciari, i quali non costituiscono l'unico esempio di negozi indiretti. [omissis] Si può dire, quindi, che si è in presenza d'un negozio fiduciario, sempre che si ha una contrapposizione tra un rapporto reale e un rapporto obbligatorio, e un'eccedenza del mezzo sullo scopo; si ha invece negozio indiretto, in genere, tutte le volte che si presenta una semplice *dissonanza* tra il mezzo adoperato e il fine perseguito>>.

139 A. AURICCHIO, “*Negozio indiretto*”, in NDI, XI, p. 220; PUGLIESE, “*La simulazione nei negozi giuridici*”, Milano, 1938, p. 45; RUBINO, “*Il negozio giuridico indiretto*”, Milano, 1937.

140 Vedi nota 51 riguardo L. CARIOTA-FERRARA, “*I negozi fiduciari*”, Padova, 1933, Cedam, p. 40.

141 Il negozio indiretto si contraddistingue anche dalla donazione indiretta, la cui disciplina è prevista all'art. 809 del codice civile. In particolare, nella donazione indiretta le parti, pur ponendo in essere un negozio diverso dalla donazione, attuano tuttavia un risultato di liberalità. Ciò sta a significare che la donazione indiretta non si caratterizza per il perseguimento di una finalità anomala o ulteriore rispetto al modello tipico utilizzato dalle parti e legislativamente previsto, prova ne è il fatto che l'effetto giuridico voluto dai contraenti si pone in linea con lo schema contrattuale impiegato, non essendo ulteriore rispetto ad esso. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla figura giuridica della remissione del debito.

atteso che lo scopo proprio dell'intera operazione negoziale risulta essere diverso da quello che, di regola, si perseguirebbe con il corrispondente schema negoziale tipico impiegato.

È opportuno, tuttavia, chiarire che nel negozio indiretto le parti realmente vogliono gli effetti dell'atto posto in essere, anche se tali effetti risultano strumentali rispetto agli scopi ulteriori perseguiti. In altri termini, sebbene i privati si prefiggano fini ulteriori rispetto a quelli propri dell'atto impiegato, ciò non toglie che l'atto formalizzato sia realmente voluto, diversamente da quanto accade per il negozio simulato¹⁴², in cui le parti invece escludono la produzione degli effetti discendenti dall'atto formalmente stipulato.

Nonostante l'intento di realizzare per vie traverse fini propri di altro contratto, il negozio indiretto gode di piena validità nel nostro ordinamento, per il quale si prevede che il regime giuridico da applicare a tale programma contrattuale sia quello fissato per il negozio effettivamente concluso dalle parti.

Tuttavia, si può verificare l'ipotesi in cui la validità del negozio indiretto sia inficiata dalla ricorrenza di una duplice condizione, quale l'evenienza che i contraenti, con la stipulazione dell'atto, si prefiggano la realizzazione di un intento fraudolento ovvero che gli stessi perseguano motivi illeciti comuni ad entrambi¹⁴³. L'opzione sistematica prevalente, inoltre, ricostruisce la causa del negozio indiretto in termini di compatibilità tra il fine ultroneo che le parti si propongono di attuare e la causa del contratto effettivamente stipulato. E ciò in quanto l'elemento causale del modello negoziale prescelto non sarebbe affatto denaturato in forza della diversa modalità di impiego - appunto indiretta - del contratto da

142 Ciò vale non solo nel caso di simulazione assoluta, laddove cioè le parti non vogliono in realtà concludere alcun contratto, ma anche nell'ipotesi di simulazione relativa, in cui le parti intendono realizzare solo il contratto dissimulato.

143 A. TRABUCCHI, "Istituzioni di diritto civile", Padova, 1970, p. 156.

parte dei contraenti. Anzi si afferma, a tal riguardo, che comunque si realizzerebbe l'effetto tipico del contratto.

Altra impostazione ermeneutica¹⁴⁴, *a contrario*, muovendo da premesse che qualificano lo scopo ultroneo perseguito dalle parti come un mero motivo, giunge a negare la stessa rilevanza giuridica al negozio indiretto.

Il che vale a dire che l'irrilevanza del “motivo/scopo ulteriore” comporta come conseguenza che il negozio indiretto non è ricostruibile in termini di categoria dogmatica autonoma, ma esso consisterebbe in una semplice terminologia per indicare la modalità di attuazione di una operazione negoziale, caratterizzata da un fine che vada oltre quello desumibile dalla tipologia dello strumento contrattuale utilizzato dalle parti.

Tale tesi affonda le sue radici su un concetto di causa quale funzione economico-sociale: concezione oramai superata sia dalla letteratura accademica che da quella giurisprudenziale. Alla luce della suddetta teoria, infatti, la causa viene ad indicare la totalità o la sintesi degli effetti che il contratto produce. Di conseguenza gli effetti che il tipo legale prescelto sprigiona rimangono comunque gli stessi, con la sola accezione che essi sarebbero meramente strumentali rispetto al perseguimento di uno scopo ulteriore.

In sostanza, si discute se il negozio indiretto costituisca una categoria autonoma. In particolare, si sostiene che mentre per la teoria della causa quale funzione economico-individuale, il negozio indiretto non costituirebbe affatto una categoria giuridica, ma servirebbe solo ad indicare che lo stesso si configura come uno strumento per conseguire uno scopo che si pone al di là di quello scaturente dal

144 A. AURICCHIO, “*Negozio indiretto*”, in NDI, XI, p. 220; PUGLIESE, “*La simulazione nei negozi giuridici*”, Milano, 1938, p. 45; RUBINO, “*Il negozio giuridico indiretto*”, Milano, 1937.

tipo negoziale, riducendo il fine ulteriore ad un semplice motivo. Invece, alla stregua della diversa teoria della causa in concreto, viene ben messo in luce l'inaccettabilità di tali speculazioni giuridiche.

Partendo, infatti, dalla definizione di causa in concreto, quale ragione pratica dell'affare, in termini, cioè, di composizione di interessi contrapposti e in concreto perseguiti dalle parti, il fine ulteriore non può che “entrare” nella causa, incidendo sulla sua configurazione e conferendogli autonoma rilevanza.

Infatti difficilmente comprensibile appare il ragionamento secondo cui si rinvenirebbe una stessa causa tra il negozio tipico posto formalmente in essere dalle parti e la correlativa operazione negoziale che tenga conto, vieppiù, del fine indiretto. Si consideri, infatti, a mero titolo esemplificativo l'ipotesi della stipulazione tra le parti di un contratto di vendita fiduciaria, con il conseguente obbligo, cioè, di ritrasferire l'immobile. Ebbene, la causa di tale negozio risulta estranea, ossia non corrispondente alla causa della vendita, tradizionalmente intesa, quale scambio della cosa contro prezzo.

In conclusione, il contratto fiduciario, secondo parte della dottrina, risulta essere sì un particolare tipo di negozio indiretto¹⁴⁵, tuttavia esso si caratterizza per il peculiare aspetto relativo all'eccedenza del mezzo utilizzato rispetto allo scopo perseguito, in quanto i contraenti, impiegando uno schema negoziale tipico, intendono conseguire una finalità che non è, però, tipicamente riconducibile alla fisionomia legale del negozio stipulato.

145 L. CARIOTA-FERRARA, *“I negozi fiduciari”*, Padova, 1933, Cedam, p. 40, secondo cui: <<Negozi indiretti che non siano ad un tempo negozi fiduciari non sono difficili a trovarsi: si pensi ad esempio al caso in cui A per fare una donazione a B lo rende suo amministratore e lo dispensa dalla resa dei conti; qui, com'è evidente, non c'è nessun trasferimento di diritto (proprietà, credito) per uno scopo minore (garanzia, mandato), non è il mezzo che eccede il fine; ma è questo che va al di là del primo; dunque non v'è negozio fiduciario, eppure v'è negozio indiretto in quanto si fa uso di un raggio, ricorrendosi ad un mandato per attuare una donazione>>.

8. La fiducia e la simulazione.

8.1 I profili ricognitivi sulla natura del negozio fiduciario e simulato.

Dalla puntualizzazione della nozione del negozio fiduciario, in forza della quale non si poteva prescindere dall'analisi, sia pure accennata, del negozio indiretto, la presente disamina si snoda necessariamente nell'approfondimento del rapporto, definito da autorevole dottrina¹⁴⁶, “simbiotico” tra fiducia e simulazione in vista soprattutto dei rimedi applicabili in caso di inerzia del fiduciario, rispetto al *pactum fiduciae*.

Al fine, poi, di meglio introdurre la questione relativa all'elemento causale che connota il contratto fiduciario, risulta opportuno dare anche atto della contrapposizione tra siffatta ricostruzione dottrinale e la diversa opzione ermeneutica basata su una particolare nozione della fiducia cd. “attributiva”, che, *ex adverso*, muove da una differenziazione di fondo tra fiducia e simulazione¹⁴⁷.

L'assenza di una chiara tipicità normativa¹⁴⁸, dato inconfutabile del negozio

146 A. GENTILI, “*Simulazione*”, cit., p. 552.

147 E. BETTI, “*Teoria generale del negozio giuridico*”, Torino, 1955, pagg. 403-404, il quale considera il rapporto tra simulazione e fiducia caratterizzato da una diversa intensità della divergenza tra mezzi e scopi; L. CARIOTA-FERRARA, “*I negozi fiduciari*”, Padova, 1933, pag. 44, il quale sostiene che: «L'elemento distintivo tra l'una e l'altra specie di negozi è uno solo: la volontà. Essa manca nel negozio simulato, esiste nel fiduciario». Altri autori affermano che anche nella simulazione è possibile ravvisare un vizio della causa: cfr. F. CARNELUTTI, “*Sistema di diritto processuale civile*”, Padova, 1938, pag. 406; SALV. ROMANO, “*Contributo esegetico allo studio della simulazione*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pag. 35; S. PUGLIATTI, “*La simulazione negli atti unilaterali*”, in “*Diritto civile. Saggi*”, Milano, 1951, pag. 553. Infine, si veda, F. PESTALOZZA, “*Simulazione*”, in “*Enciclopedia giuridica italiana*”, v. V, II, pag.782, nota 3, nella quale l'Autore sostiene che anche nella simulazione è insita una situazione di fiducia.

148 Mancando, appunto, quella corrispondenza tra l'elemento fenomenico e la tipizzazione del negozio fiduciario in uno schema legale, discendente da una norma espressa non presente nel nostro ordinamento. Dal punto di vista positivistico, infatti, l'ordinamento italiano evoca

fiduciario, ha indotto, infatti, una parte della dottrina a ricondurre quest'ultimo nello schema della simulazione relativa, estendendone disciplina e rimedi, fino a giungere, nell'accezione più estrema, a negare autonomia al contratto fiduciario nel tentativo di riunire sotto un'unica categoria il negozio fiduciario ed il negozio simulato¹⁴⁹.

Tale orientamento, che ricostruisce il rapporto tra le due figure contrattuali in commento in termini di “identità di situazioni”¹⁵⁰, ha avuto il merito di traslare il dibattito dall'aspetto meramente strutturale al diverso profilo funzionale,

espressamente il dato fiduciario in una sola norma di matrice successoria, quale l'art. 627 c.c., con risvolti del tutto peculiari. Si veda, sull'argomento: L. CAIANI, *“I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica”*, Padova, 1950; ID., voce *Antologia (teoria generale)*, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1958; T. ASCARELLI, *“Norma giuridica e realtà sociale”*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959; G. TEDESCHI, *“L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (Riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)”*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I; E. BETTI, *“Teoria generale dell'interpretazione”*, II, Milano, 1955; ID. *“Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica”*, Milano, Giuffrè, 1949; G. BONILINI, *“Manuale di diritto ereditario e delle donazioni”*, Torino, 2000, pagg. 202 e seguenti.

149 Nella dottrina tedesca si consideri W. FUCHS, *“Die pseudonyme Rechtsgeschäft”*, in *Arch. für civil Praxis*, CXV, 1917, pagg. 84 e ss.; A. GENTILI, *“Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio”*, Napoli, Jovene, 1982, pag. 82, in cui l'Autore afferma: <<Nella simulazione infatti le parti non perseguono solo lo scopo intrinseco al contratto dissimulato, bensì quel risultato che deriva dalla combinazione di questo con le apparenze stabilite dal contratto simulato. Ma ciò si traduce in uno scopo << atipico >>, cioè in quel rimaneggiamento dello scopo normale del negozio (dissimulato o fiduciario) che deriva dall'uso << obliquo >> che se ne fa, alla stessa stregua, nell'una e nell'altra ipotesi. Cosicché anche in questa chiave [omissis] non si esce dalla coincidenza delle figure sotto la diversità dei nomi >>.

150 In senso critico si veda A. AURICCHIO, *“La simulazione nel negozio giuridico”*, Napoli, Jovene ed., 1957, p. 188; M. BIANCA, *“La fiducia attributiva”*, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 75-76. In senso conforme si veda in tema di non ammissibilità nel nostro sistema di una proprietà fiduciaria, cioè temporanea e funzionale, A. GENTILI, *“Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio”*, Napoli, Jovene, 1982, p. 317-318, afferma inoltre l'A.: <<Il vero è che in nessuna delle due prospettazioni si definiva una figura realmente diversa dalla simulazione. Nell'ipotesi opposta, come già i primi critici rilevarono <<dire che la proprietà fiduciaria “appare come una proprietà normale, non limitata” non significa che si tratti realmente di proprietà normale, neppure limitata: significa dire invece che si tratta di proprietà apparente >>.

comportando la distinzione del <<piano dell'efficacia tra le parti dell'atto simulato dal piano della rilevanza per l'ordinamento giuridico della fattispecie simulata>>¹⁵¹.

Siffatta operazione ha suffragato, legittimandola, la commistione tra fiducia e simulazione, in quanto basata sul risultato ultimo che le parti con i due differenti tipi negoziali intendono perseguire. In particolare, si è affermato, in termini funzionali, che tra negozio fiduciario e simulato non sussiste quel rapporto tra realtà e apparenza, ma entrambi si fondano sul “contrasto di regole tra il profilo attributivo e patto correttivo”¹⁵².

A tal riguardo, si è, *a contrario*, puntualizzato che la discordanza tra effetti voluti ed effetti non voluti del negozio rileva solo sotto l'aspetto funzionale e non anche sul dato strutturale¹⁵³. Contrariamente, la tesi che configura l'identità di situazioni tra fiducia e simulazione, facendo coincidere il piano rimediabile con quello della natura del diritto, oggetto del contratto, arriva ad affermare che la proprietà fiduciaria sia finta e quindi simulata, sancendo l'identità anche sul piano della struttura tra le due fattispecie, oltre che in ordine all'applicazione dei rimedi propri del contratto simulato¹⁵⁴.

Non vi è dubbio che tra i due fenomeni esista un rapporto di continuità, tuttavia, secondo l'orientamento tradizionale, i negozi fiduciari si distinguono da quelli simulati per una serie di ragioni. In primo luogo, si sostiene che propria del fenomeno fiduciario è la realtà, atteso il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario, in contrapposizione all'apparenza che, invece, connota la

151 M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 75.

152 A. GENTILI, “*Simulazione*”, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, tomo V, “*Il contratto in generale*”, a cura di M. COSTANZA, A. CHECCINI, F. ROSELLI, G. VETTORI, M. FRANZONI, A. GENTILI, Torino, Giappichelli, 2002, p. 551.

153 M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 76.

154 A. GENTILI, “*Simulazione*”, cit., p. 552.

simulazione, in ordine alla stipulazione di un contratto che le parti fingono di volere, ma che effettivamente non vogliono, data la loro controdi chiarazione¹⁵⁵.

Di conseguenza, non può che venire in rilievo anche il requisito della volontà delle parti. Si afferma, a tal riguardo, che essa costituisce l'elemento differenziale tra l'una e l'altra fattispecie contrattuale, in quanto esiste nel negozio fiduciario, mentre non vi sarebbe nel negozio simulato¹⁵⁶.

Sulla base di tale ricostruzione dottrinale, si ha quindi negozio fiduciario, laddove sussista un vincolo tra i contraenti, il cui contenuto attenga alla funzione di gestire, amministrare o regolare l'esercizio di una situazione, che produce effetti reali, in concomitanza all'ulteriore aspetto della diversità degli scopi rispetto a quelli previsti dal legislatore, per quel determinato tipo legale utilizzato dalle parti.

In ogni caso il criterio di distinzione tra contratto fiduciario e contratto simulato, relativo all'elemento volontaristico, è stato oggetto di costante dibattito nel panorama accademico. Si è parlato di vizio della causa sussistente anche nella simulazione, in termini di alterazione della stessa¹⁵⁷; nonché, di volontà non piena anche nel negozio fiduciario¹⁵⁸; e, infine, dell'immanenza pur nel fenomeno della

155 Si veda in tema di simulazione anche A. AURICCHIO, *“La simulazione nel negozio giuridico”*, Napoli, Jovene ed., 1957, p. 187, nota 32; V. ROPPO, *“Il contratto”*, II ed., nella collana *“Trattato di diritto privato”*, (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 647.

156 F. FERRARA, *“Della simulazione dei negozi giuridici”*, V ed., Roma, 1922, pagg. 56-66, il quale afferma: <<il negozio simulato è negozio finto, non reale, il negozio fiduciario è negozio voluto ed esistente>>. Così anche F. PESTALOZZA, *“La simulazione dei negozi giuridici”*, Milano, 1919, pag. 125; L. CARIOTA-FERRARA, *“I negozi fiduciari”*, Padova, 1933, pag. 43.

157 Cfr. F. CARNELUTTI, *“Sistema di diritto processuale civile”*, Padova, 1938, pag. 406; E. BETTI, *“Teoria generale dell'interpretazione”*, II, Milano, 1955, pag. 404; S. PUGLIATTI, *“La simulazione dei negozi unilaterali”*, in *“Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica, Saggi”*, Milano, 1951, pag. 553.

158 Si veda G. STOLFI, *“Teoria del negozio giuridico”*, Padova, 1947, p. 121.

simulazione di una situazione di fiducia¹⁵⁹.

Le esposte considerazioni di ordine generale valgono ad indicare un'altra chiave di lettura del fenomeno fiduciario, che tenga conto dell'aspetto ontologico e rimediale del fenomeno della fiducia. In particolare, si tratta di dare atto di quella opzione dottrinale che, ripensando la natura e gli effetti dei negozi fiduciari, si pone il dichiarato fine di non distinguerli dall'altra figura contrattuale, quale il contratto simulato¹⁶⁰.

Alla luce di tale assunto, necessaria risulta una premessa ricognitiva dei profili generali, che attengono al negozio fiduciario, data dalla fondamentale distinzione tra modello romanistico e modello germanistico di proprietà fiduciaria che costituisce l'aspetto più controverso dell'intera tematica, attesa la ricaduta pratica in termini di tutela "debole" o "forte"¹⁶¹, accordata al fiduciante, nell'ipotesi di defezione del fiduciario rispetto alle disposizioni contenute nel *pactum fiduciae*.

Come già rilevato, il primo modello, ammesso in via principale dal nostro ordinamento, si connota per la realizzazione di un effettivo trasferimento di

159 Cfr. F. PESTALOZZA, "Simulazione di negozi giuridici", in *Nuovo Dig. it.*, XII, parte I, Torino, 1940, p. 782, nota 3.

160 La distinzione rileva in A. AURICCHIO, "La simulazione nel negozio giuridico", Napoli, Jovene ed., 1957, p. 188; A. GENTILI, "Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio", Napoli, Jovene ed., 1982, p. 317 e ss.; M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 75-76; V. M. TRIMARCHI, "Negozio fiduciario", in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 33. Con riferimento, invece, alle differenze tra negozio fiduciario e negozi di fiducia, si vedano: A. CATAUDELLA, "Intuitus personae e tipo negoziale", in "Studi in onore di Santoro-Passarelli", vol. I, Napoli, 1972, p. 628; A. GALASSO, "La rilevanza della persona nei rapporti privati", Napoli, Jovene, 1974; A. LUMINOSO, "Mandato, commissione, spedizione", in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. XXXII, Milano, 1984, p. 178; L. CARIOTA-FERRARA, "I negozi fiduciari", Padova, 1933, p. 2, il quale qualifica i negozi di fiducia in quanto connotati da <<una caratteristica situazione psichica che determina uno dei soggetti ad *affidare* all'altro un proprio *interesse* economico-giuridico perché ne abbia *cura*. Tale situazione psichica, che si riverbera e si concretizza in una corrispondente situazione materiale, si riassume, pur essa, in nient'altro che in un sentimento di fiducia nutrito da una parte per l'altra, sulla cui lealtà ed onestà essa confida>>.

161 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 3.

proprietà dal fiduciante al fiduciario, il quale ne diventa il proprietario. Il secondo, invece, comporta una scissione tra intestazione formale e titolarità sostanziale del diritto, con conseguente mera legittimazione del fiduciario di amministrare, gestire o conservare il diritto non trasferito in proprietà, in quanto permanente nella sfera patrimoniale del fiduciante. Lo strumento della fiducia germanistica è stato, poi, in alcune ipotesi¹⁶², accolto e disciplinato nel nostro sistema giuridico, soprattutto attraverso il recepimento avvenuto ad opera della legislazione speciale, dando vita a veri e propri modelli gestionali.

In particolare, sotto l'angolo prospettico della situazione giuridica soggettiva della proprietà, sottesa al fenomeno di cui si discorre, il dibattito che ne scaturisce, in ordine alla differenziazione del contratto simulato in contrapposizione al negozio fiduciario, presenta delle linee di interferenza, nonché, in alcuni casi, degli equivoci di fondo.

Si registrano, infatti, impostazioni divergenti riguardo la natura da attribuire alla proprietà fiduciaria. Si muove dall'assunto che la tradizione giuridica del sistema civilistico italiano e l'orientamento prevalente della giurisprudenza si riferiscono al modello romanistico di fiducia, in quanto connotato da caratteri di certezza, nell'accezione di un effettivo trasferimento della proprietà da un soggetto all'altro (c.d. "fiducia dinamica") oppure nel caso in cui il fiduciario sia già titolare del diritto, ma si obblighi a trasferirlo al fiduciante o al terzo (c.d. fiducia statica)¹⁶³.

162 Si considerino, a mo' di esempio, le società fiduciarie disciplinate dall'art. 1 della Legge n. 1966 del 1939 e dall'art. 1 del R.D. n. 239 del 1942, nonché le società di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare, di cui agli artt. 18 e ss. D.lgs n. 58 del 1998 (Testo Unico della Finanza).

163 La giurisprudenza distingue, nell'ambito della fiducia romanistica, due sottocategorie: la fiducia statica e la fiducia dinamica. Si considerino, a tal riguardo: Cass., 21 novembre 1975, n. 3911; ma, in particolare, Cass., 18 novembre 1991, n. 11025, in cui si dispone che: «Il negozio fiduciario, sia quando venga preceduto da un atto di trasferimento del diritto del fiduciante al fiduciario (cosiddetta fiducia dinamica) sia quando non lo sia, per essere il

Tuttavia, l'accoglimento di tale schema comporta delle gravi implicazioni in termini di tutela da accordare al fiduciante, in caso di patologie che vadano ad inficiare il rapporto tra questi e il fiduciario, che si sia reso infedele al *pactum fiduciae*.

Si parla di una vera e propria inadeguatezza dei rimedi, dato che la sola tutela apprestata al fiduciante, per essere venuto meno il fiduciario - effettivo proprietario - agli accordi di ritrasferimento del bene, è di tipo risarcitorio. Ecco svelato, in materia di fiducia romanistica, l'autentico significato della tradizionale formula di tutela "debole".

Per ovviare a tali aspetti limitanti, in caso di verifica di vicende patologiche, e quindi per dotare il contratto fiduciario di una tutela "forte", come quella prevista per la fiducia germanistica o anglosassone, la dottrina ha elaborato diverse ricostruzioni in cui fare rientrare la proprietà fiduciaria, al fine di estendere gli strumenti rimediali previsti per altri schemi contrattuali affini o contigui alla figura in questione.

Si è parlato, dunque, di proprietà fiduciaria intesa quale diritto reale atipico, che però non trova cittadinanza nel nostro ordinamento, dato il principio ineludibile del *numerus clausus* dei diritti reali¹⁶⁴. Si è sostenuta la tesi di una "proprietà procedimentale"¹⁶⁵ ovvero di un assetto di interessi, diviso dalle parti, che comporti non un'attribuzione immediata ma un'attribuzione per tappe, che si realizza pienamente solo con il dispiegarsi di effetti successivi. Anche tale tesi si

fiduciario già titolare del diritto che si obblighi a trasferire all'altro contraente o al terzo (cosiddetta fiducia statica), è sempre un atto realmente dovuto, con la conseguenza che ad esso non sono estensibili le norme che prevedono l'inopponibilità del negozio simulato ai creditori del titolare apparente>>>.

164 A. FUSARO, "Il numero chiuso dei diritti reali", in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 439 e ss.

165 G. PALERMO, "Sulla riconducibilità del "trust interno" alle regole civilistiche", in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 148.

scontra, però, con il rilievo critico secondo cui al fiduciario è conferito immediatamente l'effettivo potere sulla cosa, in quanto giuridicamente divenuto titolare del bene, col trasferimento del diritto di proprietà da parte del fiduciante.

Sofisticata dottrina¹⁶⁶ ha, poi, ritenuto opportuno fare riferimento alla nozione di “proprietà apparente”, quindi finta o simulata, intesa come una costruzione per l'esterno, innestando un rapporto di identità tra fiducia e simulazione, in modo da estendere la disciplina e, di conseguenza, i rimedi previsti per il contratto simulato a quello fiduciario. E ciò sulla base della veritiera affermazione secondo cui: <<Chi attribuisce fiduciariamente il diritto non vuole assolutamente che il fiduciario ne sia investito tanto da poterlo vantare contro di lui>>¹⁶⁷.

In particolare, con il negozio simulato si produce in capo al simulato acquirente una posizione di titolarità apparente, che seguirà regole ben precise in caso di conflitto col simulato alienante, nonché relativamente agli effetti nei confronti degli aventi causa, dei terzi danneggiati, dei creditori del simulato alienante o dei creditori del simulato acquirente.

166 A. GENTILI, *“Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio”*, Napoli, Jovene ed., 1982, p. 313 e ss.; A. GENTILI, *“La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)”*, in *“La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto e regole del mercato finanziario. Atti del convegno. Bergamo, 22-23 aprile 2012”*, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, p. 84, l'Autore successivamente (a p. 88) sottolinea come: <<[...] l'equiparazione della fiducia alla simulazione, negata per due secoli, potrà sembrare eretica, ma deve ammettere che salva l'anima dell'affare>>.

167 A. GENTILI, *“Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio”*, Napoli, Jovene ed., 1982, p. 80, in cui l'A. sostiene che: << Non è questo il luogo dove possa essere indicata specificamente la natura del negozio fiduciario e, conseguentemente, la differenza che lo distingue dalla simulazione relativa [...] ma si può ben rilevare che fino a che si muove dall'idea che il negozio fiduciario sia uno schema contrattuale nel quale elementi reali e obbligatori stanno in rapporto di reciproca correzione non si supera, in realtà, la posizione logica del contratto (relativamente) simulato. L'apparenza di questo si rispecchia nell'astrattezza causale di quello, con l'identica conseguenza della radicale sterilità degli effetti; limiti necessari dell'efficacia correttiva di carattere meramente obbligatorio del *pactum fiduciae*, incapace di impedire l'abuso, trovano riscontro nell'inopponibilità ai terzi di buona fede della simulazione. Di là da qualche dettaglio minore, la dottrina tratta sotto due diversi nomi una stessa figura giuridica>>.

La disciplina della simulazione e le regole di soluzione dei conflitti, in base alla tesi esposta, potrebbero costituire, quindi, quella specifica tutela che rende più efficiente ed effettiva la figura del negozio fiduciario, inserendola nel sistema della legge¹⁶⁸.

Tuttavia, la critica che si muove a siffatta impostazione risulta essere altrettanto corretta. Essa s'incentra sul concetto di proprietà nell'interesse altrui. E più esattamente, si contesta la ricostruzione della proprietà fiduciaria, in termini di finzione o simulazione, sulla base dell'assunto che la stessa consisterebbe in una

168 A. GENTILI, *“Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio”*, Napoli, Jovene, 1982, pag. 314. Numerose sono, tuttavia, le ricostruzioni elaborate dalla dottrina con riguardo al contratto simulato, si vedano, F. FERRARA, *“Della simulazione dei negozi giuridici”*, V ed., Roma, 1922, pagg. 234 e ss., il quale, collocandosi sul terreno della tradizionale teoria volontaristica, sosteneva che il contratto simulato si caratterizza per la mancanza di volontà, in quanto la dichiarazione non corrisponde ad una volontà delle parti, affermando conseguentemente che: <<Il negozio assolutamente simulato è nullo: tolta la parvenza fallace che lo dimostrava serio, non resta più niente di lui>>. F. PESTALOZZA, *“La simulazione dei negozi giuridici”*, Milano, 1919, pag. 40, secondo cui si tratta di <<nullità relativa>>. In senso contrario: G. MESSINA, *“La simulazione assoluta”*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, pag. 393 e in *“Scritti giuridici”*, Milano, 1948, V, pag. 69, il quale, alla luce della teoria della dichiarazione, affermava la sussistenza di un contrasto tra il contratto simulato e la dichiarazione, nel senso che comunque nel contratto simulato si ravvisa una volontà delle parti a voler produrre effetti diversi rispetto a quelli dichiarati; A. AURICCHIO, *“La simulazione nel negozio giuridico”*, Napoli, Jovene ed., 1957, pag. 53 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *“Contributo alla teoria del negozio giuridico”*, Napoli, 1969, pag. 201, il quale sottolinea: << Il negozio simulato non può dirsi assolutamente nullo, come dovrebbe essere per la teoria avversaria se, a termini dell'art. 1415 c.c. “La simulazione non può essere opposta...ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti del titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda”>>. La dottrina prevalente afferma un cambiamento dottrinale di prospettiva, caratterizzato da una felice intuizione relativa all'importanza del profilo causale nella fattispecie simulatoria. In particolare, sussisterebbe un'incompatibilità tra l'intento perseguito dalle parti e la causa del contratto simulato, tant'è che essa escluderebbe la sua esecuzione, secondo SALV. ROMANO, *“Contributo esegetico alla teoria della simulazione”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, I, pagg. 46-49, oppure escluderebbe l'interesse alla produzione dell'effetto giuridico, secondo F. CARNELUTTI, *“Sistema del diritto processuale civile”*, Padova, 1938, II, pag. 488. Infine, S. PUGLIATTI, *“La simulazione dei negozi unilaterali”*, in *“Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica, Saggi”*, Milano, 1951, pagg. 543-549, il quale sostiene che proprio l'asserita incompatibilità farebbe venir meno la realtà dell'intento tipico del negozio simulato.

proprietà nell'interesse del fiduciante. Al contrario, il rilievo della destinazione della proprietà all'altrui interesse trova la sua *ratio* giustificatrice non sul piano della titolarità apparente voluta dalle parti, così come avviene nel contratto (relativamente) simulato, bensì sul diverso profilo della volontà dei contraenti, che non disconoscono l'effetto attributivo - anzi intenzionalmente lo realizzano con il negozio fiduciario - ma vincolano il fiduciario a destinare determinati effetti in capo al fiduciante o al terzo¹⁶⁹.

Da tali valutazioni emerge chiaramente l'innegabile profilo attributivo della fiducia che ha dato vita, in seguito, all'elaborazione di una nuova teoria¹⁷⁰, della c.d. fiducia attributiva, la quale presenta aspetti strutturali coincidenti con il modello di fiducia romanistico, ma si colora di una nuova prospettiva a livello funzionale, che la diversifica dal modello tradizionale. La tesi prende in considerazione l'effettivo trasferimento al fiduciario della proprietà del diritto, comportando in capo allo stesso una titolarità piena.

L'intuizione che si registra è, dunque, rappresentata dal fatto che, dal punto di vista funzionale, il riconoscimento dell'effetto attributivo nei confronti del fiduciario non s'identifica anche con una correlativa affermazione di un suo potere di abuso¹⁷¹. In altri termini, il fiduciante non rimane privo di tutela, in caso di atti posti in essere dal fiduciario in violazione al *pactum fiduciae*, atteso che il suo interesse viene salvaguardato mediante la predisposizione di un ventaglio di rimedi, che costituisce una sorta di tutela specifica della posizione del fiduciante.

Pertanto, con riguardo alla divaricazione tra il piano rimediale e quello della natura del diritto, in termini di realtà dello stesso sotteso al fenomeno fiduciario,

169 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, nota n. 22, p. 9.

170 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 8.

171 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 9.

<<la discordanza tra effetti voluti o non voluti opera sul piano della funzione, non già della struttura>>¹⁷², con la conseguenza che l'interesse del fiduciante viene perseguito esclusivamente sul piano rimediale.

8.2 La distinzione di struttura tra negozio fiduciario e simulato.

Dal punto di vista strutturale, le differenze tra i due tipi di negozi si manifestano in maniera evidente. Per contratto fiduciario s'intende quel contratto mediante il quale il fiduciante trasferisce beni o altri diritti al fiduciario, in capo al quale grava l'obbligo di custodia o di amministrazione degli stessi, sulla base di disposizioni aventi forza vincolante per tutto il tempo in cui saranno soggetti alla titolarità del fiduciario, nonché l'obbligo di ritrasferirlo successivamente al fiduciante o ad un soggetto terzo¹⁷³.

Sulla scorta di tale definizione è possibile ricavare la caratteristica principale del negozio in questione, che si connota per il dispiegarsi di effetti reali, quali il trasferimento della proprietà¹⁷⁴ che passa dal fiduciante al fiduciario e di effetti obbligatori, sostanziatesi nel *pactum fiduciae*, di ritrasferimento della proprietà dal fiduciario al fiduciante o al terzo da questi indicato.

In ogni caso, l'effettiva titolarità in capo al fiduciario, che si realizza con suddetto trasferimento del diritto, si connota per essere "strumentale" all'effetto obbligatorio, discendente dal *pactum fiduciae*, il quale corregge l'effetto reale, in modo da limitare il potere di disposizione sul bene, da parte del fiduciario,

172 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 76.

173 V. ROPPO, "Il contratto", II ed., nella collana "Trattato di diritto privato" (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 635.

174 C. M. BIANCA, "Diritto civile. 3. Il contratto", Milano, Giuffrè, 2005, p. 712.

secondo l'uso convenuto¹⁷⁵.

Il contratto simulato, invece, esprime una <<contraddizione>>¹⁷⁶, una divergenza tra realtà ed esteriorità, voluta dai contraenti, i quali, in modo consapevole, pongono in essere una situazione di <<apparenza contrattuale>>¹⁷⁷. Tale fattispecie trova la sua espressa regolamentazione negli artt. 1414-1417 del codice civile. Al riguardo, il dettato normativo contenuto nelle citate disposizioni, lungi dal fornire la nozione dell'istituto della simulazione, si preoccupa, invece, di regolare gli effetti ed il profilo probatorio del contratto in questione.

Siffatto *modus operandi* da parte del legislatore sta a dimostrare la complessità della materia della simulazione, in quanto la relativa disciplina non si limita alla sola corrispondente fattispecie contrattuale, ma viene esplicitamente estesa anche agli atti unilaterali tra vivi, destinati ad una determinata persona (art. 1414, terzo comma, c.c.).

Il riconoscimento dell'istituto *latu sensu* inteso, da parte dell'ordinamento giuridico, evidenzia, dunque, un atteggiamento di neutralità del legislatore rispetto alle modalità di perseguimento degli interessi che le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, vogliono realizzare. E ciò anche se le stesse ricorrano allo strumento della finzione, fatta salva la censura nell'ipotesi di attuazione di finalità illecite. In ogni caso, il criterio guida operante in materia di simulazione è quello della prevalenza della realtà sulla finzione.

Tuttavia, il fenomeno dell'apparenza contrattuale si atteggia in modo differente, a

175 C. M. BIANCA (con la collaborazione di) M. BIANCA, *“Istituzioni di diritto privato”*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 523; M. BESSONE (a cura di), *“Istituzioni di diritto privato”*, XIX ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 687; V. ROPPO, *“Il contratto”*, II ed., nella collana *“Trattato di diritto privato”* (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 639.

176 A. GENTILI, *“Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio”*, Napoli, Jovene, 1982, p. 324.

177 C. M. BIANCA, *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 695.

seconda che si tratti di simulazione assoluta o relativa. Con la prima, le parti pongono in essere un contratto, ma con l'intesa che esso non produca alcun effetto¹⁷⁸ tra le stesse (art. 1414, primo comma, c.c.), creando in tal modo una mera apparenza di effetti giuridici agli occhi dei terzi. Con la seconda formula, s'intende invece costituire da parte dei contraenti un vero rapporto contrattuale, anche se diverso da quello manifestato all'esterno attraverso il contratto simulato. La simulazione relativa, inoltre, può incidere sul tipo¹⁷⁹, sull'oggetto del contratto oppure sulle parti contrattuali¹⁸⁰. Si evince, dunque, che elemento comune alle due fattispecie è rappresentato dalla intenzionalità delle parti nel produrre una situazione di apparenza negoziale.

Dal punto di vista della conformazione interna, poi, la simulazione si caratterizza per la presenza dell'accordo simulatorio. Questo svela l'esatta portata del contratto simulato, bollandolo come meramente fittizio ovvero come non realmente voluto dalle parti, in luogo di un altro e diverso assetto di interessi¹⁸¹. In altri termini,

178 C. M. BIANCA, *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 696, il quale, sotto questo aspetto, aggiunge che: <<Secondo l'opinione prevalente la simulazione costituirebbe un'ipotesi di nullità. È tuttavia più appropriato parlare di inefficacia in quanto la simulazione non integra una irregolarità del contratto (violazione di norme imperative, impossibilità dell'oggetto, ecc.). La mancanza di efficacia dipende piuttosto dalla volontà delle parti: sono le parti infatti a stabilire che il contratto non deve avere effetti o deve avere effetti diversi da quelli apparenti>>.

179 Cfr. V. ROPPO, *“Il contratto”*, II ed., nella collana *“Trattato di diritto privato”* (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 652, il quale afferma in particolare che: <<La simulazione relativa può toccare il tipo (la causa tipica). Caso classico è la vendita simulata che dissimula una donazione [...] L'accordo simulatorio smentisce l'apparente causa onerosa, per affermare la causa liberale>>. Si veda anche il diverso aspetto a questi correlato, vale a dire la distinzione tra simulazione parziale in assoluta e relativa. In particolare, l'A. specifica che: <<la simulazione può investire una singola clausola del contratto: è allora simulazione parziale. E nella sua parzialità può essere assoluta (si enuncia in contratto una penale di 100 o una garanzia, e si controdiichiara che non c'è penale nè garanzia); oppure relativa (si controdiichiara che la penale è 300 e non 100, che la garanzia ha un ambito diverso da quello ostentato)>>.

180 C. M. BIANCA, *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 696.

181 C. M. BIANCA, *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 699; ROPPO, *“Il*

nell'accordo simulatorio i contraenti o stabiliscono che il contratto simulato non produca effetto e, quindi, non sia costitutivo di alcun rapporto contrattuale o determinano gli effetti realmente voluti. In quest'ultima ipotesi, propria della simulazione relativa, l'intesa risultante da apposita controscrittura¹⁸² - o da controdeklarazioni¹⁸³ - delle parti comporta, da un lato, la qualificazione del contratto simulato come puramente apparente, dall'altro, costituisce la fonte del contratto effettivamente voluto, vale a dire del contratto dissimulato¹⁸⁴. Quest'ultimo, per essere valido e, quindi, per esplicare i propri effetti, deve presentare tutti i requisiti di forma e di sostanza del contratto diverso da quello fittizio, cioè dell'accordo realmente voluto dalle parti¹⁸⁵.

L'aspetto strutturale è strettamente correlato, poi, al profilo degli effetti che il contratto fiduciario e quello simulato producono. Tanto ciò è vero che la descrizione della struttura rivela necessariamente il profilo funzionale, che i

contratto”, II ed., nella collana “*Trattato di diritto privato*” (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 652.

182 C. M. BIANCA, “*Diritto civile. 3. Il contratto*”, Milano, Giuffrè, 2005, p. 700, il quale puntualizza: <<La controscrittura è appunto il documento mediante il quale le parti manifestano o attestano il loro accordo simulatorio. La controscrittura non è elemento essenziale del fenomeno simulatorio ma è comunque importante [...] nella prova della simulazione. In quanto l'accordo simulatorio determina il reale significato della dichiarazione simulata esso dev'essere anteriore o contemporaneo a tale dichiarazione (mentre la controscrittura, ovviamente, può essere redatta in un tempo successivo)>>.

183 V. ROPPO, “*Il contratto*”, II ed., nella collana “*Trattato di diritto privato*” (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 649.

184 Sulla nozione di contratto dissimulato si veda: V. ROPPO, “*Il contratto*”, II ed., nella collana “*Trattato di diritto privato*” (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 652, il quale evidenzia come: <<Il rapporto realmente voluto si definisce contratto dissimulato (cioè mascherato, o nascosto). Esso è riconducibile sia al contratto relativamente simulato, che lo regola in tutti gli elementi non toccati dalla simulazione; sia all'accordo simulatorio, che lo regola negli elementi toccati dalla simulazione>>.

185 A tal riguardo, si tengano presenti anche le conclusioni di A. AURICCHIO, “*La simulazione nel negozio giuridico*”, Napoli, Jovene ed., 1957, p. 184, secondo cui: <<È opportuno considerare che la presenza dei requisiti di sostanza e di forma non è necessaria per la creazione dell'apparenza giuridica, ma solo per l'efficacia dell'autoregolamento dissimulato>>.

negozi perseguono e realizzano.

In particolare, nel contratto fiduciario, attraverso la manipolazione degli effetti contrattuali operata dalle parti con la predisposizione dell'autoregolamento negoziale, si attua una riduzione del contratto-mezzo impiegato, ad una quanto più possibile conformazione della volontà dei privati ai concreti interessi dagli stessi perseguiti. Emergono, in tal modo, poteri di conformazione e di orientamento che dilatano grandemente i confini dell'autonomia privata.

Gli effetti contrattuali, che dal negozio fiduciario discendono, sono reali e voluti dalle parti ed in ciò si differenziano rispetto a quelli scaturenti dal contratto simulato - in particolare nell'accezione della simulazione relativa -, in cui gli effetti sono solo apparenti o fittizi.

Mentre, dunque, il negozio fiduciario si riferisce ad un'ipotesi di interposizione reale, in cui la persona interposta, stipulando il contratto in nome proprio, diviene destinataria degli effetti del contratto, con l'intesa di ritrasmettere i diritti acquistati all'altro soggetto - detto interponente -, sulla base di un accordo interno intercorrente tra i due (è l'interposto, dunque, che risulta vera e propria parte del contratto).

Il negozio simulato, invece, concretizza il fenomeno dell'interposizione fittizia di persona, laddove il trasferimento del bene non si produca in capo al simulato acquirente, che solo fittiziamente figura come parte. Si crea, in tal modo, una sorta di sdoppiamento tra parte effettiva e parte apparente¹⁸⁶.

Tanto ciò è vero che sulla base dell'accordo simulatorio si attribuisce la qualità di parte del contratto simulato al soggetto interposto, che però presta *solo* il proprio nome, ma rimane estraneo agli effetti reali del contratto stesso¹⁸⁷.

186 C. M. BIANCA, "Diritto civile. 3. Il contratto", Milano, Giuffrè, 2005, p. 703.

187 Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8843.

In realtà, l'interposto diviene solo titolare apparente e non effettivo del diritto, in quanto, ad esempio, l'obbligo di pagare il prezzo e il correlativo diritto di trasferimento della proprietà del bene si realizzano direttamente nella sfera giuridica dell'interponente.

Tali effetti trovano la loro *ratio* giustificatrice nell'accordo simulatorio. Esso consiste in un accordo trilatero, in quanto rende necessaria la partecipazione non soltanto del soggetto interponente e di quello interposto, ma anche del terzo contraente, il quale può manifestare, contestualmente o successivamente, la propria adesione all'accordo stesso già concluso dai primi due¹⁸⁸.

Da ultimo, è interessante indagare, seppur per cenni, l'elemento causale nel contratto fiduciario, che si caratterizza per la sussistenza, da un lato, di un rapporto esterno, efficace verso i terzi, cioè che lega il fiduciario ai terzi e, dall'altro, di un rapporto interno, che intercorre tra il fiduciante ed il fiduciario, volto a correggere il risultato finale del negozio interno.

Tale duplice profilo, interno ed esterno, ha suscitato una copiosa elaborazione di teorie eterogenee, da parte della dottrina e della giurisprudenza, le cui conclusioni oscillano dal collegamento negoziale ad uno schema negoziale unitario¹⁸⁹.

Così, dalla tesi più estrema e datata che nega la sussistenza di un'autonoma causa

188 Si veda in tali termini: Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2014, n. 8957; Cass. civ., sez. II, 10 marzo 2015, n. 4738.

189 In senso critico sulla c.d. "causa fiduciaria", si veda: V. ROPPO, "Il contratto", II ed., nella collana "Trattato di diritto privato" (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 639, in quanto l'A. sostiene: <<Ma la causa non può identificarsi in una generica e autonoma <<causa fiduciaria>> (*causa fiduciae*): formula che rinvia semplicemente agli effetti del contratto (quel certo mix di effetti reali e obbligatori), senza dire nulla sulla ragione giustificativa dei corrispondenti spostamenti di ricchezza>>. Aggiunge, tuttavia, che: <<Anche la causa del contratto fiduciario va cercata fuori del meccanismo fiduciario. [...] è causa di scambio giuridico [...] è causa di garanzia [...] è causa di scambio empirico [...]: in ogni caso, dev'essere un elemento esterno ed aggiuntivo al nudo meccanismo fiduciario>>.

fiduciaria, ammettendo, invece, la ricorrenza della tipicità delle cause traslative¹⁹⁰, si è passati a considerare l'esistenza di una causa atipica¹⁹¹, la quale giustificerebbe sia il trasferimento della proprietà sia l'obbligo al ritrasferimento. Ed ancora, si è messa in evidenza la costruzione di un negozio traslativo, giustificato da un'espressa causa fiduciaria esterna¹⁹², nonché l'elaborazione della diversa impostazione sul collegamento negoziale, caratterizzato da una *causa fiduciae*¹⁹³.

In altri termini, l'articolato *iter* del profilo causale nel contratto fiduciario ha conosciuto diverse tappe, che vanno da una causa parzialmente astratta di un negozio tipico¹⁹⁴, ad una causa autonoma tipica o atipica¹⁹⁵, che diviene un mero sfondo dell'operazione contrattuale¹⁹⁶.

A ciò si aggiunga che, mentre nel modello della “fiducia romanistica”, il *pactum fiduciae* trova la sua giustificazione nell'ambito della categoria dell'interposizione reale di persona, con riferimento, invece, alla fattispecie di simulazione relativa che, come si è già avuto modo di dire, integra un'ipotesi di interposizione fittizia soggettiva, viene in rilievo un altro tipo di intesa, quale l'accordo simulatorio, al

190 G. SEGRÈ, “*Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio*”, in *Annuario di dir. comparato e di studi legisl.*, II-III, 1928-9, p. 834 e ss.

191 G. GRASSETTI, “*Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*”, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 e ss.

192 E. BETTI, “*Teoria generale del negozio giuridico*”, II ed., Torino, 1960, p. 324; F. GAZZONI, “*Manuale di diritto privato*”, Napoli, 2009, p. 983.

193 F. GALGANO, “*Diritto privato*”, Cedam, XV ed., Padova, 2012.

194 Si veda F. SANTORO-PASSARELLI, “*Dottrine generali del diritto civile*”, Napoli, 1986.

195 N. LIPARI, “*Il negozio fiduciario*”, Milano, Giuffrè, 1964, p. 95; V. M. TRIMARCHI, “*Negozio fiduciario*”, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 33.

196 Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, in cui si statuisce: <<Qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella appunto di realizzare il programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare possono essere differenti sia nel numero che nella tipologia>>.

quale partecipa anche il terzo contraente.

Il punto critico, che in tale ambito si pone all'analisi e alla valutazione del giurista, è rappresentato dal fatto che seppur i due negozi, fiduciario e simulato, costituiscono due contratti distinti tra loro, tuttavia il discrimine tra accordo simulatorio e *pactum fiduciae* non è sempre così immediato¹⁹⁷.

Infine, per quanto attiene alla veste esteriore che il negozio giuridico deve assumere, la giurisprudenza prevalente¹⁹⁸ afferma che anche al *pactum fiduciae* si applica il principio della libertà delle forme, eccezion fatta per le ipotesi di trasferimento di beni immobili o mobili registrati, per i quali si richiede che esso debba rivestire la forma scritta *ad substantiam*.

197 R. CAMPAGNOLO, “Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica”, in *Obbl. e contr.*, 4/2007.

198 Cass., 13 aprile 2001, n. 5565; Cass., 10 luglio 2000, n. 9489; e Cass., 29 maggio 1993, n. 6024.

CAPITOLO II

GLI ASPETTI CRITICI DEL RAPPORTO FIDUCIARIO

1. Il problema della determinazione dell'essenza della *causa fiduciae*. Il profilo causale nella risalente teorica del contratto tipico con scopo fiduciario, nonché nella successiva ottica dell'astrattezza e dell'*expressio causae*.

Il problema della causalità nei trasferimenti fiduciari costituisce uno dei punti più controversi della tematica, non ancora pacificamente risolto.

Tant'è che si rende necessario fare riferimento alle soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁹⁹, non essendo il legislatore mai intervenuto in materia attraverso una normativa espressa, al fine di dirimere le tradizionali criticità, sia in ordine all'ammissibilità stessa di tale negozio nell'ambito dell'ordinamento civilistico, sia per quanto attiene al suo profilo strutturale.

Tale lacuna normativa trova fonte giustificativa nella scarsa compatibilità tra le implicazioni di ordine giuridico e sistematico scaturenti dal negozio fiduciario e i principi che reggono la materia privatistica.

In particolare, ostano a tale riconoscimento espresso una serie di complesse questioni, tra le quali si annoverano, in una sorta di elenco non esaustivo, l'inammissibilità nel nostro ordinamento di un negozio astratto di trasferimento della proprietà, il principio della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali,

199 La giurisprudenza di legittimità, in numerose sentenze, ha affermato pacificamente che il negozio fiduciario costituisce una categoria di creazione puramente dottrinale e giurisprudenziale. *Ex multis*, si considerino, Cass., 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass., 29 maggio 1993, n. 6024.

l'inopponibilità del vincolo fiduciario ai terzi aventi causa e, non ultimo, il principio della non generalizzata possibilità di configurazione di ipotesi costitutive di patrimoni separati.

Lo sconcertante panorama, che fa da sfondo alla vicenda fiduciaria, ha costretto gli operatori del diritto e la stessa prassi a convogliare tutti gli sforzi ricostruttivi non solo nella direzione di una soluzione strutturale quanto più corrispondente alla conformazione del fenomeno fiduciario – guardandosi bene dal tradire la sua vera essenza -, ma anche verso una adeguata configurazione del profilo causale, che sorregga in modo appropriato il negozio fiduciario.

Numerose sono state le interpretazioni sul particolare atteggiarsi dell'elemento causale²⁰⁰ e tutte intimamente connesse sia al carattere della divergenza, intesa in termini di sproporzione, tra mezzo e scopo, sia al conseguente profilo attinente alla potestà di abuso²⁰¹.

Volendole tratteggiare in poche battute - per poi rendere più esplicite le argomentazioni giuridiche nei paragrafi che seguono - è opportuno partire dalla posizione più diffusa in dottrina e accreditata dalla giurisprudenza prevalente²⁰², che ricostruisce la fattispecie fiduciaria in termini di collegamento funzionale tra due negozi, con causa unica.

Ad essa si contrappone un panorama dalle tonalità variegate. Secondo un'interpretazione dottrinale oramai risalente nel tempo²⁰³, il negozio fiduciario

200 F. GAZZONI, *“Manuale di diritto privato”*, Napoli, 2002, p. 806.

201 A. GENTILI, *“Società fiduciarie e negozio fiduciario”*, Milano, 1978, p. 72 e ss.; N. LIPARI, *“Il negozio fiduciario”*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 100; C. GRASSETTI, *“Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico”*, in Riv. dir. comm., 1936, I, p. 355.

202 Cfr. Cass., 29 maggio 1993, n. 6024, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2495; Cass., 3 aprile 1980, n. 2159; Cass., 18 maggio 2000, n. 6451; Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1591; Cass., 6 maggio 2005, n. 9402; Cass., 6 aprile 2006, n. 8098.

203 L. CARIOTA-FERRARA, *“I negozi fiduciari”*, Padova, 1933; R. NITTI, *“Negozio*

non può essere qualificato come contratto atipico, in forza della circostanza che l'ordinamento giuridico non ammette negozi astratti mediante i quali si possa operare qualsivoglia trasferimento di diritti.

Si afferma, in particolare, che al fine di porre efficacemente in essere un atto traslativo, è necessaria la copertura di una causa traslativa tipica, per non incorrere nella sanzione della nullità.

La *causa fiduciae*, non essendo stata tipizzata dal legislatore, non è, dunque, idonea a produrre un legittimo ed efficace trasferimento della proprietà. Secondo tale impostazione sistematica, l'unico meccanismo, per rendere operativa la fattispecie fiduciaria, risultava essere solo quello basato sull'utilizzo di schemi legali tipici, quali vendita o donazione, caratterizzati da una causa traslativa tipica, qualificati tuttavia dall'intento fiduciario, evidenziato attraverso l'aggiunta del *pactum fiduciae*²⁰⁴.

La critica a siffatta elaborazione teoretica è presto a dirsi, dato che “come un cane che si morde la coda”, il negozio causale tipico, utilizzato dalle parti e avente causa traslativa tipica, sarebbe comunque corrotto o alterato ovvero distorto proprio dal fine fiduciario, il quale orienterebbe l'intera operazione negoziale al perseguimento di uno scopo ulteriore stabilito dalle parti e diverso rispetto a quello previsto dal legislatore nella fattispecie contrattuale tipica.

Recente orientamento dottrinale, contrariamente, mette in luce l'opinione di chi²⁰⁵ ritiene che l'atto di trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario presenti una *expressio causae*, intesa quale giustificazione esterna, che si sostanzierebbe in una

fiduciario”, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965, p. 208.

204 F. SANTORO-PASSARELLI, “*Dottrine generali del diritto civile*”, Napoli, 1967, p. 180.

205 F. GAZZONI, “*Manuale di diritto privato*”, Napoli, 2002, p. 806; si veda anche, sotto altro angolo prospettico, ID., “*Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista <<non vivente>> su trust e trascrizione)*”, in *Riv. notar.*, LV, 2001, p. 36 e ss.

causa per così dire “astratta”, ovvero dai confini indeterminati, anche se determinabili.

Di conseguenza, il negozio fiduciario, costituendo una fattispecie atipica, realizzerebbe comunque gli effetti che si ricollegano allo schema contrattuale impiegato dalle parti, mentre la causa si individuerebbe “altrove”, ossia nell'assetto contrattuale complessivamente considerato e voluto dall'autonomia dei contraenti.

La *causa fiduciae*, quindi, sorreggerebbe, giustificandolo, il momento attributivo del bene (o del diritto) nel passaggio dal fiduciante al fiduciario, ma certamente non sarebbe in grado di giustificare l'intera fattispecie contrattuale, in quanto la fragilità della fiducia non consentirebbe la creazione di una autonoma figura negoziale²⁰⁶.

Stante questa opzione ermeneutica, il negozio fiduciario integrerebbe un negozio astratto che, sia pur poggiando sul *pactum fiduciae*, si caratterizzerebbe per una attribuzione comunque giustificata sulla base di una *causa solvendi, donandi o acquirendi*, così come stabilita nel patto medesimo²⁰⁷. Di conseguenza, l'eventuale assenza del patto obbligatorio, in cui è rintracciabile la causa esterna, comporterebbe quale ricaduta pratica la ripetibilità di quanto trasferito, applicandosi in tal caso il rimedio previsto all'art. 2033 c.c. e non già la nullità del negozio traslativo²⁰⁸.

L'astrattezza o la neutralità²⁰⁹ del negozio fiduciario, dunque, si sostanzierebbe

206 F. SANTORO-PASSARELLI, “*Dottrine generali del diritto civile*”, Napoli, 1967, p. 181.

207 Cfr. Cass., 6 maggio 2005, n. 9402, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 5; Trib. Milano, 29 giugno 2005, in *Giust. merito*, 2006, 3, p. 612.

208 Su tale punto, si consideri M. GIORGIANNI, “*Causa*”, in *Enc. dir.*, 1987, VI, p. 568.

209 Così, F. GAZZONI, “*Manuale di diritto privato*”, Napoli, 2002, p. 806, in cui l'A. osserva: <<Si parla a riguardo di negozio astratto, ma l'espressione è fuorviante, perché la causa esiste ed è rilevante anche se esterna. Più che di astrattezza dovrebbe dunque parlarsi di neutralità,

non solo nella mancanza di una causa predeterminata, intesa quale funzione tipica dello schema legale impiegato dalle parti, ma altresì nella limitazione degli effetti tipici del modello causale di riferimento²¹⁰, per cui il dato causale si desumerebbe da elementi esterni.

Sulla scorta della tesi fin qui esposta relativa all'*expressio causae*, giova registrare anche la posizione estrema di chi ritiene che il discorso potrebbe portare alla ricostruzione di un negozio fiduciario in termini di contratto unilaterale, di cui all'art. 1333 c.c., anche se privo del potere di rifiuto²¹¹.

Il dibattito sul profilo causale, dunque, può riassumersi nelle divergenti soluzioni proposte dalla dottrina in materia, ovvero a fronte di chi sostiene che il negozio fiduciario presenta una propria *causa fiduciae*, interna e dalla natura atipica²¹², vi è chi, invece, ritiene che esso sia un negozio tipico - si pensi, ad esempio, al contratto di vendita - fiduciariamente orientato²¹³.

2. La natura astratta o causale del negozio reale di trasferimento fiduciario: il negozio fiduciario come negozio *solvendi causa*.

Sulla base delle risultanze relative al percorso evolucionistico che ha investito

nel senso che l'atto, considerato in sé e per sé, potrebbe essere giustificato da una o da un'altra causa, in specie *solvendi* o *donandi* >>.

210 F. GAZZONI, "Manuale di diritto privato", Napoli, 2002, p. 806, in cui l'A. rileva, in tema di negozio astratto, che esso si connota per un <<particolare atteggiarsi della giustificazione causale>>.

211 F. GAZZONI, "Manuale di diritto privato", Napoli, 2002, p. 957.

212 U. CARNEVALI, "Intestazione fiduciaria", in *Diz. dir. priv.*, a cura di N. IRTI, 1980, p. 455 e ss.; F. MESSINEO, "Manuale di diritto civile e commerciale", I, Milano, 1959, p. 579.

213 Si veda la ricostruzione del contrasto dottrinale sul tema in N. LIPARI, "Il negozio fiduciario", Milano, 1971, p. 265.

l'elemento causale, autorevole impostazione dottrinale²¹⁴ ricostruisce il negozio fiduciario in termini di pagamento traslativo. La tesi muove da considerazioni di fondo che hanno costituito la genesi storica e giuridica dell'obbligo di “dare”, consistente, prima dell'avvento della codificazione del '42, nell'obbligazione di fare acquistare la proprietà o altro diritto, data la costruzione del contratto come esclusivamente ad effetti obbligatori.

L'esegesi sulla creazione della categoria del pagamento traslativo è assai importante al fine di comprendere meglio il meccanismo della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, che connota anche e soprattutto i negozi fiduciari.

Si consideri, infatti, che nell'impianto codicistico civile ottocentesco era presente una norma che si riferiva al consenso come conseguenza immediata e diretta per la realizzazione del trasferimento del diritto, oggetto del contratto.

Più esattamente, l'art. 1125 del codice civile del 1865²¹⁵ sanciva, a chiare lettere, il principio del consenso traslativo. Sebbene il testo normativo fosse esplicito in tal senso, gli accademici del tempo continuavano a pensare il contratto come accordo esclusivamente ad effetti obbligatori. Diverse erano le ragioni e tra tutte spiccavano l'incisiva influenza, nel quadro dottrinale italiano dell'epoca, delle costruzioni teoriche d'Oltralpe di matrice essenzialmente francese, nonché un impianto normativo, ricavabile dagli artt. 1908, 1099 e 1447 c.c., il cui baricentro era sproporzionalmente spostato verso il vincolo obbligatorio.

Di conseguenza, nonostante l'espressa previsione di una traslazione della proprietà o di altro diritto sulla base del consenso liberamente prestato dalle parti, i più

214 U. CARNEVALI, (voce) “*Negozio fiduciario*”, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 6.

215 L'art. 1125 del codice civile del 1865 recita testualmente: <<Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione>>.

continuavano a ritenere che siffatto effetto traslativo non poteva configurarsi come risultato immediato e diretto del consenso legittimamente espresso dai contraenti, dovendo essere comunque ricondotto al meccanismo del contratto ad effetti obbligatori, vale a dire ad un'obbligazione di dare²¹⁶, intesa, appunto, come obbligazione di far acquistare la proprietà.

Con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, la situazione venne depurata da elaborazioni teoriche che contrastavano con la lettera dell'esordiente art. 1376 c.c., in forza del quale è a tutt'oggi sancita e riconosciuta l'inequivoca regola del consenso traslativo²¹⁷, con conseguente definitiva distinzione tra contratto ad effetti obbligatori e contratto ad effetti reali.

La *ratio* della nuova prospettiva²¹⁸ si fonda su una necessaria snellezza dello strumento circolatorio - quale appunto il contratto ad effetti reali - che corrisponda, cioè, alla rapidità e alla certezza della logica degli scambi economici,

216 Si veda sull'obbligazione di dare: CHIRONI, "L'obbligazione di dare", in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 633 e ss.; L. CARIOTA-FERRARA, "L'obbligo di trasferire", in *Ann. dir. comp.*, XXVI, 1950, p. 195 e ss.; F. MESSINEO, "Manuale di diritto civile e commerciale", III, Milano, 1959, p. 42; M. GIORGIANNI, voce "Obbligazione diritto privato", in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 599 e ss.; P. RESCIGNO, voce "Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali", in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 189; DI MAJO, "Delle obbligazioni in generale", in *Commentario codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 377; A. CHINALE, "Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà", Milano, 1990; F. GAZZONI, "Babbo Natale e l'obbligo di dare", in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2896; U. BRECCIA, "Le obbligazioni", Milano, 1991, p. 144; S. MACCARONE, "Considerazioni d'ordine generale sull'obbligazione di dare in senso tecnico", in *Contratto e impresa*, 1998, p. 627.

217 M. GIORGIANNI, (voce) "Causa", in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 550, in cui l'Autore afferma: <<L'importanza del principio consensualistico del trasferimento della proprietà consiste non tanto nell'affermazione che la proprietà si trasferisce senza necessità di un atto di materiale consegna (la *traditio* era da molto tempo talmente "spiritualizzata" da costituire ormai, specie per le cose immobili, una pura formula notarile), quanto nella intima penetrazione dell'atto traslativo e del contratto consensuale, i quali per l'innanzi erano formalmente e soprattutto concettualmente distinti con chiarezza>>.

218 Si veda in tal senso anche: CAMARDI, "Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali", in *Diritto privato, casi e questioni*, collana diretta da M. Bessone, Milano, 1999, p. 7.

per cui una volta valutata la convenienza economica dell'operazione contrattuale da porre in essere, occorre che alle parti sia assicurata l'attribuzione del diritto mediante l'immediatezza dell'effetto traslativo.

La contestualità tra l'effetto traslativo ed il consenso prestato farebbe, dunque, venir meno l'importanza dell'obbligazione di dare, intesa, però, in termini di obbligazione di far acquistare la proprietà o altro diritto. Non è un caso, infatti, che nel nuovo impianto codicistico, tale tipologia di obbligazione assuma un contenuto più ristretto, ovverosia relativo esclusivamente all'obbligazione di consegnare una cosa determinata, non riferendosi più alla vicenda reale sottesa alla logica degli scambi²¹⁹ o della circolazione della ricchezza.

Diversamente, nell'ordinamento tedesco, ma anche nel sistema austriaco²²⁰ ed inglese²²¹, l'obbligazione di dare viene ancora concepita come obbligazione di fare acquistare un diritto, in quanto nella tradizione giuridica di siffatti Paesi residua la dicotomia tra *titulus* e *modus acquirendi*, costruendo il contratto come essenzialmente ad effetti obbligatori.

In particolare, in Germania tale distinzione trova ampia giustificazione soprattutto in considerazione della singolare circostanza che il sistema teutonico non ravvisa nella causa un elemento necessario rispetto ad una situazione avente ad oggetto

219 DI MAJO-GIAQUINTO, "L'esecuzione del contratto", Milano, 1967, p. 229; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, "Diritto civile", v. III, "Obbligazioni e contratti", Torino, 1989, p. 106.

220 A. CHIANALE, "Obbligo di fare e di dare in diritto comparato e italiano", (voce) in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 356, il quale osserva: «Anche il codice austriaco conosce al § 307 ABGB l'obbligazione di dare, intesa come obbligazione di fare acquistare la cosa». Nonostante questa previsione normativa, la dottrina austriaca ritiene, dal punto di vista classificatorio, il credito di dare come un qualunque altro credito.

221 A. CHIANALE, "Obbligo di fare e di dare in diritto comparato e italiano", (voce) in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 357, in cui l'A. riporta come: «Nell'ordinamento inglese, il venditore di *real property* è obbligato a far acquistare il *legal title* al compratore mediante un autonomo e successivo atto traslativo (la c.d. *conveyance*) >>».

trasferimenti immobiliari, ovvero <<al *titulus*, costituito da un contratto ad efficacia obbligatoria (vendita, donazione, ecc.), fa seguito il *modus*, rappresentato da un contratto traslativo astratto con funzione esecutiva, che esplica conseguentemente i propri effetti indipendentemente dall'esistenza di eventuali vizi che dovessero inficiare il *titulus* stesso>>²²².

Alla luce di tali considerazioni, la dottrina più recente ravvisa nel nostro ordinamento la possibilità di ammettere una separazione tra il contratto obbligatorio e l'atto che determina il passaggio del diritto reale. Nonostante la presenza della regola consensualistica, in alcune ipotesi è ugualmente consentita una scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, in termini di differimento dell'effetto traslativo in un momento posteriore rispetto a quello in cui viene prestato il consenso al trasferimento del bene. Il rapporto obbligatorio che precede il trasferimento costituisce una valida giustificazione causale del trasferimento patrimoniale (o dell'effetto traslativo, che dir si voglia), potendo la causa collocarsi fuori lo schema negoziale che determina il passaggio del diritto²²³.

Si sgombra così il campo dalla nota censura, mossa dalla dottrina tradizionale, relativa all'inammissibilità nel nostro ordinamento dei c.d. negozi "astratti", laddove per astrattezza s'intende l'atipicità del negozio con cui si pone in essere il

222 A. CHIANALE, "Obbligo di fare e di dare in diritto comparato e italiano", (voce) in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 353.

223 L. MENGONI, "Gli acquisti <<a non domino>>", Milano, 1975, p. 199 e ss., in cui l'A. rileva: <<La differenza tra negozi traslativi atipici (esecutivi di un rapporto precedente) non si risolve necessariamente nella distinzione tra negozi causali e negozi astratti: essi si distinguono soltanto per il diverso modo cui l'esigenza causale viene soddisfatta. L'inquadramento in un tipo non è l'unico mezzo possibile di controllo dell'idoneità del negozio a realizzare interessi meritevoli di tutela giuridica. Se la struttura del negozio non corrisponde a una funzione tipica, il requisito causale è ugualmente soddisfatto qualora le parti abbiano provveduto ad integrare il regolamento negoziale con l'indicazione dell'interesse alla cui realizzazione è preordinato>>. Si veda anche CAMPAGNA, "Il problema dell'interposizione di persona", Milano, 1962, p. 142.

trasferimento del diritto²²⁴, rispetto al momento antecedente di assunzione dell'obbligo.

Si sostiene che se si separano questi due momenti, quali l'effetto traslativo ed il consenso contrattuale (caratterizzati dalla contestualità, in base al principio di cui all'art. 1376 c.c.), l'atto diretto ad attuare uno spostamento patrimoniale, dovrà necessariamente essere considerato privo della giustificazione causale e per ciò solo inammissibile, atteso che esso non risulta giustificato né da un *animus donandi*, data la preesistenza di un obbligo, né da un corrispettivo previsto nell'altro negozio. Si configurerebbe cioè una “prestazione isolata” (non essendo riconducibile né ad una donazione né ad una vendita) che costituirebbe un negozio astratto.

Secondo tale posizione dottrinale, dunque, la ricostruzione di un obbligo di dare, inteso quale *titulus*, successivamente seguito da un atto traslativo, integrante il *modus*, trova ferrea opposizione non solo e non tanto nella regola consensualistica, che vuole che i modelli negoziali tipici (donazione, vendita, ecc.) si connotino per una contestualità tra l'effetto traslativo e il consenso prestato al fine di realizzare la traslazione del diritto, bensì nell'ultroneo principio, che informa di sé l'ordinamento, relativo alla necessità causale dei trasferimenti di ricchezza²²⁵.

Nonostante tali resistenze da parte della menzionata ricostruzione dogmatica, attualmente si è giunti a configurare, in ordine alla questione della scissione tra

224 Atipicità, dunque, non è astrattezza. Tant'è che la predicata interdipendenza tra i due concetti viene interrotta dalla ammissibilità di una sequenza procedimentale che separa il contratto obbligatorio dall'atto che determina il passaggio del diritto.

225 In questi termini si esprimono: GAZZARRA, “*La vendita obbligatoria*”, Milano, 1957; P. SCHLESINGER, “*Il pagamento al terzo*”, Milano, 1961, p. 24 e ss.; RUSSO, “*La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*”, Milano, 1965, p. 63; M. COSTANZA, “*Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*”, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1242.

obbligo di dare e negozio traslativo *solvendi causa*, la categoria del pagamento traslativo, conosciuta anche con le diverse nomenclature di “negozio con causa esterna”, “negozio di attribuzione” o, ancora, “prestazione isolata”²²⁶.

Con la figura in questione l'effetto traslativo si realizza in forza di un atto - appunto il pagamento - esecutivo di un precedente rapporto obbligatorio che ne costituisce la causa giustificativa.

In ordine alle fattispecie che possono ricondursi alla categoria dei negozi con causa esterna, una parte della dottrina²²⁷ vi annovera anche il negozio fiduciario. Alla luce di tale ricostruzione, si sostiene che per negozio *solvendi causa* s'intende l'atto giuridico compiuto dal fiduciario in esecuzione del *pactum fiduciae*, quale rapporto obbligatorio. Di conseguenza, l'assetto programmatico predisposto dalle parti si caratterizza, da un lato, per la costituzione di un'obbligazione di dare e, dall'altro, per un successivo atto traslativo, che rende effettiva e compiuta la prestazione isolata di matrice negoziale, la quale individua la propria giustificazione causale esternamente ovverosia nel vincolo obbligatorio fiduciario.

3. L'atipicità dello scopo fiduciario.

I tentativi di qualificazione in termini giuridici del negozio fiduciario hanno portato, una parte autorevole della dottrina²²⁸, a configurare tale fattispecie quale

226 MARICONDA, “Il pagamento traslativo”, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 744; F. BENATTI, “Il pagamento con cose altrui”, estratto da *Studi urbinati*, Milano, 1975, p. 18; U. NATOLI, “L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni”, II, Milano, 1967, p. 45 e ss.

227 U. CARNEVALI, “Negozio fiduciario”, (voce) in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6.

228 C. GRASSETTI, “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico”, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 359 e seguenti. In senso opposto, S. PUGLIATTI,

paradigma unitario e autonomo. Siffatta ricostruzione, però, è stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità solo in alcune isolate pronunce²²⁹.

Si tratta di una soluzione volta a coniugare e non ad esasperare il problema di fondo relativo all'ammissibilità nel nostro ordinamento di un atto traslativo *fiduciae causa*, il quale caratterizzandosi in un'attribuzione particolarmente atteggiata del diritto di proprietà in capo al fiduciario, comunque mette in luce, superandolo, quell'aspetto insanabile e, per lo più, di rottura del sistema, che si pone tra i due piani dell'intento fiduciario e delle cause traslative tipiche dei negozi di trasferimento dei diritti.

L'autonomia funzionale del negozio fiduciario dà luogo, dunque, alla configurabilità di un vero e proprio contratto atipico, connotato da una *causa fiduciae* interna ed anch'essa atipica, che consisterebbe <<nella funzione di utilizzazione della titolarità di un diritto reale ad un fine più ristretto di ciò che la titolarità medesima comporterebbe, e quindi nel circoscrivere con effetti obbligatori un'attribuzione effettuata senza limiti sul piano reale con la conseguente possibilità di abusi>>²³⁰.

Tale contratto fiduciario atipico sarebbe meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., ciò comportando, sotto il profilo dell'inquadramento causale, la rilevanza del tipo d'intento voluto dalle parti che, sia pure qualificato in sé dalla realizzazione dello scopo fiduciarmente espresso nel *pactum fiduciae*, comunque darebbe altresì luogo all'ultroneo effetto ad esso collegato, quale il passaggio della

“*Fiducia e rappresentanza indiretta*”, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 270.

229 Tra le quali si annoverano, in un elenco che non vuole essere esaustivo, Cass., 16 aprile 1937, in *Giur. it.*, 1937, I, p. 658; Cass., 15 febbraio 1939, in *Giur. it.*, 1939, I, p. 511; Cass., 30 gennaio 1968, n. 296; Cass., 23 gennaio 1971, n. 146; Cass., 7 agosto 1982, n. 4438; Cass., 29 novembre 1983, n. 7152; Cass., 29 novembre 1985, n. 5085.

230 A. DE MARTINI, “*Il concetto del negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*”, in *Giur. it.*, 1946, I, p. 326.

proprietà dal fiduciante al fiduciario, realizzandosi in tal modo anche l'atto traslativo contemplato nell'economia dell'accordo fiduciario.

In questi termini si spiega come la *causa fiduciae* sia intesa quale giustificazione interna del negozio fiduciario atipico, atteso che, secondo tale ricostruzione, proprio il rapporto obbligatorio integrerebbe l'elemento causale e non già una limitazione dell'effetto tipico del modello contrattuale traslativo di riferimento, utilizzato dalle parti.

Di conseguenza, il profilo causale nel negozio fiduciario, così inteso, comporterebbe un vero e proprio adattamento del diritto reale tipico alla particolare situazione connotata dall'intento fiduciario, perseguito dai privati contraenti. In particolare, la *causa fiduciae* modellerebbe la titolarità del diritto reale sulla base di quei soli effetti voluti dalle parti dell'accordo fiduciario, circoscrivendoli a quanto stabilito nel *pactum fiduciae*, ovvero sia comprimendoli negli angusti confini delimitati dal vincolo obbligatorio.

Tale interpretazione teoretica, che si ispira alla ricostruzione di un modello autonomo ed unitario del negozio fiduciario, è stata oggetto di numerose critiche, incentrate su consolidate ed imprescindibili logiche che informano di sé il sistema privatistico.

In particolare, le repliche mosse da una parte della dottrina²³¹ si sono incentrate sulla non contemplata possibilità, nel nostro ordinamento, di derogare al principio relativo alla tipicità dei negozi traslativi. In tal senso, non giova invocare il principio della autonomia negoziale, disciplinato all'art. 1322 c.c., in quanto fuorviante.

Profili di dissenso²³² si sono, poi, registrati anche in ordine ad aspetti tutt'altro che

231 L. CARIOTA-FERRARA, "Azioni sociali e negozio fiduciario", in *Giur. it.*, 1937, I, p. 665.

232 Si considerino, le critiche a tale ricostruzione del negozio fiduciario mosse da S.

marginali, riguardanti l'obiettiva sussistenza e l'effettiva operatività del principio del *numerus clausus* dei diritti reali. Infatti, l'accoglimento di un negozio fiduciario atipico porterebbe a profilare l'idea di una proprietà "originale", dal carattere, cioè, temporaneo ovvero funzionale oppure formale, che il nostro sistema giuridico non contemplerebbe.

Il suddetto principio, tuttavia, non va inteso in modo rigoroso, data la recente tendenza del sistema di riconoscere fattispecie relative a diritti reali, connotati da una certa duttilità, in termini di un loro adattamento ad alcune vicende negoziali, che lo stesso legislatore ammette. Esso risulta, invece, essere inderogabile nella parte in cui afferma che i diritti reali non sono suscettibili di essere creati dall'autonomia delle parti, dovendo gli stessi trovare un'espressa previsione nella legge.

Pertanto, si obietta proprio il fatto che il nostro ordinamento non conosce la cd. "proprietà fiduciaria", vale a dire quel tipo di proprietà che si caratterizza per l'assenza del carattere della perpetuità e per la mancanza in capo al titolare della piena facoltà di disposizione sul bene.

È anche vero, però, che, sulla base delle risultanze del diritto sostanziale e delle copiose pronunce della giurisprudenza di legittimità, l'ordinamento interno non nega *a priori* la logica di una diversificazione contenutistica della proprietà, sia in relazione agli interessi sottesi all'operazione negoziale, sia in ordine ai soggetti

PUGLIATTI, "Fiducia e rappresentanza indiretta", in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 270; F. SANTORO-PASSARELLI, "Dottrine generali del diritto civile", Napoli, 1967, p. 180; N. LIPARI, "Il negozio fiduciario", Milano, Giuffrè, 1964, p. 278; L. CARRARO, "Il mandato ad alienare", Padova, 1947, p. 84. Anche la giurisprudenza prevalente si pone in antitesi alla prospettazione della fattispecie fiduciaria quale negozio unitario e autonomo, si vedano, *ex multis*, Cass., 24 gennaio 1967, n. 215; Cass., 30 gennaio 1968; Cass., 19 febbraio 1971, n. 435; Cass. 3 aprile 1980, n. 2159; Cass., 7 agosto 1982, n. 4438; Cass., 29 novembre 1983, n. 7152; Cass., 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass., 29 maggio 1993, n. 6024.

intestatari coinvolti nell'accordo.

La precisazione, ovviamente, non equivale affatto ad affermare che nel sistema giuridico vigente sussista e sia accolto un vero e proprio riconoscimento della scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, principio, invece, contemplato nei sistemi di *common law*.

4. Il collegamento negoziale ed il profilo causale.

Alla luce dell'impostazione tradizionale, il negozio fiduciario viene concepito quale fattispecie contrattuale dal carattere pluristrutturato.

La dottrina²³³ e la giurisprudenza²³⁴ dominanti rilevano che la realizzazione dell'interesse meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., sia perseguibile per mezzo del collegamento di due negozi funzionalmente orientati: l'uno dagli effetti reali ed opponibile ai terzi, con cui si verifica l'interposizione reale e, dunque, la traslazione del diritto dal fiduciante al fiduciario; l'altro dagli effetti obbligatori, riferibili al contenuto del *pactum fiduciae*, volto a temperare i poteri del fiduciario sul bene, in vista della sola attuazione delle finalità gestorie a vantaggio del fiduciante, con la previsione del ritrasferimento del diritto una volta esauriti gli scopi contrattualmente prefissati.

La genesi storica di siffatta ricostruzione può rintracciarsi in quel filone dottrinale,

233 T. ASCARELLI, "Il negozio indiretto e le società commerciali", Città di Castello, 1930 oppure in *Studi in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, 1931, p. 25 e ss.; U. CARNEVALI, "Negozio fiduciario", (voce) in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6; F. GALGANO, "Trattato di diritto civile", Padova, 2011, p. 472.

234 *Ex multis*, Cass., 29 maggio 1993, n. 6024, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2495; Cass., 3 aprile 1980, n. 2159; Cass., 18 maggio 2000, n. 6451; Cass. 1 aprile 2003, n. 4886, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1591; Cass., 6 maggio 2005, n. 9402; Cass., 6 aprile 2006, n. 8098.

oramai superato, che non ammetteva la configurazione di un negozio carente di causa propria e, dunque, tacciato di astrattezza, giungendo ad accettare invece la soluzione di un negozio fiduciario pluristrutturato.

La causa, dunque, si identificherebbe nel rapporto obbligatorio pregresso, in quanto il *pactum fiduciae*, regolando il risultato finale del conferimento - attraverso anche la previsione del ritrasferimento allo stesso disponente -, non attribuirebbe al fiduciario un potere di signoria pieno ed incondizionato sul bene conferito.

Anche tale orientamento tradizionale non è scevro da profili critici. Secondo parte autorevole della dottrina²³⁵, la *causa fiduciae*, così delineata e che rinviene il suo fondamento nel *pactum fiduciae*, non sarebbe altro che un mero motivo giustificativo dell'attribuzione, non potendo la fiducia influenzare la causa del negozio produttivo dell'effetto traslativo, a cui le parti hanno fatto riferimento.

Di conseguenza, si verrebbe a configurare un atto traslativo astratto, ovvero sia privo di causa propria e, dunque, invalido, non essendo contemplato nel nostro ordinamento il principio dell'astrazione causale.

La censura anzidetta è stata, però, correttamente confutata da un ultroneo argomento mosso dalla corrente classica che, non piegandosi alla considerazione netta che vede il negozio fiduciario quale negozio astratto, ha sostenuto che il carattere pluristrutturato della fattispecie fiduciaria fa sì che il negozio traslativo, ad effetti reali e vevoli *erga omnes*, è sorretto da una propria causa, ancorché tipica.

In altri termini, se è vero che con l'atto di trasferimento si produce in capo al fiduciario una situazione di titolarità sul bene, piena e opponibile *erga omnes*, con causa propria tipica, è altrettanto vero che il *pactum fiduciae*, costituisce il limite

235 F. SANTORO-PASSARELLI, "Dottrine generali del diritto civile", Napoli, 1967, p. 181.

entro il quale il potere di signoria del fiduciario può legittimamente dispiegarsi per la produzione di effetti finalizzati ad un esplicito e prefissato scopo.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui le parti del negozio fiduciario utilizzino lo schema contrattuale della vendita. In tal caso, il collegamento negoziale rende possibile, in concreto, l'operatività della causa di tale contratto, ma solo nella parte in cui si riferisca al trasferimento del bene, mentre nei rapporti interni tra fiduciante e fiduciario tale causa sfumerebbe per sorta di astrazione²³⁶, venendo in rilievo il vincolo obbligatorio.

In forza di tale configurazione è possibile accordare al fiduciante una tutela di natura anche reale, ex art. 2932 c.c. - aspetto che si approfondirà nel successivo paragrafo - laddove il fiduciario, per inerzia o violazione, non dia esecuzione alle disposizioni di ritrasferimento del bene.

La possibilità di attivazione di tale rimedio viene oggi confermata anche da una recente pronuncia di legittimità. Trattasi della sentenza del 15 maggio 2014, n. 10633, la quale, riferendosi ad un'ipotesi di dichiarazione unilaterale ricognitiva di intestazione fiduciaria di immobili, ribadisce che «la dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili, in esecuzione di un precedente accordo fiduciario, non costituisce semplice promessa di pagamento, ma autonoma fonte di obbligazione se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., purchè l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali».

236 Si consideri, ad esempio, la circostanza che il fiduciante non può di certo chiedere il pagamento del prezzo al fiduciario, nè questi è tenuto agli obblighi propri del compratore.

5. Il rischio della fiducia: effetti dell'abuso del fiduciario e rimedi applicabili alla luce dei più recenti orientamenti.

Il vero problema che la fiducia pone consiste nel rischio di abuso del fiduciario sul diritto trasferitogli e nella conseguente carenza dei mezzi di tutela del fiduciante, fatta salva la sola azione di risarcimento nell'ipotesi di violazione del *pactum fiduciae*, non avente, di massima, rilevanza esterna.

A differenza che nel negozio simulato, nel contratto fiduciario sussiste essenzialmente una separazione tra due piani, vale a dire tra titolarità e destinazione fiduciaria ovvero tra titolarità e interesse sostanziale rispetto al bene²³⁷. Ciò sta a significare che al fiduciario è sì attribuita la proprietà del bene, ma l'interesse sostanziale sullo stesso rimane del fiduciante. Si potrebbe, a ragione, affermare che il fiduciario è titolare del bene in funzione, però, dell'interesse del fiduciante²³⁸, secondo quanto sostenuto dalla concezione propria della fiducia attributiva²³⁹, che fa sì che la “proprietà fiduciaria” non venga intesa come proprietà atipica, la quale è ritenuta inammissibile nel nostro ordinamento, in quanto elide il relativo principio del *numerus clausus*.

Il pregio della suddetta ricostruzione sta nel fatto che l'interesse del fiduciante viene tutelato non sulla base del mero dato strutturale dell'operazione fiduciaria in sé considerata e che è intrisa della situazione soggettiva sottostante - in quanto al fiduciario è attribuita la titolarità piena del diritto -, bensì nell'offrire la prospettiva

237 M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 95 - 96; ROPPO, “*Il contratto*”, II ed., nella collana “*Trattato di diritto privato*” (a cura di) G. IUDICA e P. ZATTI, 2011, p. 641.

238 M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 106, in cui l'Autrice afferma: <<L'attribuzione del titolo al fiduciario conferisce a questi i poteri del titolare, che sono funzionali allo svolgimento della specifica attività nell'interesse del fiduciante>>.

239 Nell'accezione, in questo caso, di “fiducia attributiva”, si veda al riguardo: M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 86.

funzionale un più ampio ventaglio di specifici rimedi a salvaguardia dell'interesse del fiduciante²⁴⁰.

Inoltre, la bontà della tesi si coglie anche laddove vengano in considerazione specifiche ipotesi normativamente previste di gestione fiduciaria di titoli, le quali si caratterizzano comunque per il dato strutturale attributivo, oltre che per il profilo problematico della piena discrezionalità riconosciuta alla società d'investimento. Una discrezionalità che però deve essere controbilanciata da incisivi obblighi informativi stabiliti a favore del cliente. A tal riguardo, è d'uopo anche non tacere gli inversi tentativi che la dottrina e la giurisprudenza mettono in atto al fine di negare la proprietà in capo al fiduciario, a tutto vantaggio delle istanze garantistiche del fiduciante, in modo che gli sia riconosciuta piena tutela relativamente al suo titolo proprietario.

In tale complessità di trame, potrebbe verificarsi, appunto, la più tipica delle violazioni da parte del fiduciario, quale l'inosservanza dell'obbligo di ritrasferimento del bene al fiduciante o al terzo indicato dallo stesso. È l'ipotesi in cui il fiduciario aliena il bene ad un soggetto terzo, che ne diviene acquirente. Anche nell'ipotesi di simulazione può verificarsi lo stesso tipo di abuso perpetrato dal titolare apparente del diritto, in veste di simulato acquirente, ai danni del simulato alienante, laddove il primo in violazione del contratto simulato pregiudichi i diritti del secondo, trasferendo il bene ad un terzo acquirente, che diviene, in tal modo, l'avente causa dal simulato acquirente²⁴¹.

240 E ciò anche nella prospettiva della c.d. fiducia statica. Più esattamente, M. BIANCA, *“La fiducia attributiva”*, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 98, la quale afferma: << questo schema strutturale che porta a qualificare la fiducia in termini di fiducia attributiva, e che nella impostazione tradizionale del negozio fiduciario prendeva il nome di fiducia dinamica, non esclude tuttavia dall'ambito della sua applicazione anche alcune situazioni di trasferimento>>.

241 C. M. BIANCA, *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 705, il quale

Tuttavia nella simulazione, al simulato alienante è riconosciuta la legittimazione ad agire²⁴² nei confronti della propria controparte, mediante l'attivazione dell'azione di simulazione, volta a far dichiarare l'inefficacia dell'atto dispositivo, compiuto abusivamente dal titolare apparente, il quale, nel frattempo, è divenuto simulato acquirente rispetto al terzo acquirente suo avente causa. L'accertamento dell'effettivo rapporto sottostante al contratto simulato - al fine di rendere evidente l'appartenenza al simulato alienante della titolarità del diritto - può essere disposto solo nell'ipotesi in cui il terzo acquirente (dal simulato acquirente) versi in malafede. E ciò in base alle disposizioni contenute nel primo comma dell'art. 1415 c.c., che codificano il principio secondo cui la simulazione non è opponibile ai terzi, che abbiano acquistato in buona fede dal titolare apparente.

Tanto ciò è vero che la sussistenza della buona fede comporta, vieppiù, il riconoscimento, a vantaggio del terzo che sia stato pregiudicato dal contratto simulato, della possibilità di opporre il suo titolo alle parti, dimostrando l'apparenza contrattuale e la correlativa situazione reale (ex art. 1415, secondo comma, c.c.).

Su tale scia si pone anche la previsione di cui al primo comma dell'art. 1416 c.c., con riferimento ai rapporti con i creditori. La norma stabilisce che l'alienazione posta in essere dal simulato acquirente, in forza della sua titolarità apparente e in danno del simulato alienante - vero titolare -, non pregiudica le pretese dei creditori del simulato acquirente, laddove quest'ultimi abbiano compiuto, nel

chiaramente afferma che: «La simulazione non può essere opposta ai terzi che hanno acquistato in buona fede diritti dal titolare apparente (1415, primo comma c.c.). Terzi acquirenti dal titolare apparente sono gli aventi causa dal simulato acquirente. Terzi acquirenti devono anche ritenersi in ampio senso coloro che conseguono un effetto giuridico favorevole sulla base del contratto simulato».

242 Si veda il particolare profilo sulla nozione di parte legittimata ad agire nell'azione di simulazione, in: Cass., 3 marzo 1981, n. 1226; e Cass., 28 febbraio 1998, n. 2252.

frattempo e in buona fede, atti di esecuzione sul bene oggetto del negozio simulato, fatte sempre salve le regole sull'opponibilità della trascrizione del contratto simulato, qualora lo stesso sia soggetto a trascrizione.

Tuttavia, l'art. 1416 c.c. opera una *summa divisio* tra creditori del simulato acquirente, per i quali vale la suddetta regola e i creditori del simulato alienante, per i quali la tutela risulta più articolata. Infatti, se è vero che i creditori del simulato alienante prevalgono, in termini di salvaguardia della loro garanzia patrimoniale, sul bene acquistato dalla controparte - simulato acquirente - in base al contratto simulato, è altrettanto vero, però, che gli stessi non possono far valere la simulazione nei confronti degli aventi causa (o terzi acquirenti) di buona fede dal simulato acquirente. Così come in caso di conflitto con i creditori del simulato acquirente, le soluzioni si diversificano a seconda che ricorrano determinati presupposti. In generale, può affermarsi che prevalgono le ragioni dei creditori del simulato alienante su quelle dei creditori del simulato acquirente, se il loro credito non solo sia sorto anteriormente all'atto simulato, ma anche se la qualifica dei creditori del simulato acquirente sia quella di creditori chirografari. Nell'eventualità che quest'ultimi, invece, rientrino nella classe dei creditori privilegiati, ovvero i loro crediti siano assistiti da diritti reali di garanzia o privilegio, essi prevalgono sui creditori del simulato alienante, sempre che il loro credito sia posteriore alla conclusione del contratto simulato²⁴³.

La tutela del fiduciante, invece, rispetto alla disciplina della simulazione, è alquanto debole, soprattutto se si considera la più macroscopica delle differenze, relativa all'acquisto in buona fede da parte del terzo del bene oggetto del contratto

243 Per una disamina più approfondita del regime della simulazione rispetto ai creditori si veda: C. M. BIANCA, *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 707 e ss.; V. ROPPO, *“Il contratto”*, II ed., nella collana *“Trattato di diritto privato”* (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 663.

simulato.

Nel caso del contratto fiduciario, infatti, non rileva lo stato di buona fede, nel senso che il terzo acquista la titolarità piena del bene, anche se lo stesso versi in mala fede, in seguito all'abusiva alienazione da parte del fiduciario. E ciò perché il fiduciario diviene il titolare effettivo del diritto trasferitogli²⁴⁴. Residua nei confronti del fiduciante solo l'esercizio dell'azione risarcitoria contro il fiduciario inadempiente, data l'inopponibilità del *pactum fiduciae* rispetto ai terzi acquirenti dal fiduciario.

Tuttavia, in un'ottica rimediale, si riconosce l'applicazione di specifici strumenti che il codice civile contempla a tutela di situazioni, che presentano un certo carattere di contiguità col fenomeno fiduciario. L'estensione della *ratio* giustificatrice di alcuni meccanismi normativi già positivizzati comporta un rafforzamento della tutela della posizione del fiduciante, confermando la validità e l'importanza del contratto fiduciario nell'ordinamento interno.

In primo luogo, si parla dell'estensione anche al contratto fiduciario del rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, in forza di una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.²⁴⁵. In particolare, tale meccanismo opererebbe in materia fiduciaria, laddove si qualifici il *pactum fiduciae* come fonte di un obbligo a contrarre, più specificamente dell'obbligo a ritrasferire il diritto al fiduciante o al terzo. Nel caso in cui il fiduciario si rendesse inadempiente, allora l'avente diritto al ritrasferimento potrebbe attivare, appunto,

244 C. M. BIANCA, "Diritto civile. 3. Il contratto", Milano, Giuffrè, 2005, p. 713.

245 Parte della giurisprudenza afferma l'applicazione dell'art. 2932 c.c. si veda: Cass., 17 luglio 1980, n. 4649; Cass., 15 gennaio 1975, n. 156; Cass., 14 ottobre 1995, n. 10768. In senso critico, invece, la giurisprudenza maggioritaria, si veda per tutte: Cass., 1 aprile 2003, n. 4886.

la tutela ex art. 2932 c.c.²⁴⁶.

La suddetta questione è stata oggetto di ulteriore evoluzione²⁴⁷, soprattutto in ordine al profilo problematico dell'inopponibilità del vincolo fiduciario nei confronti dei terzi²⁴⁸. Infatti, prima dell'introduzione nel sistema civilistico dell'art. 2645 bis, parte della dottrina, come si è già rilevato, riteneva che il fiduciante potesse esperire lo strumento rimediale offerto dall'art. 2932 c.c., fintanto che, però, il fiduciario non avesse abusivamente alienato a terzi il bene, oggetto del patto.

Attualmente, alcuni autori²⁴⁹ risolvono il problema dell'alienazione infedele a terzi, ricorrendo proprio alla norma di cui si discute, atteso che consente alla parte di trascrivere il contratto preliminare, con conseguente effetto prenotativo rispetto alle trascrizioni o iscrizioni eseguite successivamente alla trascrizione del preliminare medesimo.

In altri termini, qualora il fiduciante trascrivesse il *pactum fiduciae*, in quanto contratto trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 bis c.c., si produrrebbe l'effetto

246 Cfr. Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, secondo cui: «<<Il negozio esterno, di attuazione del primo [negozio interno], in quanto traslativo o implicante l'impegno al trasferimento di diritti reali immobiliari, necessita della forma scritta a pena di nullità, e che può consistere in determinati casi in un impegno unilaterale, coercibile ex art. 2932 c.c. >>, con nota a sentenza di E. CAMILLERI, "L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del "pactum fiduciae"", in *Dir. civ. cont.*, Anno II, Numero I, 29 marzo 2015; ROPPO, "Il contratto", II ed., nella collana "Trattato di diritto privato" (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 642.

247 Si fa riferimento all'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in L. 28 febbraio 1997, n. 30, che ha introdotto nel codice civile l'art. 2645 bis, rubricato: "Trascrizione di contratti preliminari".

248 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 55.

249 G. PALERMO, "Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)", p. 347 e ss.; ID., in A. LUMINOSO - G. PALERMO, "La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi", Padova, 1998, p. 134 e ss. Sotto diverso angolo prospettico si veda anche: A. CHINALE, "Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà", Milano, 1990; ID., "Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà", Torino, 1998, p. 31.

prenotativo che ne discende, facendolo, in tal modo, prevalere sulle successive trascrizioni o iscrizioni eseguite sul bene contro il promissario alienante.

Tuttavia, la giurisprudenza prevalente continua ad attestarsi su posizioni di inammissibilità della trascrivibilità del patto fiduciario, sull'insuperabile rilievo che l'interposizione reale determina la validità e l'efficacia del trasferimento a terzi del bene fiduciariamente intestato²⁵⁰.

La questione dell'inopponibilità del vincolo fiduciario non si limita ai soli terzi che, in buona o mala fede, abbiano acquistato il bene dal fiduciario, resosi inadempiente al *pactum fiduciae*, ma presenta delle ricadute pratiche anche nei confronti dei creditori del fiduciario²⁵¹.

Così, in ordine al tanto caro tema della garanzia patrimoniale collegata al bene trasferito sulla base del negozio fiduciario, ci si chiede se la stessa debba essere posta a vantaggio dei creditori del fiduciario o del fiduciante²⁵². La soluzione dovrebbe protendere nettamente a favore dei creditori del fiduciario, se ci si attiene rigorosamente al profilo della piena titolarità sul bene, che consegue in capo allo stesso, in forza dell'effetto reale del trasferimento fiduciario.

Tuttavia, in dottrina²⁵³ si ammette una mitigazione della rigidità della regola generale, in forza dell'impiego dell'art. 1707 c.c., dettato in tema di mandato senza rappresentanza ad acquistare beni mobili o immobili²⁵⁴.

250 Si considerino, Cass., 18 ottobre 1991, n. 11025; Cass., 25 giugno 2008, n. 17334.

251 M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 80.

252 V. ROPPO, "Il contratto", II ed., nella collana "Trattato di diritto privato" (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 643.

253 C. M. BIANCA, "Diritto civile. 3. Il contratto", Milano, Giuffrè, 2005, p. 713-714. Tesi ribadita da M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 38.

254 R. SACCO, "Principio consensualistico ed effetti del mandato", in *Foro it.*, 1966, I, p. 1384 e ss; ID., "Il contratto", in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, p. 672; G. MINERVINI, "Il mandato, la commissione e la spedizione", in *Tratt. Vassalli*, VIII, I, Torino, 1957, p. 107; A. LUMINOSO, "Mandato, commissione, spedizione", in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, XXXII, Milano, 1984, p. 261; R. CALVO, "La proprietà del mandatario",

In particolare, si sostiene che come i creditori del mandatario non possono far valere le proprie pretese creditorie sui beni acquistati dal mandatario in nome proprio e, quindi, sulla base di un mandato senza rappresentanza, qualora sussistano determinati presupposti, allo stesso modo il fiduciante può vantare il suo diritto nei riguardi dei creditori del fiduciario, se ricorrano gli stessi presupposti previsti all'art. 1707 c.c.

Con riferimento ai beni mobili, il fiduciante può prevalere sui creditori del fiduciario, qualora il *pactum fiduciae* risulti da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento ovvero, relativamente ai beni immobili o mobili registrati, qualora egli trascriva la domanda giudiziale, volta ad ottenere il ritrasferimento del diritto ex art. 2932 c.c., prima del pignoramento.

Inoltre, secondo la tesi di cui si discute, i creditori del fiduciante, attivando l'azione surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c., possono far valere nei confronti del fiduciario le proprie pretese sul bene oggetto del trasferimento fiduciario²⁵⁵.

Occorre tenere presente anche il non marginale aspetto del profilo probatorio del carattere fiduciario dell'alienazione, il quale si contrappone rispetto alla dimostrazione che le parti o i terzi possono fornire in giudizio per quanto concerne la prova della simulazione. A tal riguardo la giurisprudenza²⁵⁶ osserva che, in caso di contratto fiduciario, la parte che propone l'azione per far valere la sua titolarità sul bene, oggetto di trasferimento fiduciario, deve fornire all'esame del giudice il documento attestante il *pactum fiduciae* e, soprattutto, se lo stesso

Padova, 1996, p. 202 e ss.; M. GRAZIADEI, "Mandato", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 172; M. GIORGIANNI, "Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica, e forma del mandato", nota a Cass., 3 agosto 1960, n. 2271, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 66 e ss. In tema di forma del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, si consideri: Cass. n. 20051 del 2013.

255 C. M. BIANCA, "Diritto civile. 3. Il contratto", Milano, Giuffrè, 2005, p. 714.

256 Cass., 13 aprile 2001, n. 5565.

riguardi il trasferimento di un bene immobile, per il quale la forma scritta costituisce requisito imprescindibile.

In quest'ultimo caso, infatti, la parte non potrebbe sopperire a tale mancanza, ricorrendo alla dichiarazione confessoria di una delle parti. Inoltre, la prova testimoniale soggiace alle preclusioni contenute agli artt. 2721 e seguenti del codice civile, alla luce delle quali si può affermare che il *pactum fiduciae* non può essere provato per testimoni, in quanto le disposizioni in materia vietano la prova testimoniale dei patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento²⁵⁷.

Invece, per quanto attiene al fenomeno simulatorio, il legislatore ha predisposto uno specifico impianto dell'*onus probandi*, contenuto all'art. 1417 c.c., che detta una articolata disciplina della prova testimoniale. L'azione, volta ad ottenere la dichiarazione dell'inefficacia totale del negozio simulato in caso di simulazione assoluta ovvero l'accertamento del reale rapporto sottostante a quello simulato, può essere fatta valere sia dalle parti che dai terzi pregiudicati.

Tuttavia, mentre a quest'ultimi è riconosciuto un potere pieno di fornire la prova della simulazione con qualsiasi mezzo, sia esso testimoniale o per presunzioni; invece, per le parti si stabiliscono gli stessi limiti che ricorrono in tema di regime ordinario delle prove, trovando applicazione la disciplina contenuta all'art. 2722 del codice civile. E ciò ancorché l'art. 1417 c.c. sancisca una vera e propria deroga al principio generale dell'inammissibilità della prova per testimoni, prevedendo, in via di eccezione, che anche le parti possono far ricorso al suddetto mezzo, laddove esse intendano far affiorare il carattere illecito del contratto dissimulato. Così operando, si amplia anche la portata delle eccezioni al divieto della prova

257 Una prospettiva particolare riguardo tale aspetto è contenuta, invece, in Cass., 1 agosto 2007, n. 16992, la quale ammette a certe condizioni la possibilità di provare per testimoni il patto fiduciario.

testimoniale, regolamentata in generale all'art. 2724 c.c., in quanto, in tema di simulazione, aggiunge l'ulteriore eccezione della possibilità delle parti di far rilevare, attraverso la testimonianza, l'illiceità del contratto dissimulato.

Le esposte considerazioni vanno, dunque, a confermare quella tendenza registrata in dottrina che sostiene la vitalità del negozio fiduciario, anche in termini di configurabilità di un nuovo rapporto tra struttura e funzione del negozio. Riflessioni queste che, attraverso l'innovativa prospettiva della proprietà funzionale, estendono la loro portata anche all'art. 2645 ter c.c., rendendo più operativa la norma sui negozi di destinazione. Norma che, secondo parte della dottrina²⁵⁸, avrebbe introdotto nel nostro sistema civilistico un vero e proprio “trust” italiano.

6. Il problema dell'opponibilità del *pactum fiduciae* in relazione alla posizione dei creditori, con specifico riferimento all'azione revocatoria. Il principio della separazione patrimoniale.

Con riguardo al profilo attinente all'opponibilità della fiducia, vengono in rilievo diverse angolazioni da cui osservare il problema.

Muovendo dal punto di vista delle pretese creditorie, vantate sui beni che formano l'oggetto del *pactum fiduciae*, si evidenzia la necessità di distinguere le vicende giuridiche che possano coinvolgere i creditori del fiduciante da quelle riconducibili

258 L. GATT, “Dal trust al trust. Storia di una chimera”, II ed., Napoli, 2010; ID. “Il trust italiano”, in “Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea”, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, nella collana: “I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato”, Gruppo24ore, 2013; G. PALERMO, “Sulla riconducibilità del <<trust interno>> alle categorie civilistiche”, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 98, 2000, p. 133 e ss.; infine, per una più accurata indagine sul trust si rinvia al capitolo III.

alle rivendicazioni proprie dei creditori del fiduciario.

È bene sgombrare il campo dall'ipotesi di sicura operatività dell'azione revocatoria²⁵⁹, attivabile dai creditori del debitore-fiduciante, allorché costui preordini in modo fraudolento il trasferimento del bene al fiduciario, mettendo in tal modo a repentaglio le ragioni creditorie.

Non vi è dubbio, infatti, che l'atto di disposizione posto in essere comporti nella sfera patrimoniale dei creditori del fiduciante un vero e proprio pregiudizio, ricorrendo tutti i presupposti prescritti dall'articolo 2901 del codice civile, quali il *consilium fraudis*, l'*eventus damni*, nonché la *scientia fraudis*, in quanto il fiduciario sia a conoscenza dell'intento fraudolento del disponente-debitore²⁶⁰.

Dall'esperimento di tale rimedio ne scaturisce l'inopponibilità al creditore revocante dell'atto dispositivo, preordinato alla realizzazione di un peggioramento della garanzia patrimoniale offerta, nonché la successiva possibilità per lo stesso di esercitare sul bene oggetto di revocatoria, l'azione esecutiva.

All'esito dell'azione revocatoria, l'atto comunque conserva la sua efficacia e rimane valido sia tra le parti che nei confronti dei terzi, per cui esso è soggetto ad un'inefficacia relativa e parziale, non determinando ciò né un'invalidità dell'acquisto, né un effetto restitutorio a favore del creditore²⁶¹. Si evince che la

259 Cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 591, in *Foro it.*, 1999, I, 1, p. 1470, con nota di DI CIOMMO, "Brevi note in tema di azione revocatoria, <<trust>> e negozio fiduciario"; Cass., 18 marzo 1994, n. 2604; Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Banca e borsa*, 1991, II, p. 681.

260 Si veda sul tema dell'azione revocatoria, in generale, C.M. BIANCA, "Diritto civile 5. la responsabilità", Milano, 1994, p. 433.

261 Per un'attenta disamina sul punto, si veda M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 155, in cui l'A. osserva che: <<In applicazione dei principi che riguardano la revocatoria, l'esercizio di tale azione da parte dei creditori del fiduciante non determina tuttavia l'invalidità dell'acquisto del fiduciario, né un effetto restitutorio del bene al creditore, ma solo l'inefficacia relativa dell'atto dispositivo. Deve infatti rifiutarsi quella tesi che assegna all'azione revocatoria la funzione di reintegrazione in forma specifica del bene. Attraverso tale rimedio la legge non tutela l'interesse alla indisponibilità dei beni ma l'interesse alla soddisfazione del creditore sul patrimonio del debitore>>. In conformità al

funzione di tale azione consiste nella tutela del creditore contro gli atti dispositivi che espongono i creditori al rischio attuale e concreto di insolvenza da parte del debitore.

Al di là dell'ipotesi di attribuzione fraudolenta, il vero nodo problematico si ravvisa, in tema di fiducia, con riferimento all'attivazione del meccanismo revocatorio avverso gli atti che abbiano determinato il pericolo d'incapienza del patrimonio del fiduciante a garantire il credito del revocante.

In altri termini, affinché l'atto sia soggetto a revocatoria è necessario che esso comporti un effettivo danno alle legittime pretese creditorie.

La giurisprudenza di legittimità²⁶², interrogandosi su tale punto, è giunta ad affermare che nel caso di atto compiuto in adempimento di un'obbligazione, l'ordinamento non accorda ai creditori la possibilità di esercitare l'azione revocatoria, applicandosi il principio generale in forza del quale sono soggetti a revocatoria solo gli atti che menomino effettivamente la garanzia patrimoniale generica del creditore e non tutti gli atti di disposizione compiuti dal debitore che comportino una diminuzione dei beni aggredibili, in termini di un'astratta possibilità d'insolvenza²⁶³.

pensiero di MEIERINI, *"Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio ai creditori"*, Firenze, 1912, p. 395; COSATTINI, *"La revoca degli atti fraudolenti"*, Padova, 1950, p. 237; R. NICOLÒ, *"Della conservazione della garanzia patrimoniale (artt. 2901-2904)"*, in *Comm. Scialoja-Branca (art. 2900-2969)*, Bologna-Roma, 1953, p. 183, il quale, vieppiù, individua, quale fondamento giuridico di tale azione, il vincolo di indisponibilità gravante sul patrimonio del debitore a favore del creditore; L. BIGLIAZZI GERI, *"Revocatoria (azione)"*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991; C.M. BIANCA, *"Diritto civile 5. la responsabilità"*, Milano, 1994, p. 435. *Contra*, BREGOLI, *"Effetti e natura della revocatoria"*, Milano, 2001, p. 85. In giurisprudenza, si considerino Cass., 18 febbraio 1991, n. 1691; Cass., 29 marzo 1999, n. 2567.

262 Cfr. Cass., 18 ottobre 1991, n. 11025. Si veda sul punto anche M. BIANCA, *"La fiducia attributiva"*, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 158.

263 Sotto altro angolo prospettico, quale quello dell'abuso del diritto della garanzia patrimoniale, si veda Cass., 5 aprile 2016, n. 6533, in cui si afferma che: <<Il creditore che, senza

In particolare, si osserva che proprio in forza del fatto che il negozio fiduciario (e lo stesso discorso, ad esempio, vale per la sequenza contratto preliminare e contratto definitivo) si sostanzia in un atto dovuto, esso in quanto tale non può essere soggetto ad azione revocatoria²⁶⁴.

Anche in tema di società d'intermediazione mobiliare e quindi di attività fiduciaria dal carattere di amministrazione e gestione di beni nell'interesse altrui, la giurisprudenza di merito²⁶⁵ è intervenuta sancendo l'esclusione dell'azione revocatoria fallimentare con riguardo ai pagamenti effettuati dalla stessa società, sulla base di un diritto di comproprietà dei clienti, nonché della disciplina della separazione patrimoniale.

Ulteriori e più complessi spunti critici si presentano qualora si analizzi la posizione dei creditori del fiduciario, che intendano agire in revocatoria sugli atti di disposizione che lo stesso ponga in essere al fine di adempiere il negozio fiduciario. Soffermandosi sul dato puramente formale, che connota il negozio fiduciario, relativo all'effettivo trasferimento della proprietà del bene dalla sfera patrimoniale del fiduciante a quella del fiduciario, la giurisprudenza²⁶⁶ ha riconosciuto l'esperibilità dell'azione revocatoria a vantaggio dei creditori del fiduciario, sul presupposto che quest'ultimo comunque effettua atti di disposizione su beni o diritti facenti parte del suo patrimonio, obliterando del tutto il profilo della funzionalità del trasferimento nell'interesse altrui.

adoperare la normale diligenza, iscriva ipoteca su beni, il cui valore superi i parametri previsti dall'art. 2875 c.c. rispetto al credito garantito, incorre nella responsabilità prevista dall'art. 96, comma 2, c.p.c., configurandosi un abuso del diritto della garanzia patrimoniale in danno del debitore>>.

264 Cfr. Cass., 18 ottobre 1991, n. 11025.

265 Trib. Firenze, 3 febbraio 1999.

266 Per una attenta disamina giurisprudenziale, si rinvia a MAFFEI ALBERTI, "Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Principi generali", in *Giur. sistematica civile e commerciale*, diretta da BIGIAMI, Torino, 1978, p. 355.

Conferma di tale lettura è data da alcune pronunce in materia di mandato, in cui si afferma l'operatività dell'azione revocatoria sulle somme che il mandatario percepisce nell'interesse del mandante ovvero sui versamenti ottemperati dall'operatore commerciale a favore del preponente²⁶⁷.

Tale dato giurisprudenziale, tuttavia, tradisce non solo l'essenza stessa del fenomeno fiduciario, che non può essere irretito e, dunque, limitato entro gli angusti confini di costruzioni formali, poco aderenti alla realtà dell'affare posto in essere dalle parti, ma vieppiù scardina in radice il corretto assunto secondo cui, in assenza di una dolosa preordinazione, l'atto di disposizione, qualora abbia ad oggetto beni sottoposti a vincolo fiduciario, è sottratto alla revocazione, poiché atto dovuto.

In tal caso, l'atto di esecuzione dell'obbligo fiduciario non necessariamente risponde ad una logica di pregiudizio alle pretese creditorie, non rilevando di per sé stesso l'intento di sottrarre i beni contemplati nel *pactum fiduciae* alla garanzia patrimoniale generica dei creditori del fiduciario.

Prova ne è l'ulteriore principio della separazione patrimoniale, in materia di società fiduciaria, che ben orienta la giurisprudenza ad escludere l'ammissibilità di un'azione revocatoria fallimentare a favore dei creditori della fiduciaria, sulla base che tali beni comunque sarebbero sottratti alle loro pretese creditorie, non rilevando come garanzia patrimoniale dagli stessi aggredibile.

Considerando, dunque, l'ulteriore elemento della destinazione impressa dal negozio fiduciario ai beni oggetto del *pactum fiduciae* e tenendo conto dell'effettivo risultato a cui tende l'intera operazione economica sottesa al contratto fiduciario, si potrebbe giungere ad una soluzione più equa e conforme ad istanze di giustizia sostanziale e non solo esclusivamente formale. In altri termini, il dato funzionale sotteso all'atto di disposizione esclude, di certo non in radice, l'esercizio dell'azione revocatoria da

267 Si veda M. BIANCA, "La fiducias attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 159.

parte dei creditori del fiduciario, atteso che il limite rimane sempre quello della non produzione di un danno effettivo alle legittime pretese creditorie.

Tuttavia nei casi non patologici, il trasferimento della proprietà del bene o del diritto deve sottostare alle logiche proprie del fenomeno fiduciario, quale atto dovuto ed orientato a rendere produttivo di effetti l'assetto di interessi contrattualmente programmato dalle parti, alla luce di uno dei principi cardine dell'ordinamento, quale quello dell'autonomia negoziale, laddove lo stesso possa operare risolvendo, da parte degli operatori del diritto, problemi relativi a discrasie di sistema anche attraverso lo strumento dell'interpretazione estensiva delle categorie giuridiche, in modo che quest'ultime non si riducano a contenitori vuoti o lontani rispetto al mondo giuridico che sono chiamate a regolare.

7. Ulteriori risvolti argomentativi della giurisprudenza di legittimità sull'opponibilità della fiducia nell'esecuzione forzata e nel fallimento. Rilevanza dei timidi accenni all'operazione economica in materia di negozio fiduciario.

Allo stato attuale l'urgenza di rivisitazione riguardante il modello della fiducia viene, dunque, sottolineata non solo dalla presenza di particolari istituti che nel panorama internazionale ed europeo realizzano funzioni fiduciarie, ma anche - relativamente al piano prospettico propriamente "esogeno" al nostro sistema codicistico - dalla predisposizione di progetti di legge, diretti all'introduzione, ad opera del legislatore, di un vero e proprio contratto fiduciario con *causa fiduciae* tipica.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, tuttavia, in mancanza di una espressa

regolamentazione del negozio fiduciario, la dottrina e la giurisprudenza non dubitano affatto che esso sia ammissibile alla luce del disposto dell'art. 1322, secondo comma, del codice civile, qualora sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

La giurisprudenza di legittimità, in particolare, ha sottolineato in tre pronunce²⁶⁸, relativamente recenti, e che in tale sede s'intendono analizzare, l'essenzialità di una concezione evolutiva in tema di rapporti fiduciari. Si cerca, tra le righe di tali giudicati, di rintracciare e mettere in evidenza un filo rosso che percorre la riflessione sulla moderna "vitalità" del paradigma fiduciario.

Ciò che emerge da tale indagine non è solo l'aspetto rilevante dei rimedi da estendere in caso di abuso della fiducia²⁶⁹, ma anche l'interpretazione che di siffatto negozio deriva dal panorama delle ricostruzioni sistematiche offerte da una parte della giurisprudenza, con riferimento alla tematica del possesso indiretto, realizzato ovviamente in forza del meccanismo dell'interposizione reale²⁷⁰, inserito, tuttavia, in una prospettiva a più ampio raggio, propria del concetto ermeneutico dell'operazione economica, che rende possibile una connotazione in termini unitari della causa sottesa al programma fiduciario²⁷¹. Riflessione questa che poi comporta, come risultato finale della tesi che qui si va sostenendo, l'innesto giuridicamente fattibile e altrettanto corretto del negozio fiduciario con i vincoli di destinazione, in termini di effetti destinatori impressi al *pactum fiduciae*, al fine di rendere lo stesso trascrivibile e, quindi, opponibile ai terzi.

268 Cfr. Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031; Cass. 25 giugno 2008, n. 17334; Cass. 15 maggio 2014, n. 10633.

269 Si veda, sotto quest'aspetto, Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031.

270 Cass. 25 giugno 2008, n. 17334, con nota di F. DI MAIO, "L'(in)adempiere del fiduciario nel negozio fiduciario", in *Le società*, n. 12, 2008, p. 1476 e ss.

271 Cfr. Cass. 15 maggio 2014, n. 10633.

Per quanto attiene, dunque, al profilo dei rimedi estendibili in caso di violazione del *pactum fiduciae*, viene in rilievo un'importante arresto della giurisprudenza di legittimità reso alla fine degli anni Novanta²⁷², nel quale per la prima volta i giudici di piazza Cavour hanno riconosciuto la possibilità da parte del fiduciante di esperire l'azione di rivendicazione fallimentare in relazione ad una ipotesi d'insolvenza della società fiduciaria²⁷³.

Nonostante la decisione in esame pecchi di scarsa chiarezza circa l'*iter* argomentativo relativo ai presupposti e alle condizioni di attivazione della tutela reipersecutoria²⁷⁴, le imprecisioni delle argomentazioni proposte²⁷⁵ non sviliscono affatto le opportune deduzioni, poste a presidio della posizione del cliente-investitore.

Le risultanze decisorie, infatti, non solo rispondono concretamente alle sentite esigenze di giustizia sostanziale, atteso che la Cassazione, sposando la tecnica dei rimedi più che quella dell'astrazione dei diritti, riesce, in tal caso, a raggiungere l'obiettivo più circoscritto di una tutela effettiva offerta al fiduciante, con ricadute applicative che si pongono realmente in contrasto con la condotta di abuso, posta in essere dalla società fiduciaria.

272 Si tratta di Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031; già prima, però, si veda la motivazione di Cass. 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Foro it.*, 1985, I, 1, p. 2325; Cass. 27 novembre 1999, n. 13261.

273 La soluzione che la giurisprudenza attualmente offre con riferimento alla tutela del cliente-investitore, in caso di fallimento della società fiduciaria, è duplice. Infatti o al cliente viene riconosciuta una posizione di proprietà sostanziale dei titoli azionari, ammettendosi in tal caso l'esercizio da parte dello stesso dell'azione di rivendicazione fallimentare, oppure si rileva un regime di comproprietà in capo ai clienti ex art. 939 c.c., ciò comportando la preclusione dell'azione di cui all'art. 103 l. fallimentare.

274 E non di natura esclusivamente obbligatoria data la sussistenza del *pactum fiduciae*, come osservano Trib. Torino, 7 luglio 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 869 oppure in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 899, con nota di BAZZANI; e Cass. 18 settembre 1993, in *Soc.*, 1994, p. 87.

275 Riguardo le critiche della dottrina alla sent. n. 10031 del 1997, si veda L. DE ANGELIS, P. GAGGERO, "Società fiduciarie", in *Contr. impr.*, Padova, 2003, p. 956 e ss.

Ma ciò che soprattutto rileva, sul terreno dei contenuti sottesi alla pronuncia, è il dato di evitare soluzioni gravemente inique in danno del cliente-fiduciante, concernenti, se si vuole, anche l'efficienza e la correttezza dell'andamento del mercato, *sub specie* di tutela del credito o di gestione dei patrimoni mobiliari, secondo una logica individualizzante dei rimedi che contrasti la degenerazione a valle di rapporti già instaurati.

In particolare, la sentenza *de qua* prende in considerazione uno dei più dibattuti temi in ordine allo schema contrattuale della fiducia, ovverosia la possibile sottrazione dei beni indicati nel *pactum fiduciae* rispetto alla massa patrimoniale del fiduciario e, di conseguenza, ad un'eventuale suo fallimento o esecuzione forzata esperita nei suoi confronti. Tale separazione²⁷⁶ comporta, dunque, una limitazione al principio della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., realizzando una tutela del fiduciante, fondata sulla opponibilità della fiducia avverso i creditori del fiduciario.

Nella sentenza, infatti, se, da un lato, si riconosce in capo al cliente-fiduciante la titolarità della “proprietà sostanziale” dei beni oggetto del patrimonio separato, in quanto dato in gestione alla società fiduciaria; dall'altro lato, si sostiene che la società fiduciaria possa valersi di un titolo formale, il cui contenuto però si sostanzierebbe in una proprietà non fittizia, in quanto <<effettivamente voluta, e appunto per questo estrinsecantesi in obblighi di gestione e di garanzia degli

276 Sul principio della separazione patrimoniale di cui all'art. 22 T.U.F. si vedano, C. RABITTI BEDOGNI, “Il principio della <<separazione>> patrimoniale nella disciplina dei servizi di investimento”, in *Scritti in memoria di Pietro De Vecchis*, II, Roma, 1999, p. 831; MAZZINI, “Regole prudenziali e obblighi di comportamento nella prestazione dei servizi di investimento”, in *Intermediari finanziari mercati e società quotate*, a cura di PATRONI GRIFFI-SANDULLI-SANTORO, Torino, 1999, p. 162; GUGLIOTTA, “Commento all'art. 22”, in *Il Testo Unico della Intermediazione finanziaria*, Commentario a cura di C. RABITTI BEDOGNI, Milano, 1998, p. 197.

effettivi titoli>>²⁷⁷.

La pronuncia, sotto questo aspetto, appare alquanto ibrida nelle conclusioni giuridiche, atteso che non chiarendo la distinzione tra proprietà formale e sostanziale, ne fa comunque uso per risolvere il caso concreto certamente caratterizzato dalle forti peculiarità del rapporto fiduciario che ne è oggetto.

Altra aporia si rinviene in ordine all'applicazione della norma sulla separazione patrimoniale, contenuta nell'art. 22 T.U.F., in special modo con riguardo al rapporto tra separazione e individuazione dei beni oggetto della fiducia²⁷⁸.

La Suprema Corte, infatti, opera un sostanziale appiattimento dei due diversi concetti, sovrapponendo il piano giuridico con quello materiale, al fine di configurare a vantaggio del fiduciante il diritto di separazione fallimentare. Esemplificando, si è fatto coincidere il momento giuridico della separazione con il momento materiale dell'individuazione dei beni, in modo da scongiurare una confusione dei patrimoni tra clienti-fiducianti e società fiduciaria, ai fini del riconoscimento dell'azione di restituzione o di rivendica esercitata dai titolari contro la società detentrici dei beni, oggetto del negozio fiduciario²⁷⁹.

277 Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031.

278 Con riferimento alla distinzione tra separazione e individuazione dei beni, si vedano: M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 137; Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Il fallimento*, 1998, IV, p. 391, con nota di GALANTI, "Dissesto dell'intermediario e separazione patrimoniale: restituzione degli strumenti finanziari privi di individuazione"; oppure in *I contratti*, 1998, p. 23 e ss., con nota di U. CARNEVALI; in *Corr. giur.*, 1998, p. 29 e ss., con nota di DI MAJO; in *Foro it.*, 1998, I, p. 851 e ss., con nota di CRISOSTOMO-MACARIO, "Separazione e individuazione del patrimonio dei fiducianti nelle azioni ripercussorie contro la società"; in *Giur. comm.*, 1998, II, pag. 308 e ss., con nota di DI MAIO, "L'attività propria di società fiduciaria, la qualificazione del rapporto e la separazione dei beni amministrati: una interessante puntualizzazione sull'applicazione dell'art. 103 l. fall."; in *Banca e borsa*, 1999, II, p. 150 e ss., con nota di SALAMONE, "La Cassazione fa un passo avanti rispetto alla giurisprudenza consolidata in materia di rivendicazione fallimentare (art. 103 l. fall.) di qualità di beni fungibili non individuati".

279 *Contra* CRISOSTOMO-MACARIO, "Separazione e individuazione del patrimonio dei fiducianti nelle azioni ripercussorie contro la società", in *Foro it.*, 1998, I, p. 859, i quali

La *quaestio iuris* tra separazione e individuazione dei beni non risulta di scarso valore, benché per una parte della giurisprudenza di legittimità l'applicazione della fondamentale regola della separazione comunque produce i suoi effetti, anche nel caso in cui si generasse la materiale confusione per la mancata individuazione corporea dei beni facenti parte del patrimonio del cliente rispetto al patrimonio della società di investimento²⁸⁰.

In particolare, la suddetta tesi ritiene sufficiente l'operatività della sola regola sulla separazione patrimoniale, affinché venga assorbito anche l'ulteriore profilo dell'individuazione materiale dei beni oggetto della gestione. Essa trova conferma nelle argomentazioni elaborate da una parte della dottrina²⁸¹, le quali muovono dal combinato disposto degli articoli 22 T.U.F. e 91 T.U.B., rispettivamente attinenti al principio della doppia separazione, sia “verticale” (tra patrimonio della società fiduciaria e patrimonio del cliente) sia “orizzontale” (tra patrimoni dei clienti), nonché al principio che presiede alla logica di ripartizione e restituzione nella fase di liquidazione della società di intermediazione mobiliare.

Secondo tale impostazione, infatti, la tutela dei clienti contro gli abusi della società di investimento sarebbe assicurata in forza dell'applicazione necessaria della sola regola sulla separazione, soprattutto quella di tipo verticale.

Naturalmente tale soluzione non è pacifica né in dottrina né in giurisprudenza, anzi si sono prospettate tesi alquanto discordanti sul punto. Al riguardo, vi è chi sostiene²⁸² che soltanto nei confronti di alcuni clienti, per i quali i beni siano

criticando la sentenza in esame (n. 10031 del 1997), osservano che: <<Le norme che...stabiliscono la separazione dei patrimoni...neanche contribuiscono alla soluzione del problema, di carattere più fattuale, della individuazione del bene, ai fini dell'azione di restituzione o di rivendica intentata dai titolari contro il detentore>>.

280 M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 137.

281 M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 138.

282 D'ALESSANDRO, “*Dissesto di intermediario mobiliare e tutela dei clienti*”, in *Giur.*

identificabili, è possibile l'attivazione della tutela di cui all'art. 91 T.U.B., mentre per i clienti i cui beni risultano confusi nel patrimonio della società fiduciaria, l'operatività della norma è esclusa, con conseguente ammissione degli stessi alla procedura concorsuale del fallimento.

Altra posizione dottrinale²⁸³, invece, offre una lettura assai estensiva dell'art. 91 T.U.B., sull'asserito carattere imperativo del principio sulla separazione tra patrimoni, da cui discende come corollario applicativo la possibilità di richiedere, da parte del fiduciante, la restituzione dei beni, anche nel caso in cui si sia verificata una confusione tra i titoli dei singoli clienti, ma non una confusione tra patrimoni di quest'ultimi con quello della società di investimento.

Alla luce del criterio logico seguito nella sentenza, si potrebbe arrivare a sostenere, come già evidenziato da alcuni autori²⁸⁴, che la norma sulla separazione

comm., 1997, I, p. 481. *Contra* M. BIANCA, “La fiducia attributiva”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 138 nota n. 7.

283 INZITARI, “Effetti della liquidazione coatta amministrativa sui rapporti in corso. Atti di amministrazione sul patrimonio della clientela”, in *Il fallimento*, 2000, p. 1208. RONCO, “Affidamento di beni mobili e insolvenza dell'affidatario”, Padova, 2000, p. 97 e ss.

284 C. RABITTI BEDOGNI, “Il principio della <<separazione>> patrimoniale nella disciplina dei servizi di investimento”, in *Scritti in memoria di Pietro De Vecchis*, II, Roma, 1999, p. 843; M. BIANCA, “La fiducia attributiva”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 140. Per un approfondimento della tematica, si consideri S. MACCARONE, “Il sistema di garanzia degli investitori: rapporti con le procedure di liquidazione coatta amministrativa; linee di confine con la tutela dei sistemi di garanzia dei depositanti”, in *Dir. banca e merc. finanz.*, 2000, p.196 e ss.; FORTUNATO, “Liquidazione coatta delle Sim e rapporti pendenti: <<il patrimonio separato>> della clientela e i relativi atti di amministrazione”, in *Dir. banca e merc. finanz.*, 2000, p. 563 e ss. Si veda anche INZITARI, “Effetti della liquidazione coatta amministrativa sui rapporti in corso. Atti di amministrazione sul patrimonio della clientela”, in *Il fallimento*, 2000, p. 1209, secondo cui: <<Il primo corollario che deve essere necessariamente dedotto da tale disciplina è costituito dal fatto che, comunque si svolga da parte dell'intermediario l'attività di acquisizione degli strumenti finanziari o la realizzazione delle liquidità, e , cioè, sia che l'intermediario contratti in nome proprio o in nome dell'investitore, in ogni caso il regime della rigida e invalicabile separazione dei patrimoni esclude radicalmente che gli strumenti finanziari o le liquidità possano essere acquisite all'intermediario mentre al contrario, devono e non possono che essere acquisite dall'investitore, in quanto il principio della separazione patrimoniale

patrimoniale di cui all'art. 22 T.U.F., nonché le altre regole specifiche, connotanti il regime giuridico delle gestioni collettive, ben possano essere estese anche alle gestioni individuali, in quanto volte a scongiurare la confusione dei patrimoni, a vantaggio di una tutela del fiduciante quanto più possibile conforme all'effettività delle manifestazioni di volontà contenute nel *pactum fiduciae* e qualificanti l'essenza stessa dell'intera operazione negoziale posta in essere dalle parti.

La distinzione tra il momento giuridico della separazione e il momento materiale della identificazione dei beni rileva, poi, sotto l'ulteriore aspetto relativo all'esercizio dell'azione di rivendicazione fallimentare, la cui esperibilità, nella sentenza di cui si discute, è stata comunque accordata al fiduciante-cliente.

La decisione del Supremo Consesso, tuttavia, si pone in contrasto sul punto con l'orientamento prevalente, emerso soprattutto nella giurisprudenza di merito²⁸⁵, che si contraddistingue per il diniego della tutela ripercussoria a vantaggio del fiduciante, sulla base del presupposto secondo cui per l'esperibilità dell'azione di rivendicazione fallimentare si richiede la titolarità del diritto di proprietà sui beni, i quali essendo fungibili - come nel caso di specie, in quanto caratterizzati da titoli azionari - necessitano del momento dell'individuazione materiale²⁸⁶.

costituisce sul piano civilistico una vera e propria carenza di legittimazione sostanziale dell'intermediario stesso all'acquisto>>.

285 V. Trib. Torino, 28 febbraio 1991, in *Banca borsa*, 1992, II, p. 468; Trib. Ferrara, 30 dicembre 1993, in *Banca borsa*, 1995, II, p. 68; Trib. 23 gennaio 1998, in *Banca borsa*, 1999, II, p. 149.

286 In particolare, Trib. Torino, 28 febbraio 1991, in *Banca borsa*, 1992, II, p. 482: <<Il fiduciante sottoscrittore di azioni...non è titolare del diritto di proprietà sulle azioni sottoscritte, ma più semplicemente di un diritto alla individuazione delle azioni e alla loro successiva consegna. Solo in forza dell'individuazione diviene proprietario; sino a quel momento è creditore e subisce fino in fondo la legge del concorso, alla pari di tutti gli altri creditori>>; Trib. Ferrara, 30 dicembre 1993, in *Banca borsa*, 1995, II, p. 68: <<La effettiva individuazione o materiale specificazione è presupposto imprescindibile per la loro rivendicazione, sicché non si può configurare un diritto reale del mandante sui beni individuati soltanto nel genere e come tali facenti parte del patrimonio del mandatario

A ciò si aggiunga anche il diverso inquadramento giuridico che offre tale impostazione ermeneutica con riguardo alla fattispecie avente ad oggetto il fallimento del fiduciario. Infatti, al rapporto tra fiduciante e società di investimento si applica il regime giuridico del deposito irregolare, disciplinato dall'art. 1782, primo comma, del codice civile, atteso che nel caso in cui non venga rispettato il principio della doppia separazione (verticale ed orizzontale), il cliente-investitore è esclusivamente titolare di un diritto di credito nei confronti del depositario, il quale si configura come effettivo proprietario.

Di conseguenza, nell'ipotesi di fallimento di quest'ultimo, al fiduciante, non essendo riconosciuta la sua posizione proprietaria sui titoli, è preclusa l'attivazione dell'azione di rivendicazione prevista all'art. 103 l. fall., potendo lo stesso solo concorrere nella procedura concorsuale al pari di tutti gli altri creditori²⁸⁷.

Avverso tale impianto sistematico si pone proprio la sentenza in commento²⁸⁸, la quale, affermando la proprietà delle azioni in favore del cliente, nega la titolarità delle stesse in capo alla società fiduciaria, attraverso l'applicazione della disciplina del contratto di deposito regolare, superando in tal modo anche lo spinoso problema della individuazione materiale dei beni.

Il cambio di rotta è stato possibile proprio sulla base della diversa qualificazione giuridica data alla fattispecie *de qua*.

Infatti, il contratto di deposito si caratterizza per la peculiare circostanza relativa

fallito>>; Trib. 23 gennaio 1998, in *Banca borsa*, 1999, II, p. 149: <<Per la giurisprudenza prevalente le azioni di società quotate debbono essere qualificate come beni fungibili, di talché il procedimento per la rivendica, restituzione e separazione dei beni mobili dall'attivo concorsuale, ai sensi dell'art. 103 l. fall., non è applicabile a quei titoli che non siano individuati nel numero di certificato, unico elemento atto ad assicurare la specificazione in capo al soggetto che agisce in rivendica>>.

287 Così la giurisprudenza prevalente. Per tutte si veda, Cass., 3380/2008, ma anche Trib. Torino, 28 febbraio 1991, in *Banca borsa*, 1992, II, p. 468.

288 Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031.

non alla natura fungibile del bene²⁸⁹, che di per sé stessa non potrebbe comportare il passaggio della proprietà dal depositante al depositario, bensì alla facoltà, esplicitamente o implicitamente dedotta in contratto, accordata al depositario stesso di servirsi del bene, in aggiunta all'obbligazione di custodirlo²⁹⁰.

In altri termini, non è sufficiente che il bene sotteso all'accordo fiduciario sia fungibile, per aversi la trasmissibilità della proprietà al depositario, ma è necessario che venga concessa a quest'ultimo la facoltà di utilizzarlo. In mancanza, quindi, di tale legittimazione, la società fiduciaria non può impiegare nel proprio interesse i beni oggetto di fiducia, in quanto rispetto ai medesimi essa risulta essere una mera depositaria²⁹¹.

La sentenza, dunque, si conclude con il qualificare il fiduciante come “effettivo proprietario”, al dichiarato fine di <<attribuire a detto soggetto una tutela di carattere reale, azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato>>²⁹². Viene così ristabilita la proprietà delle azioni in capo al cliente, con conseguente applicazione della tutela reale, in forza della concessa

289 V. Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031: <<L'ipotesi specificamente regolata dall'art. 1782 c.c., il quale tuttavia precisa che il passaggio della proprietà dal depositante al depositario non costituisce una conseguenza indefettibile della fungibilità delle cose depositate, poiché tale effetto si realizza solo se al depositario è concessa (anche) la facoltà di servirsi di tali beni nel proprio interesse>>.

290 Come rileva M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 142, in nota 21: <<La Cassazione riproduce quasi testualmente la tesi dottrinale sostenuta da Portale, in ordine al deposito regolare di cose fungibili>>. Si veda, infatti, PORTALE-DOLMETTA, “*Deposito regolare di cose fungibili*”, in *Banca borsa*, 1994, I, p. 847: <<Nel nostro sistema vigente il passaggio della proprietà dal depositante al depositario non è una conseguenza della mera fungibilità ma dipende dalla causa del contratto di cui si tratta. Il carattere fungibile delle cose depositate potrà incidere, casomai, sulle modalità della custodia cui è tenuto il depositario (e quindi sui termini dell'esatto adempimento cui è tenuto il depositario), ma non viene neppure a creare una presunzione di irregolarità del deposito>>.

291 Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031.

292 Cfr. Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031.

esperibilità dell'azione di rivendicazione fallimentare²⁹³.

Un'altra importante decisione, emessa nel 2008 dalla Suprema Corte²⁹⁴, conferma la “vitalità” del negozio fiduciario, evidenziando l'aspetto saliente della interposizione non fittizia, caratterizzante l'intestazione fiduciaria di un cospicuo pacchetto azionario.

Nel caso di specie, la persona dell'erede del fiduciario e alcune società che erano divenute intestatarie di parte delle azioni venivano chiamate a rispondere di inadempimento, per non aver le stesse trasferito in restituzione le azioni intestate, in forza di un accordo fiduciario.

Il patto di natura obbligatoria valeva, dunque, a “piegare” gli effetti della convenzione nell'esclusivo interesse dei fiducianti. Tanto ciò è vero che nel contestare l'addebito il convenuto principale e le società di investimento eccepivano il decorso del termine e l'intervenuta prescrizione della domanda.

La Corte, investita della questione, pone come punto fermo in materia l'assunto secondo cui il diritto del fiduciante di attivare la propria tutela contro l'inadempimento del fiduciario è soggetto al termine prescrizione ordinario decennale, il cui *dies a quo* decorre dal giorno della violazione degli accordi, ovvero dal giorno della vendita ad un terzo del bene intestato fiduciariamente²⁹⁵.

293 Su una interessante prospettiva relativa all'azione di rivendicazione fallimentare ex art. 103 l. fall., si consideri M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 148 e ss., in cui l'A. rileva come la soluzione che comporta l'applicazione dell'art. 103 l. fall. da parte del fiduciante (anche se questi non sia titolare dei beni), in caso di fallimento del fiduciario, si trova in linea con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, atteso che l'art. 103 l. fall. ha come fondamento sia una situazione di carattere reale sia una situazione di carattere creditoria, in quanto la norma parla indistintamente di rivendicazione, separazione e restituzione, operando in tal modo una sorta di equiparazione funzionale tra rivendicazione e restituzione. L'A., infatti, precisa che l'azione di rivendicazione fallimentare presenta presupposti soggettivi diversi rispetto all'azione di rivendicazione disciplinata dall'art. 948 del codice civile.

294 Cfr. Cass., 25 giugno 2008, n. 17334.

295 Cfr. Cass., 25 giugno 2008, n. 17334. Sempre in tema di prescrizione, si veda Cass.

Anche tale sentenza, dunque, mette in evidenza il nodo problematico della figura del negozio fiduciario, il quale non può essere ricostruito sulla base di una tesi composita o verosimile a seconda che il fenomeno possa essere ricondotto ad una impostazione romanistica, laddove attenga a beni immobili oppure ad una ricostruzione germanistica, nel caso in cui oggetto del *pactum fiduciae* siano altri diritti, definibili in termini di quote sociali o valori mobiliari.

Appare, dunque, difficile configurare il fenomeno fiduciario quale “entità” caratterizzata dalla sussistenza di due anime, poste separatamente su di un doppio binario e, dunque, destinate a non incontrarsi mai. Non è un caso, infatti, che la continua oscillazione della giurisprudenza si fondi sulla rintracciabilità o meno nel nostro ordinamento del principio della sola legittimazione a disporre della cosa rispetto alla titolarità della stessa.

Al fine di ridurre ad *unicum* i <<due sensi strettamente correlati e richiamantesi>> e <<che sono nel tempo stesso complementari e refrattari reciprocamente>>²⁹⁶, si potrebbe giuridicamente spostare il discorso su una diversa e più fertile prospettiva evolutiva della tematica, ritenendo che la limitazione convenzionale degli effetti del negozio di investitura reale del fiduciario sia ammissibile, in omaggio al principio generale dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c., limitatamente agli effetti interni ed a condizione che siano osservate le ulteriori regole poste dall'ordinamento in materia di causa illecita²⁹⁷, di negozio in frode alla legge, di motivo illecito comune ai contraenti²⁹⁸, in base agli articoli 1343, 1344 e 1345 del codice civile.

14375/2001, in cui, invece, si afferma che il termine prescrizione decorre dal giorno in cui il fiduciario non abbia ottemperato alla richiesta del fiduciante di eseguire il trasferimento del bene.

296 G. LAMPIS, “I Greci e l'unicum”, in *Riv. Atopon*, Ed. Mythos.

297 Si veda Cass., 7152/1983.

298 Cfr. Cass., 12830/1992.

Il punto di vista in questione è stato opportunamente approfondito da una recentissima decisione di legittimità²⁹⁹, la quale rielabora il negozio fiduciario in chiave di operazione economica. Siffatto inquadramento conferma la correttezza di una prospettiva endogena al sistema sotto il profilo rimediale, richiamando, secondo la tesi sostenuta nel presente lavoro, la più ampia tematica dei vincoli di destinazione, quale aspetto strettamente contiguo della riflessione in materia³⁰⁰.

Nel caso di specie viene in rilievo una operazione negoziale, ricondotta dalla Corte nello schema del negozio fiduciario, in forza della quale un marito, fornendo la necessaria somma pecuniaria, faceva acquistare alla propria moglie degli immobili, per poi essere a lui trasferiti, sulla base di un accordo trasfuso in una dichiarazione unilaterale scritta, resa dalla consorte³⁰¹.

Dal testo della sentenza emergono diversi interessanti profili³⁰², ma l'argomento che in tale sede si intende mettere in evidenza è dato dall'individuazione, da parte

299 Cass. 15 maggio 2014, n. 10633.

300 Cass., 25 giugno 2008, n. 17334, con nota di F. DI MAIO, “L'(in)adempiere del fiduciario nel negozio fiduciario”, in *Le società*, n. 12, 2008, p. 1478.

301 Cfr. Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, la cui massima è la seguente: <<La dichiarazione unilaterale scritta, con cui un soggetto si impegna a trascrivere ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario, non costituisce semplice promessa di pagamento, ma autonoma fonte di obbligazione se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impiego unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei dati catastali>>. Si veda in quanto conformi anche Cass. 22223/2006, Cass. 4921/2006, Cass. 13335/2000.

302 Per quanto attiene agli altri aspetti rilevanti, si veda Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, con nota di E. CAMILLERI, “L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed) eseguibile ai fini del “pactum fiduciae””, in *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015, p. 2, in cui l'A. osserva: <<Invero non sono pochi i profili di interesse della sentenza...l'(inedita) apertura verso una forma anche nuncupativa del *pactum fiduciae*, quand'anche involgente beni immobili, ed infine, quanto ai meccanismi attuativi del *pactum* stesso e dei suoi profili obbligatori, l'altrettanto inedita - e sistematicamente rilevante - presa di posizione a favore di possibili congegni unilaterali di tipo schiettamente promissorio, in luogo del classico contratto>>.

dei giudici, del paradigma fiduciario, alla luce dell'importante chiave di lettura riconducibile al congegno dell'operazione economica, laddove si afferma *expressis verbis* che la fiducia costituisce la causa dell'intera operazione economica posta in essere dalle parti, la quale si caratterizza per lo stretto legame di differenti negozi giuridici, tra loro collegati e che colora di liceità e meritevolezza l'impegno del ritrasferimento assunto dal fiduciario³⁰³.

In altri termini, il canone ermeneutico e ordinante dell'operazione economica rende possibile cogliere e, dunque, sottoporre alla disciplina sulla fiducia la complessa articolazione dei diversi atti di autonomia privata, nonché gli effetti che da essi derivano, in forza di una prospettiva unificante che rende evidente la causa fiduciaria unitaria, la quale sorregge i singoli segmenti negoziali e i trasferimenti posti in essere dai contraenti. Infatti, parte della dottrina osserva che <<è al *pactum fiduciae* che si riannodano comunque, in punto di causa, più atti negoziali, tutti concorrenti nell'attuazione dell'assetto di interessi perseguito dalle parti>>³⁰⁴. Siffatta ricostruzione trova oggi conferma nella sentenza in commento, la quale, come ulteriore specificazione, dà rilievo e visibilità al condivisibile e puntuale richiamo attinente alla figura dell'operazione economica, intesa quale parametro giuridico per individuare il sostegno causale dell'intero programma fiduciario che i contraenti intendono in definitiva realizzare³⁰⁵.

303 Cfr. Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, in cui si statuisce che, sulla base del criterio dell'operazione economica: <<qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella appunto di realizzare il programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare possono essere differenti sia nel numero che nella tipologia>>.

304 E. CAMILLERI, "L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed) eseguibile ai fini del "*pactum fiduciae*"", in *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015, p. 5.

305 In tal senso, si veda anche E. CAMILLERI, "L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed) eseguibile ai fini del "*pactum fiduciae*"", in *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015, p. 7, il quale ritiene che: <<Proprio abbracciando il costrutto dell'operazione

8. L'operazione economica e l'effetto destinatorio, quali aspetti di originalità, nella prospettiva ricostruttiva ed interpretativa del paradigma fiduciario.

Proprio da tali constatazioni, provenienti dalle recenti pronunce di legittimità in materia, emerge, sulla base di quanto in tale sede si vuole mettere in luce, un'innovativa indagine sul negozio fiduciario, quale banco di prova del moderno binomio “autonomia privata ed operazione economica”³⁰⁶.

Si potrebbe profilare l'idea che se, da un lato, gli effetti giuridici reali del negozio sono voluti ma al dichiarato fine di rendere effettiva una precisa finalità; dall'altro, i suddetti effetti rispondono, in realtà, all'intento economico che anima e determina le parti alla contrattazione, occorrendo in tal senso avvicinare i due concetti di “contratto” ed “operazione economica”, per arrivare ad un adeguamento della realtà giuridica al dato riguardante gli interessi sottostanti l'atto negoziale.

Più semplicemente ed in via generale, la tesi che qui si va sostenendo si colloca sulla scia di una scelta interpretativa, che privilegia l'aspetto “endogeno” al sistema nazional-privatistico. Superata, infatti, la visione strutturale e data una visione funzionale al negozio fiduciario, si vuole guardare all'ordinamento non

economica, la Suprema Corte ha buon gioco nel prospettare una possibile scansione tra *pactum fiduciae* e i suoi negozi attuativi che dia spazio ed autonomia al momento obbligatorio propriamente detto, affrancandolo cioè dall'appiattimento – fin qui dato per scontato – sullo stesso patto>>.

306 E. GABRIELLI, “ <<Operazione economica>> e teoria del contratto”, Milano, Giuffrè, 2013, p. 172. *Contra*, C. SCOGNAMIGLIO, “Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti”, Padova, 1990, p. 427, il quale, riflettendo in che modo l'operazione economica possa rilevare come categoria, si chiede <<se il suo uso consenta effettivamente un progresso conoscitivo o non si traduca, invece, nella mera descrizione sia pure in termini raffinati e suggestivi, di un sostrato reale che trova già altrimenti una sua appagante sistemazione>>. VETTORI, “Autonomia privata e contratto giusto”, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 39, in cui l'A. aggiunge che in ogni caso <<non sarebbe possibile affidare la soluzione di ogni problema attinente ai rimedi contro l'ingiustizia del contratto>> a tale concetto.

attraverso l'introduzione di un negozio tipico, ma prendendo in prestito la nozione di causa in concreto³⁰⁷, in termini di *causa fiduciae* finale dell'intera “operazione economica”, stabilita dalle parti in funzione dell'affare.

Questo sforzo interpretativo di carattere endogeno coglie la vera e meritoria sfida dell'attività giuridica, *tout court* intesa, in quanto si pone come obiettivo primario quello di evitare un “sovraffollamento di strumenti di articolazione del patrimonio”³⁰⁸ ulteriori ed eterogenei, atteso che la loro introduzione potrebbe comportare ovvie criticità applicative e di armonizzazione rispetto all'assetto sistematico vigente.

In altri termini, muovendo dal significativo concetto del “rischio della fiducia”, l'angolo prospettico dell'indagine si sposta verso l'individuazione ragionata di un mosaico di rimedi, rintracciabili nel sistema vigente, per risolvere il problema dell'abuso della fiducia.

L'*humus* di una tale ricostruzione si radica in un proficuo dibattito che, come un fiume carsico, ha costantemente percorso quel panorama dottrinale che si è, a più riprese, interrogato sulla particolare questione relativa all'elaborazione di una teoria dei contratti sempre più impegnata ad indagare la portata anche in termini

307 C.M. BIANCA, “*Diritto civile, 3. Il contratto*”, Milano, 1984, p. 445 e ss.; C.M. BIANCA (con la collaborazione di) M. BIANCA, “*Istituzioni di diritto privato*”, Giuffrè ed., 2014, p. 434. Cfr. anche in Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in cui si afferma: «Causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato». Così, Cass. 3 aprile 2013, n. 8100 «La causa del contratto costituisce la sintesi dei contrapposti interessi reali che le parti intendono realizzare con la specifica negoziazione, indipendentemente dall'astratto modello utilizzato». Da ultimo, con riguardo alla causa in concreto, si veda Cass. S.U. 6 marzo 2015, n. 4628.

308 M. BIANCA, “*Relazione introduttiva*”, al Convegno “*Coordinamento dei Dottorandi di Ricerca in Diritto Privato. XXVI Incontro Nazionale*”, tenutosi a Napoli il 29-30 gennaio 2016, presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Facoltà di Giurisprudenza, Sala Villani, consultabile sul sito www.dotpriv.it.

evolutivi degli atti di autonomia privata³⁰⁹. In questo solco è stato possibile scorgere la tendenza ad individuare nel dato causale l'elemento indispensabile che, in quanto dotato di operatività generale, non solo ha consentito l'emersione e, dunque, la positivizzazione del fenomeno della tipicità legale propria dei cc.dd. contratti nominati, ma anche di forgiare una disciplina applicabile ai contratti atipici³¹⁰ e, nello specifico, al negozio fiduciario. In tal modo, suddetti contratti verrebbero dotati di una tutela giuridica non confinata nei rigidi schemi tipologici e precostituiti per legge³¹¹.

L'importanza del discorso sulla funzione tipologica assume, quindi, un valore dirimente in materia, laddove si soffermi l'attenzione sul particolare problema

309 In tal senso, A. GENTILI, *“Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto <<atipico>>”*, in *“Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”*, Vol. 87, 1989, p. 221 e ss.; V. SCIALOJA, *“Negozii giuridici”*, Roma, 1938, IV ed. ristampa, p. 94 e ss.; E. BETTI, *“Teoria generale del negozio giuridico”*, nel *Trattato Vassalli*, II ed., Torino, 1952, p. 184 e ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *“Dottrine generali del diritto civile”*, rist. della IX ed., Napoli, 1976, p. 173 e ss.; L. CARIOTA-FERRARA, *“Il negozio giuridico nel diritto privato italiano”*, Napoli, 1949, p. 603 e ss.; G. STOLFI, *“Teoria del negozio giuridico”*, Padova, rist. 1961, p. 29 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *“Contratti in generale”*, in *Trattato GROSSO e SANTORO-PASSARELLI*, III ed., Milano, 1977, p. 125 e ss.; G. B. FERRI, *“Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”*, Milano, 1965, p. 249 e ss.; C. M. BIANCA, *“Diritto civile, 3. Il contratto”*, Milano, 1984, p. 445 e ss.; G. DE NOVA, *“Il tipo contrattuale”*, Padova, 1974; ID., *“Nuovi contratti”*, II ed., Torino, 1994, p. 16, in cui l'A. afferma che: <<non si tratta di manifestare nostalgie per una disciplina dei contratti ordinata per tipi. Si tratta di denunciare un preoccupante fenomeno. Quello della perdita della fattispecie, e ciò nel delicato e cruciale settore dei limiti dell'autonomia contrattuale>>; ID., *“Il contratto alieno”*, II ed., Torino, 2010. A tal ultimo riguardo, si consideri, A. GENTILI, *“A proposito di: G. De Nova, <<Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno>>”*, in *Riv. dir. civ.*, Vol. 58, n. 2, 2012, p. 133-140.

310 A. GENTILI, *“Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto <<atipico>>”*, in *“Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”*, v. 87, 1989, p. 221 e ss.; R. SACCO, *“Autonomia contrattuale e tipi”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 785 e ss.; G. DE NOVA, *“Il tipo contrattuale”*, Padova, 1974; ID., *“Nuovi contratti”*, II ed. Torino, 1994, p. 23 e ss.; M. COSTANZA, *“Il contratto atipico”*, Milano, 1981, p. 178 e ss.; P. RESCIGNO, *“Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)”*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 44 e ss.

311 G. BENEDETTI, *“La categoria generale del contratto”*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 675.

della elasticità del tipo legale. Infatti, non tutte le variazioni dello schema legale comportano automaticamente la fuoriuscita dal paradigma normativamente tipizzato.

E ciò in quanto il termine “variazione” non sta a significare necessariamente “alterazione”³¹². Come, infatti, si è già avuto modo di affermare³¹³, sussistono variazioni che non presentano una *vis* tale da comportare una modificazione della funzione del modello tipologico espressamente previsto.

Pertanto, qualora si verifichi una modifica che però non incida in modo significativo sull'elemento causale ovvero sulla funzione astratta del tipo legale utilizzato dalle parti, allora tale variazione non determinerà di certo una deroga alla disciplina normativamente prevista per quel paradigma. Solo quelle disposizioni contrattuali dotate di capacità modificativa della funzione, ovvero capaci di incidere sulla causa così come designata dal tipo, comporteranno necessariamente una peculiare valutazione sulla funzione concreta del contratto, al fine di applicare una disciplina che sia derogatoria rispetto a quella stabilita per l'originario schema tipico ed atta a regolare l'operazione economica sottesa all'assetto d'interessi atipicamente articolato dalle parti³¹⁴.

312 C. M. BIANCA, “*Diritto civile. 3. Il contratto*”, Milano, Giuffrè, 2005, p. 449, in cui l'A. osserva che qualora: «le particolari finalità dell'operazione sono compatibili col “tipo” legale il contratto si qualifica in base a quest'ultimo con l'applicazione della relativa disciplina. Le finalità particolari conservano tuttavia la loro rilevanza ai fini di un trattamento del contratto aderente alla realtà dell'operazione che le parti hanno voluto porre in essere».

313 Si veda paragrafo 3 del Capitolo I del presente scritto.

314 E. GABRIELLI, “ <<Operazione economica>> e teoria del contratto”, Milano, Giuffrè, 2013, p. 17 e ss., in cui l'A. osserva con riferimento all'operazione economica che: «potrà avere una struttura semplice, quando l'emersione degli interessi sottostanti sia da ricollegare ad un singolo atto, o complessa, quando essa si componga di una pluralità, o di un collegamento, di negozi, così che l'accordo di collegamento rappresenta lo strumento per il quale distinte cause negoziali vengono preordinate alla realizzazione di uno scopo economico unitario». Si veda anche C. SCOGNAMIGLIO, “*Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*”, Padova, 1992. A. GENTILI, “*L'interpretazione autentica del contratto*”, in

Tali implicazioni di ordine generale suscitano la prospettazione di una innovativa chiave di lettura anche in tema di negozio fiduciario, atteso che si potrebbe, quindi, fare riferimento al moderno binomio “autonomia privata ed operazione economica”, in termini di rapporto tra contratto e realtà dell'affare.

Occorre, quindi, individuare tutta la vicenda fiduciaria patrimonialmente realizzata o da realizzare³¹⁵, che sostanzia l'affare nella sua interezza, al fine di cogliere <<nel suo esatto significato la disciplina che governa>>³¹⁶ l'atto di autonomia privata, soprattutto alla luce della legittima intuizione secondo cui al contratto, inteso come formalizzazione giuridica comunque accede in modo strumentale l'*alter ego* del contratto, quale operazione economica.

Il lemma “operazione economica” non individua, sia ben chiaro, una categoria logica e ordinante, come alcuni autori sostengono³¹⁷, ma, secondo quanto in tale

“Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale”, vol. 17, III, 2001, p. 1090 e ss.

315 P. BARCELLONA, “Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici”, Milano, 1969, p. 288, in cui l'Autore rileva: <<il comportamento negoziale, oltre ad essere una programmazione vincolante del futuro assetto, costituisce un frammento di una più complessa operazione economica comprensiva anche del profilo esecutivo e di tutta la vicenda patrimoniale realizzata o da realizzare>>.

316 E. GABRIELLI, “ <<Operazione economica>> e teoria del contratto”, Milano, Giuffrè, 2013, p. 21.

317 Nel cui filone dottrinale, si indicano alcuni Autori, come G. PALERMO, “Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito”, in *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, vol. III, Napoli, 1972, p. 644 e ss.; ID., “Funzione illecita e autonomia privata”, Milano, 1970, p. 111; ID., “Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto”, Milano, 1974, p. 2, secondo cui l'operazione economica <<è unità formale e trova nel regolamento tipico il suo centro, intorno al quale si coordinano le altre determinazioni pattizie e i diversi comportamenti attuativi, ciascuno caratterizzato dalla rilevanza che gli è propria>>; ID., “Contratto preliminare”, Padova, 1990, p. 101 e ss.; A. LUMINOSO e G. PALERMO, “La trascrizione del contratto preliminare”, Padova, 1998, p. 123 e ss.; nonché V. ROPPO, “Il contratto”, Bologna, 1987, p. 10 e ss., il quale sostiene che: <<Le situazioni, i rapporti, gli interessi che costituiscono la sostanza reale di ogni contratto si possono riassumere nell'idea di operazione economica, dato che con il termine “contratto” non ci si riferisce tanto alle operazioni economiche concretamente realizzate nell'effettiva esperienza dei traffici, ma piuttosto a quella che potremmo chiamare la loro formalizzazione giuridica>>. Tuttavia,

sede si va discorrendo, una attività ermeneutica che si pone a vantaggio dell'operatore giuridico, laddove venga sottoposta al suo vaglio una pluralità di negozi, con correlativa molteplicità di cause giustificative, che tuttavia siano funzionali ad un unico affare, ovvero ad una esclusiva operazione economica programmata dalle parti e a cui tali schemi contrattuali - e, dunque, la disciplina che da essi ne discende - sono in qualche modo subordinati³¹⁸.

Si consideri, a tal riguardo, il comportamento delle parti del negozio fiduciario. Non vi è dubbio che esso si basi sulla volontà di realizzare un determinato risultato pratico, che vada oltre il rilievo degli strumenti formali utilizzati, ma è altrettanto vero che l'impiego di tali schemi legali non può che qualificarsi come “funzionale”, al perseguimento di certi risultati non contemplati nella funzione astratta del tipo legale.

E proprio la rilevanza di questa funzionalizzazione, operante sul piano ermeneutico, richiama e qualifica necessariamente l'applicazione del concetto di operazione economica, sottesa al negozio fiduciario. Da qui l'ulteriore tassello

differentemente dalla tesi proposta nel presente scritto, la quale fa riferimento al concetto di operazione economica, ma in chiave interpretativa del negozio fiduciario, l'Autore, invece, si spinge oltre fino ad affermare che: <<Questa formalizzazione giuridica dà vita ad un fenomeno che è indiscutibilmente dotato, sul piano logico, di una sua autonomia. [...omissis...] Si può e si deve parlare del contratto-concetto giuridico come cosa logicamente diversa e distinta dal contratto-operazione economica, e non identificabile puramente e semplicemente con quest'ultimo – è tuttavia altrettanto vero che quella formalizzazione giuridica viene pur sempre costruita (con i suoi specifici e peculiari caratteri) non mai come fine a se stessa, ma in vista e in funzione della operazione economica, di cui rappresenta per così dire l'involucro o la veste esteriore, e prescindendo dalla quale risulterebbe vuota, astratta, e perciò incomprensibile: più precisamente, in vista e in funzione dell'assetto che si vuole dare alle operazioni economiche, degli interessi che, nell'ambito delle operazioni economiche, si vogliono tutelare e perseguire. (In questo senso, come si è accennato, il contratto-concetto giuridico risulta strumentale al contratto-operazione economica)>>. E. GABRIELLI, “ <<Operazione economica>> e teoria del contratto”, Milano, Giuffrè, 2013, p. 24, secondo cui l'operazione economica acquista un'autonomia rilevanza giuridica, che non si frappona, né si contrappone al contratto.

318 Lodo arbitrale 2 marzo 1996, in *Riv. arbitr.*, 1996, p. 353 e ss.

relativo alla teoria della causa in concreto³¹⁹, la quale funge da *trade union* tra il negozio fiduciario e l'articolato assetto dell'operazione economica, la quale <<rende necessaria una disciplina del collegamento fra i diversi atti che concorrono a costituirlo>>³²⁰. Non è un caso che la nozione di operazione economica sia stata utilizzata da fini giuristi, soprattutto con riguardo alla figura del collegamento negoziale³²¹ per spiegarne la vera essenza.

Infatti, il meccanismo della causa in concreto permette, da un lato, l'emersione degli effettivi interessi voluti dalle parti, dall'altro, il vaglio, attraverso l'interpretazione del rapporto fiduciario, dei rimedi da applicare al singolo caso, in modo da bilanciare gli interessi del fiduciante colpito dall'abuso del fiduciario rispetto all'originario assetto dell'affare.

Il contratto è, quindi, quello che risulta dalla sua causa in concreto, tuttavia lo stesso non sempre riesce ad esprimere in maniera compiuta l'unità dell'affare. La nozione di operazione economica, invece, in quanto formula più duttile, si

319 C.M. BIANCA, *“Diritto civile, 3. Il contratto”*, Milano, 1984, p. 445 e ss.; C.M. BIANCA (con la collaborazione di) M. BIANCA, *“Istituzioni di diritto privato”*, Giuffrè ed., 2014, p. 434; si veda anche G.B. FERRI, *“Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”*, cit., p. 231 e ss.;

320 P. BARCELLONA, *“Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici”*, Milano, 1969, p. 290, inoltre l'Autore osserva che: <<Sotto questo aspetto si può dire che il negozio prospetta all'ordinamento due problemi ai quali viene data una risposta differenziata: l'esigenza del riconoscimento del carattere impegnativo dell'autoregolamento posto in essere, da un lato; e l'esigenza della predisposizione di mezzi tecnici idonei alla realizzazione e regolamentazione della vicenda patrimoniale. Alla prima corrisponde la disciplina dell'effetto vincolante (o meglio, dell'inserimento del precetto privato sul piano dell'ordinamento), alla seconda, invece, fa riscontro la disciplina dell'operazione economica sotto il profilo effettuale. Correlativamente l'atto privato assolve, rispetto a tale disciplina, la duplice funzione di “misura” dell'effetto vincolante e di presupposto per l'operatività della disciplina del rapporto (operazione economica, vicenda patrimoniale, ecc.)>>.

321 C.M. BIANCA, *“Diritto civile, 3. Il contratto”*, Milano, 1984, p. 445 e ss.; C.M. BIANCA (con la collaborazione di) M. BIANCA, *“Istituzioni di diritto privato”*, Giuffrè ed., 2014, p. 434, l'Autore, inoltre, applica il concetto di operazione economica anche alla fattispecie del contratto di rete.

configura idonea a tale scopo³²².

In altri termini, <<l'emersione della teoria della causa in concreto ha evidenziato che la pluralità o la diversità degli interessi, sottostanti l'atto di autonomia privata, non si esauriscono in un unitario contratto>>³²³. Di conseguenza, una siffatta complessità di interessi potrebbe rilevare unicamente attraverso la valutazione, in chiave interpretativa, di tutte le circostanze che concorrono a formare l'operazione economica, intesa quale “unitarietà funzionale”³²⁴.

Attraverso, dunque, il concetto di operazione economica, l'apprezzamento dell'atto prende in considerazione non solo il piano della causa, ma anche quello dell'interesse. Nel negozio fiduciario si deve, infatti, far riferimento anche alla natura dell'interesse in concreto perseguito dalle parti. Occorre, cioè, valutare, nella loro concretezza, tutti quegli interessi che confluiscono nella ragione sostanziale dell'affare.

322 P. BARCELLONA, *“Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici”*, Milano, 1969, p. 293, secondo cui: <<la distinzione tra atti e negozi non esaurisce il modo di essere della realtà fenomenica rispetto all'ordinamento ed abbisogna, invece, di ulteriore revisione>>.

323 E. GABRIELLI, *“<<Operazione economica>> e teoria del contratto”*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 170, in cui, però, l'Autore arriva ad affermare il carattere ordinante della categoria dell'operazione economica, nella sua “unità formale”. Tali risultanze si discostano dalla tesi che si va sostenendo nel presente lavoro dottorale, atteso che, sulla scia di quella più attenta dottrina, che fa capo al giurista Pietro Barcellona, ciò che si vuole mettere in evidenza è la valutazione, in chiave interpretativa, dell'operazione economica, che <<impedendo l'identificazione della stessa con un singolo atto, rende necessaria una disciplina del collegamento fra i diversi atti [...] che concorrono a costituirla>>, cfr. P. BARCELLONA, *“Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici”*, Milano, 1969, p. 290.

324 C.M. BIANCA, *“Diritto civile, 3. Il contratto”*, Milano, 1984, p. 445 e ss.; C.M. BIANCA (con la collaborazione di) M. BIANCA, *“Istituzioni di diritto privato”*, Giuffrè ed., 2014, p. 444, in cui l'Autore osserva che l'unitarietà funzionale dell'operazione economica si ravvisa anche in recenti fattispecie contrattuali: <<La disciplina del contratto di rete è anzitutto disciplina di un'operazione economica e quindi di una serie di atti e di attività facenti capo a più imprese. [omissis]. La disciplina del contratto di rete è indubbiamente la disciplina di un'operazione economica che si sovrappone a quella dei singoli contratti che vengono stipulati>>.

In particolare, il concetto di operazione economica inciderebbe sulla individuazione della *causa fiduciae*, in termini di causa in concreto, attribuendo una diversa valenza al *pactum fiduciae*, in quanto, collegando allo stesso un vincolo di destinazione³²⁵ (dato che, a tal riguardo, nulla vieta alle parti di stipulare un contratto di trasferimento dei beni o un mandato gestorio³²⁶), il patto potrebbe essere soggetto a trascrizione.

Si pone, allora, un collegamento funzionale fra trasferimento e fine fiduciario o tra trasferimento e destinazione patrimoniale, atteso che il fine si atteggia come dominante e sovraordinato al trasferimento.

Collocandosi in questa prospettiva funzionale dell'operazione economica, dunque, il negozio traslativo è coordinato con gli atti che lo precedono e lo seguono, in quanto uniti dall'obiettivo prefissato dalle parti. Ed in tale unitarietà funzionale va accertata anche la giustificazione causale del negozio traslativo.

In sostanza, il concetto di operazione economica inciderebbe sull'individuazione della *causa fiduciae* e servirebbe a dare rilevanza al *pactum fiduciae*, imprimendo allo stesso un vincolo di destinazione e, in quanto tale, soggetto a trascrizione.

Di conseguenza, con l'operazione economica, la causa in concreto supera la causa tipica dei singoli accordi, individuando una *causa fiduciae* finale propria

325 F. GAZZONI, "Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.", in *Giust. civ.*, II, 2006, p. 165 e ss.; M. BIANCA, "Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste", in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 187 e ss.; G. PALERMO, "La destinazione di beni allo scopo", in "Diritto civile", vol. II, Tomo II, (a cura di) N. LIPARI e P. RESCIGNO, Giuffrè ed., 2009, cap. XII, p. 387 e seguenti. Secondo M. Bianca, la trascrizione dell'atto di destinazione ha natura dichiarativa (così come per F. Gazzoni); mentre G. Palermo parla di obbligatorietà della trascrizione. Sulla risoluzione dei conflitti connessi alla pubblicità, la maggioranza degli studiosi, trattandosi di pubblicità dichiarativa, ritiene sia applicabile l'art. 2644 del codice civile. Sul divieto di alienazione, l'opinione maggioritaria ritiene che non necessariamente il vincolo di destinazione comporti in automatico l'inalienabilità del bene; mentre per altri, il vincolo di destinazione rende inalienabile il bene (De Donato, Vettori).

326 La dottrina, quasi all'unanimità, sostiene, infatti, che detto effetto traslativo sia eventuale e che ciò comporti la bilateralità dell'atto.

dell'intera operazione economica, sull'ovvia constatazione che la destinazione non è “causa”, ma è “effetto”³²⁷.

327 G. PALERMO, “*La destinazione di beni allo scopo*”, G. PALERMO, “*La destinazione di beni allo scopo*”, in “*Diritto civile*”, vol. II, tomo II, (a cura di) N. LIPARI e P. RESCIGNO, Giuffrè ed., 2009, cap. XII, p. 396.

CAPITOLO III

IL NEGOZIO FIDUCIARIO NELLE PIEGHE DEL SISTEMA ORDINAMENTALE NAZIONALE ED I RILIEVI CRITICI DI DIRITTO COMPARATO.

1. La società fiduciaria ed il relativo contratto fiduciario.

L'attività fiduciaria può anche consistere nell'amministrazione e nella gestione di interessi patrimoniali, caratterizzati da un livello di complessità³²⁸ elevato o peculiare, tale da richiedere necessariamente l'intervento di operatori professionali, quali, ad esempio, le società fiduciarie, che trovano il loro più antico referente normativo nel r. d. l. 16 dicembre 1926, n. 2241³²⁹.

Alla luce della successiva legge fondamentale del 23 novembre 1939, n. 1966, si fa riferimento, in forza dell'articolo 1, a soggetti che si propongono l'esercizio, in forma d'impresa, dell'attività di amministrazione sui beni per conto di terzi, nonché di rappresentanza dei portatori di azioni e obbligazioni, oltre che di provvedere alla organizzazione e alla revisione contabile di aziende.

328 Si considerino la gestione e l'amministrazione di patrimoni mobiliari, l'affidamento fiduciario di pacchetti azionari, ovvero la gestione di beni destinati ad uno scopo. T. ASCARELLI, *“Le operazioni di assicurazione, capitalizzazione e gestione fiduciaria”*, in *Assicurazioni*, 1934, p. 172; A. GENTILI, *“Società fiduciarie e negozio fiduciario”*, Milano, 1978; N. NISIO, *“L'attività di <<amministrazione>> delle società fiduciarie (evoluzione e prospettive)”*, in *Banca borsa*, 2003, p. 56. Per una disamina completa circa le attività gestorie facenti capo alle società fiduciarie si veda, F. CORSI, *“Profili giuridici delle società fiduciarie”*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 41.

329 L'articolo 1 del r.d.l. 16 dicembre 1926, n. 2241 si limitava ad offrire una nozione delle società fiduciarie, intese quali <<società o enti il cui scopo sia quello di esercitare imprese di gestione e di amministrazione>>.

L'amministrazione dei beni fiduciariamente conferiti alla società può essere svolta sulla base di due metodologie operative di fondo, ovverosia nell'accezione statica oppure secondo il significato proprio della dimensione dinamica della stessa, in conformità a quanto espressamente previsto nel programma negoziale.

In particolare, si configura la fattispecie dell'amministrazione statica, allorquando la società sia incaricata di esercitare, nell'interesse del fiduciante, i diritti discendenti dai beni fiduciariamente intestati, aderendo alle direttive impartite dal disponente e contenute nel negozio fiduciario. L'unica eccezione, contrattualmente stabilita, è data dall'impossibilità per la società di disporre dei beni ad essa affidati³³⁰.

Diversamente per quanto attiene al concetto di amministrazione dinamica, esso si specifica in una vera e propria attività di gestione, *tout court* intesa, atteso che in essa è contemplata anche la facoltà per la fiduciaria di disposizione dei beni oggetto di conferimento, attraverso una modifica del patrimonio amministrato, esercitando, nel rispetto di quanto predisposto nel programma negoziale dal fiduciante, un'amplia discrezionalità tecnica³³¹.

Occorre, tuttavia, precisare come <<l'amministrazione di beni per conto terzi>> può essere svolta o dalle c.d. società fiduciarie di amministrazione, sottoposte a stringenti controlli di legge oppure da soggetti non professionalmente qualificati che agiscano al di fuori di un'attività d'impresa³³², ma comunque sulla base di un ordinario *pactum fiduciae* concluso tra le parti.

La distinzione è degna di nota, allorché si tenga presente che la qualifica

330 Trib. Trani, 29 settembre 2003; Trib. Milano, 6 luglio 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 11, p. 1138; Trib. Milano, 9 novembre 2001.

331 Cfr. Trib. Trani, 29 settembre 2003. Si veda anche U. CARNEVALI, "I recenti progetti di riforma delle società fiduciarie", in *Corr. giur.*, 1996, p. 1012.

332 Cfr. Cass., 6 maggio 2005, n. 9402.

professionale della società fiduciaria presenta ricadute pratiche a livello di specifica disciplina applicabile al contratto di cui essa sia parte.

Tuttavia, tali peculiarità discendono dalla qualifica soggettiva propria della società fiduciaria, ovvero dalla diretta applicazione di norme relative alla gestione o al profilo di responsabilità previsto in capo alla stessa.

La normativa nazionale³³³, attinente alle società fiduciarie, infatti, si limita solo a prevederle e a regolamentarne l'organizzazione, non approfondendo affatto aspetti relativi alla configurabilità di una peculiare disciplina del contratto fiduciario in cui una delle parti sia una fiduciaria, rispetto allo stesso strumento negoziale adoperato tra semplici parti private.

In altri termini, il legislatore si è curato preminentemente di predisporre regole sul “soggetto-società fiduciaria”, ma senza disporre alcunché sul contratto fiduciario intervenuto con la stessa, nonostante la particolarità della fattispecie prospettata e l'importanza economica del fenomeno relativo alle intestazioni fiduciarie.

Il contratto fiduciario che intercorre tra il privato e la società affidataria presenta

333 La normativa sulle società fiduciarie è contenuta oltre che nelle leggi riportate nel testo, anche in successivi interventi, quali: il r.d.l. 26 ottobre 1933, n. 1598, il cui art. 6 è confluito successivamente nell'art. 45 T.U. delle assicurazioni private, poi abrogato dalla l. 13 aprile 1987, n. 148; il r.d. 22 aprile 1940, n. 531, contenente il regolamento di attuazione della l. 23 novembre 1939, n. 1966, rubricata “*Disciplina delle società fiduciarie e di revisione*”; il r.d. 29 marzo 1942 n. 239; la l. 23 marzo 1983, n. 77, in materia di s.i.m. E società fiduciarie; il d.l. 5 giugno 1986, n. 233, convertito nella l. 1 agosto 1986, n. 430, recante “*Norme urgenti sulla liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e di revisione e disposizioni transitorie sugli enti di gestione fiduciaria*”; il d.l. 16 febbraio 1987, n. 27, convertito con modificazioni nella l. 13 aprile 1987, n. 148; la l. 2 gennaio 1991, n. 1, che ha innovato la disciplina di settore; il d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, recante “*Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi*”, c.d. decreto Eurosim, adottato in attuazione dell'art. 1 della legge delega 6 febbraio 1996, n. 52; il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, c.d. Testo Unico dell'intermediazione finanziaria; il d.m. 16 febbraio 1995, emanato in attuazione del d.p.r. del 1994, n. 361; infine, il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, il quale ha maggiormente inciso su aspetti della vigilanza sugli intermediari finanziari.

una causa che attinge la sua essenza primaria in quella del mandato, ma non si esaurisce tutta in essa, atteso che la figura contrattuale è connotata anche da aspetti ben più complessi, i quali si ricollegano al carattere professionale e all'organizzazione giuridica della società fiduciaria, con conseguente applicazione dei corollari giuridici della specifica disciplina.

Tanto ciò è vero che alla luce delle numerose disposizioni contenute nella legge n. 1 del 1991, l'attività di gestione delle fiduciarie si caratterizza secondo criteri operativi che non soltanto sanciscono il principio della separazione patrimoniale tra i beni fiduciariamente conferiti e il patrimonio della società³³⁴, ma prevedono ulteriori limiti, tra i quali, ad esempio, l'annotazione nel “libro dei fiducianti” delle generalità dei disponenti, nonché delle sostanze o dei valori da loro affidati alla fiduciaria.

L'assunto che la società affidataria si limiti a svolgere un'attività di gestione che non comporta l'acquisizione della titolarità dei beni amministrati trova conferma

334 Cfr. Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in cui si rileva che: <<L'espresso riconoscimento della “separazione” dei beni conferiti dai fiducianti rispetto al patrimonio della fiduciaria è stato effettuato per la prima volta dal legislatore con l'art. 12 della l. 2 gennaio 1991, n. 1, sulla disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare, che ha dichiarato applicabile a tali società l'art. 8 della stessa legge, con il quale si stabiliva, tra l'altro: che il patrimonio conferito in gestione dai singoli clienti costituiva patrimonio “distinto”, a tutti gli effetti, da quello della società intermediaria e da quello degli altri clienti; che sul patrimonio conferito in gestione non erano ammesse azioni dei creditori della società o nell'interesse dei medesimi; che, per converso, le azioni dei creditori dei singoli clienti erano ammesse nei limiti del patrimonio di loro proprietà. E tale riconoscimento è stato successivamente ribadito dal d. lgs. 23 luglio 1996, n. 415 che, nel dettare le nuove norme relative ai servizi d'investimento nel settore dei valori mobiliari, ha abrogato tali disposizioni (art. 66, secondo comma, lett. b), ma ha confermato che la disciplina delle società fiduciarie continua ad essere caratterizzata, per tale aspetto, dai principi concernenti le società di intermediazione (art. 60, quarto comma), in relazione alle quali si prevede ora che gli strumenti finanziari e lo stesso danaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dalla impresa di investimento, nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti, a qualunque titolo dalla banca, “costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti” (art. 19, primo comma). Detto principio, peraltro, doveva ritenersi vigente nel nostro ordinamento, già prima dell'entrata in vigore di tali norme>>.

anche nelle norme della legge n. 1966 del 1939, in ordine alla fissazione dei doveri istituzionali ad essa attribuiti, oltre che in numerose pronunce della giurisprudenza di legittimità, in cui si ribadisce che gli effettivi proprietari dei beni dati in gestione rimangono i fiducianti³³⁵, atteso che il <<il *proprium* del rapporto consiste nell'intestazione di valori mobiliari appartenenti effettivamente ad altri proprietari>>³³⁶.

La giurisprudenza dominante, dunque, inquadra il contratto di cui sia parte una società fiduciaria nel modello della fiducia germanistica, attesa l'agevole possibilità, data dalla operatività del principio della separazione patrimoniale in materia, di distinguere tra "proprietà formale" o legittimazione a porre in essere gli atti di esecuzione dell'incarico conferito e "proprietà effettiva", che fa capo al fiduciante o al terzo da questi designato, in quanto beneficiari degli incrementi patrimoniali o dei dividendi riscossi, derivante dall'attività di gestione della fiduciaria.

Anche nei casi in cui i giudici di legittimità abbiano attratto tale figura contrattuale nell'ambito della concezione romanistica della fiducia, in modo da giustificare l'effettivo trasferimento dei beni conferiti in capo alla fiduciaria, con conseguente dispiegarsi degli effetti reali dell'intestazione fiduciaria, tuttavia essi hanno fatto ricorso allo schema del mandato senza rappresentanza, in modo da attribuire al cliente-fiduciante il diritto di rivendica delle cose mobili acquistate per suo conto, ma in nome proprio, dalla fiduciaria³³⁷.

335 *Ex multis*, Cass., S.U., 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2325; Cass., 23 settembre 1997, n. 9355; Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031; Cass. 21 maggio 1999, n. 4943.

336 Cfr. Cass., S.U., 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2325.

337 In tal senso Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, in cui si stabilisce che il rapporto tra fiduciante e società fiduciaria si spiega sulla base delle disposizioni in materia del contratto di mandato senza rappresentanza di cui agli articoli 1705, 1706 e 1707 del codice civile, in particolare: <<con il disposto dell'art. 1706 c.c. il legislatore ha inteso rafforzare la posizione del

Ebbene, a prescindere da quanto deciso nella stipulazione contrattuale, ovverosia se si tratti di amministrazione statica o dinamica, il problema resta assorbito dal profilo dell'imputabilità della proprietà dei beni amministrati, in termini di opponibilità ai terzi del patto fiduciario e più specificamente della possibilità di non aggredibilità del patrimonio fiduciario da parte dei creditori della società fiduciaria. Sulla base del principio della separazione patrimoniale, i beni affidati in gestione alla società non entrano a far parte del patrimonio della stessa e ciò in forza di un'espressa disposizione normativa, ribadita anche dall'art. 18 della legge n. 1 del 1991³³⁸.

Occorre mettere in evidenza che, in caso di amministrazione dinamica, il giudice, qualora intenda fare ricorso al paradigma romanistico della fiducia, dovrà tener conto anche della volontà specificamente espressa nel contratto fiduciario concluso tra le parti, nel deliberare l'esclusione dei beni oggetto del *pactum fiduciae* dalle pretese creditorie avanzate dai creditori della fiduciaria.

Nell'ipotesi dell'attività di gestione, alcune pronunce³³⁹ fanno riferimento, altresì, ad un ulteriore canone, quale quello della natura dei beni amministrati. Si afferma

mandante dando prevalenza alla pertinenza sostanziale dell'affare e, rispetto al profilo formale della mancata spendita del nome, ha dato rilevanza preminente all'interesse appunto del mandante cui ha attribuito la rivendica delle cose mobili non registrate acquistate per suo conto, ma in nome proprio, dal mandatario>>.

338 La legge 2 gennaio 1991, n. 1, relativa alle società d'intermediazione mobiliare (s.i.m.), ha ammesso, all'art. 17, che le società fiduciarie possono esercitare attività di gestione individuale di patrimoni costituiti da valori mobiliari. Inoltre, nel successivo articolo 18 si dispone, al primo comma, che: <<Le società d'intermediazione mobiliare possono agire esclusivamente in nome e per conto di terzi>>, aggiungendo, al secondo comma, che: <<Il patrimonio conferito in gestione dei singoli clienti costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello della società e degli altri clienti>>. L. SANTORO, "Il negozio fiduciario", Torino, 2002, p. 174, secondo la quale l'assimilazione tra società fiduciarie e s.i.m. Sarebbe disposta esplicitamente anche dall'art. 21 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il quale autorizza le s.i.m. ad agire in nome proprio e per conto del cliente, dietro consenso scritto da parte dello stesso.

339 Per tutte, si veda Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031.

che la natura fungibile dei beni interessati comporterebbe, per i creditori della società fiduciaria, la possibilità di soddisfarsi sugli stessi, che, in quanto privi del carattere della determinatezza e della conseguente non individuabilità, si confonderebbero col patrimonio della fiduciaria. Anche in questo caso, la giurisprudenza di legittimità tende a ribadire la proprietà effettiva del fiduciante, applicando il modello del contratto di mandato senza rappresentanza oppure ricorrendo allo schema del deposito regolare³⁴⁰.

Conferma di ciò si rinviene anche nelle disposizioni contenute nel d. m. 16 gennaio 1995. In particolare, la normativa prevede l'obbligo per il fiduciante di non compiere personalmente atti di disposizione sui beni conferiti, potendo, invece, lo stesso esercitare un potere di disposizione esclusivamente a nome della società fiduciaria. L'eventuale violazione di tale obbligo da parte del fiduciante, consente alla società fiduciaria di recedere dal contratto in base all'art. 1727 del codice civile, integrando siffatto comportamento giusta causa di rinuncia da parte del mandatario. Argomentando, quindi, *a contrario*, tale previsione avalla la tesi che la proprietà dei beni conferiti comunque rimane in capo al fiduciante.

Le regole di gestione di patrimoni altrui rendono ancora più evidente che l'esecuzione del contratto fiduciario (sia esso stipulato con una figura professionale o meno) ha come scopo il perseguimento dell'interesse del soggetto cliente-fiduciante, le cui istruzioni o disposizioni, contenute nel *pactum fiduciae*, attenendo alla gestione o all'amministrazione dei beni conferiti o traslati, sono foriere della realizzazione piena di una operazione economica che va oltre gli schemi formali utilizzati, necessitando di un adeguamento conforme alla realtà dei traffici economici meritevoli di tutela.

340 Cfr. Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031.

Come già si è avuto modo di approfondire³⁴¹, la normativa della intermediazione finanziaria, infatti, contempla non solo la previsione specifica della separazione patrimoniale, ex art. 22 T.U.F., ma anche una serie di precetti, di matrice regolamentare, predisposti in modo che venga evitata la confusione materiale tra patrimoni, al fine che si realizzi l'autonomia contabile dei beni³⁴².

In conclusione, è bene che il negozio fiduciario si configuri come una fattispecie contrattuale unitaria in punto di disciplina, a prescindere dalla qualificazione soggettiva dei contraenti (siano cioè essi figure professionali o meno), ma sempre nei limiti della compatibilità e della specificità.

Così operando, l'attività dell'interprete di rintracciare, nel sistema privatistico, le norme caratterizzate dal comune denominatore di rendere effettivo il meccanismo fiduciario, consentirebbe di opporre ai terzi il *pactum fiduciae* sulla base dei vincoli di destinazione creati in vista della realizzazione di determinati interessi stabili dalle parti, ovvero ammettendo l'estensione o l'applicazione analogica delle disposizioni sulla separazione patrimoniale, previste in materia di società fiduciarie, anche nei rapporti tra fiduciante e fiduciario quali parti private, al fine di dotare il negozio fiduciario di una tutela c.d. "forte".

341 Si rimanda, per un attenta disamina della tematica, al capitolo II della presente tesi.

342 M. BIANCA, *“La fiducia attributiva”*, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 140; per un particolare taglio sul tema della società fiduciaria, si veda A. GENTILI, *negozio fiduciario*”, Milano, 1978, p. 65, il quale, con riguardo all'aspetto rimediabile proprio della fiducia di tipo germanico, afferma che: <<È facile notare come la fiducia abbia in queste diverse fattispecie generico rilievo, in quanto a quest'ultimo il diritto dà mezzi di tutela specifica che ne salvaguardano gli interessi>>; A. GENTILI, *“La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)”*, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 51 e seguenti.

2. L'accordo fiduciario ed il deposito fiduciario. Il rapporto tra la soluzione interna e quella normativa dell'ordinamento tedesco.

Tra i contratti che si perfezionano con la consegna della cosa³⁴³ con l'obbligo di restituzione (oltre che naturalmente di custodia), si annovera la figura del deposito, che si caratterizza per essere un contratto reale ad effetti obbligatori.

Ma più che alla generale fattispecie disciplinata all'art. 1766 c.c., l'oggetto della presente analisi si rivolge ad una particolare forma di deposito, che nella prassi prende il nome di “deposito fiduciario”.

L'essenza di tale contratto consiste nel conferimento di un incarico ad un soggetto terzo, generalmente coincidente con un ente creditizio o con una società di intermediazione finanziaria, il quale a sua volta si vincola al fine di “custodire” determinati beni, siano essi somme di denaro o azioni sociali, per poi riconsegnarli alla persona designata nel contratto, in forza dell'avveramento di una condizione o al verificarsi della scadenza di un determinato termine³⁴⁴.

Il punto di contatto tra il negozio fiduciario e tale tipologia di deposito è dato proprio dal richiamo al paradigma della fiducia. Si tratta, in particolare, di verificare se il tratto fiduciario connota la qualità della parte a cui viene attribuito l'incarico, con conseguente valorizzazione dell'aspetto prettamente soggettivo di

343 Sul punto, la giurisprudenza afferma che: «La consegna può anche non avvenire con la forma della tradizione materiale, ma deve, in ogni caso attribuire al depositario la detenzione del bene», così Cass., 20 febbraio 2007, n. 3982; Trib. Roma, 20 febbraio 1998. Si consideri, altresì, Cass., 27 marzo 2007, n. 7493, in cui, pur ribadendo che la consegna della cosa è necessaria per la conclusione del contratto, specifica che «Tuttavia, la consegna può realizzarsi con una *fictio traditio* , attraverso la ritenzione della cosa da parte del depositario».

344 L. BARASSI, “*Depositi fiduciari di somme o di titoli: fiducia, mandato, agency escrow*”, in “*Fiducia, trust, mandato ed agency*”, AA.VV., II, collana *Convegni di studio – Madonna di Campiglio*, Milano, 1991, p. 273 e ss.; R. VOIELLO, “*Depositi fiduciari*, in “*Fiducia, trust, mandato ed agency*”, op. ult. cit.

probità o di onestà del depositario in relazione all'affidamento posto in essere oppure possa configurarsi una sorta di attrazione della figura del deposito fiduciario nell'ambito della più ampia categoria dei negozi fiduciari³⁴⁵.

Dall'analisi della casistica giurisprudenziale³⁴⁶, in materia di depositi in funzione di garanzia, che svolgono cioè “funzioni fiduciario-cauzionali”³⁴⁷, emerge un quadro dai contorni frastagliati. Tanto ciò è vero che è possibile rintracciare una trilogia di ipotesi in cui rileva la figura *de qua*³⁴⁸. In primo luogo, si contempla il caso in cui il contratto di deposito venga stipulato dal proprietario o dal possessore della cosa, con previsione di una clausola che disciplini l'obbligo di restituzione al depositante o al terzo designato dallo stesso.

Altra fattispecie è, invece, rappresentata sempre da un contratto di deposito posto in essere dal proprietario o dal possessore del bene, nel quale, però, si stabilisce che il depositario è tenuto alla sua custodia e conservazione, al dichiarato scopo di garantire, attraverso un successivo e determinato impiego della cosa depositata, l'interesse del terzo. Per la realizzazione di tale finalità le parti stabiliscono che il depositario ha l'obbligo di restituire la cosa al depositante, ma solo con il consenso del terzo, alla verifica o meno di una data condizione dedotta in contratto.

L'ultima ipotesi, invece, contempla il caso in cui il deposito venga realizzato congiuntamente sia dal proprietario o dal possessore della cosa sia dal terzo, in modo che la restituzione possa essere effettuata indifferentemente nei confronti

345 C. GRASSETTI, “*Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*”, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 97 e ss.

346 La sentenza primogenita che ha dato la stura all'analisi della figura dei depositi a scopo di garanzia è stata Cass., 15 gennaio 1937, n. 123. Si annovera, da ultimo, Cass., 6 febbraio 2013, n. 2832. In dottrina, si veda G. GRISI, “*Il deposito in funzione di garanzia*”, Giuffrè, Milano, 1999; M. LUPOI, “*La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito a favore e nell'interesse del terzo*”, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 411 e ss.

347 Cfr. Cass., 7 aprile 1995, n. 4071

348 G. DE GENNARO, “*Del deposito*”, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, Libro IV, Firenze, 1947, p. 624.

del depositante ovvero a vantaggio del terzo, sempre che si verifichi o meno una determinata condizione.

Dal punto di vista strutturale, risulta evidente che il deposito con funzioni fiduciario-cauzionali, ad eccezione dell'ultima fattispecie menzionata³⁴⁹, si caratterizza per un vincolo bilaterale, particolarmente atteggiato, che intercorre tra le parti. La peculiarità della sua conformazione sta nel fatto che il deposito in funzione di garanzia segue il modello e, dunque, la disciplina o del “deposito anche nell'interesse del terzo”, di cui all'art. 1773 c.c. oppure del “deposito a favore del terzo”, che si riconduce alla generale figura del contratto a favore di terzi ex art. 1411 del codice civile³⁵⁰.

Di conseguenza, anche in materia di depositi fiduciari non si può non parlare di un <<fenomeno negoziale complesso e irriducibile ad un unico modello>>³⁵¹.

Le posizioni dottrinali³⁵², infatti, sono molto variegate nella ricostruzione in

349 Alcuni autori inquadrano quest'ultima fattispecie di deposito nella figura del c.d. “deposito trilatero”. Si vedano A. DALMARTELLO, G. B. PORTALE, *“Deposito (diritto vigente)”*, *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 269 e ss.; A. SCALISI, *“Il contratto di deposito - Del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali - Art. 1766 - 1797”*, in *Commentario Schlesinger*, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2011.

350 A. FIORENTINO, *“Del deposito”*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA - BRANCA, libro IV, Bologna-Roma, 1960, p. 78 e ss.; F. MASTROPAOLO, *“Deposito (in generale)”*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. X, p. 509 e ss.; R. LENZI, *“Il deposito”*, in *Trasporto, spedizione, deposito, noleggio*, a cura di M. V. COZZI - A. FLAMINI - R. LENZI, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGERI, Napoli, 2008, p. 354. *Contra*, U. MAJELLO, *“Il deposito nell'interesse del terzo”*, in *Banca borsa*, 1961, I, p. 311 e ss.; A. DALMARTELLO, G. B. PORTALE, *“Deposito (diritto vigente)”*, *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 269 e ss.; A. DE MARTINI, *“Deposito (diritto civile)”*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 506. Per una tesi mediana si consideri A. GALASSO, G. GALASSO, *“Deposito”*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., V, Utet, Torino, 1989, p. 253 e ss.

351 G. GRISI, *“Il deposito in funzione di garanzia”*, Giuffrè, Milano, 1999; M. LUPOI, *“La realizzazione della funzione di garanzia mediante deposito a favore e nell'interesse del terzo”*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 411.

352 R. NICOLÒ, *“Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”*, in *Foro it.*, 1937, I, p. 1476 e ss.; W. BIGIAMI, *“Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario”*, in *Foro it.*, 1938, I, p. 260 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *“Deposito in*

termini giuridici del profilo ontologico della figura in questione. A fronte di chi sostiene che la figura risponda ad esigenze latamente cautelari, nella misura in cui ravvisa una analogia con l'istituto del sequestro convenzionale, si registra la posizione di chi, invece, ritiene che il deposito in funzione di garanzia soddisfi istanze soddisfattorie, in forza del meccanismo della novazione del debito ovvero dell'accollo.

Si annovera, infine, l'orientamento dottrinale che individua una “funzione fiduciaria”, in forza della costante presenza, confermata nella prassi, di un collegamento negoziale intercorrente tra il contratto di deposito ed un altro contratto principale. In particolare, la predisposizione dell'ulteriore meccanismo negoziale del deposito è prevista in chiave funzionale dalle parti, ovverosia al fine di assicurare l'adempimento delle prestazioni dedotte nel principale assetto contrattuale. La funzione di conservazione propria del deposito non contrasterebbe affatto con la possibilità per i contraenti di realizzare finalità ulteriori, tra cui quella di garanzia, utilizzando anche tale schema legale, quale strumento di attuazione della funzione fiduciaria³⁵³.

Conferma di ciò si potrebbe rintracciare anche nella concezione che in epoca

luogo di adempimento”, in *Giur. it.*, 1938, I, p. 401 e ss.; A. ASCOLI, “*Effetti dell'appropriazione del prezzo depositato da parte del depositario della vendita*”, in *Riv. dir. civ.*, 1938, I, p. 298 e ss.; C. A. FUNAIOLI, “*Deposito – Sequestro convenzionale – Cessione dei beni ai creditori*”, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961, p. 40 e ss.; A. CIATTI, “*Il deposito fiduciario*”, in “*I contratti di destinazione patrimoniale*”, (a cura di) R. CALVO e A. CIATTI, *Trattato dei contratti*, (a cura di) P. RESCIGNO e E. GABRIELLI), Torino, 2014, p. 90.

353 R. LENZI, “*Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito di beni fungibili*”, Giuffrè, Milano, 2007; M. GORGONI, “*Deposito in funzione di garanzia*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2008, vol. XVI; F. MASTROPAOLO, “*Contratti di garanzia delle obbligazioni*”, in “*I contratti di garanzia*”, t. I, a cura di F. MASTROPAOLO, *Trattato dei contratti* (a cura di P. RESCIGNO e E. GABRIELLI), Torino, 2006, p. 200 e ss.; C. LICINI, “*Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*”, in *Riv. not.*, 1996, p. 1001 e ss.; A. LUMINOSO, “*Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*”, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 425.

romana si aveva della *fiducia cum amico*. Essa, infatti, soddisfaceva bisogni ed istanze del tutto affini rispetto a quelli che più tardi caratterizzeranno l'istituto del deposito.

La duttilità di tale modello, impiegato nella specifica accezione di perseguire uno scopo fiduciario, trova pieno riconoscimento nell'attuale ordinamento tedesco, laddove si consideri la peculiare ipotesi dell'esercizio da parte del fiduciante dell'azione di separazione fallimentare nel singolare settore delle gestioni collettive, con riguardo alla tutela dei clienti delle società di intermediazione mobiliare³⁵⁴.

In particolare, con l'individuazione dei beni fiduciariamente affidati è possibile, per il fiduciante, evitare non solo la confusione materiale dei propri beni con il patrimonio della società fiduciaria, ma anche la loro aggressione da parte dei creditori di quest'ultima, in caso di suo fallimento³⁵⁵.

In Germania, la determinazione dei beni nella loro materialità (che poi è il presupposto per l'esercizio dell'azione di separazione fallimentare) si attua anche mediante la creazione di *Anderkonten*³⁵⁶, che consiste in un conto particolarmente atteggiato, in quanto il soggetto-fiduciario, che risulta esserne l'intestatario, non è tuttavia legittimato a disporre dell'importo in esso depositato, atteso che tale potere è riservato esclusivamente ad altro soggetto, appunto il fiduciante, a cui il conto è stato pubblicamente destinato. Esso, dunque, si caratterizza per essere un vero e proprio conto fiduciario, tant'è che le somme depositate sono, altresì,

354 KILGER-SCHMIDT, *“Insolvenzgesetze. Kommentar”*, 17, Auflage, 1997, KO, § 43 anm 1.

355 Cfr. M. BIANCA, *“La fiducia attributiva”*, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 140, in cui si afferma nella nota 426 che: <<Anche nel sistema tedesco si subordina l'esercizio dell'azione di separazione fallimentare...alla determinatezza dei beni>>.

356 M. BIANCA, *“La fiducia attributiva”*, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 140, in cui si afferma nella nota 11, secondo la precisa ricostruzione che ne offre l'A., questi conti <<raccomodano una delle espressioni della fiducia, le somme vengono considerate come *Treugut* e il fiduciante può rivendicarle in caso di fallimento del fiduciario>>.

rivendicabili dal fiduciante in caso di fallimento del fiduciario-intestatario.

La giurisprudenza delle corti tedesche³⁵⁷ ha opportunamente ritenuto che rientrassero nella disciplina dell'istituto *de quo* anche due specifiche ipotesi: l'una relativa al deposito di una somma di denaro che un conduttore aveva costituito a favore del locatore, l'altra riguardante la costituzione da parte di un condominio del conto intestato all'amministratore dello stabile, divenuto nel frattempo amministratore di una società.

In entrambi i casi i giudici hanno concesso l'azione di separazione fallimentare, comportando ciò una piena tutela dei fiducianti rispetto alla procedura concorsuale attivata a carico del fiduciario.

L'applicazione estensiva della disciplina dei conti fiduciari anche ai casi di gestioni individuali, operata dalla giurisprudenza tedesca, avvalorata l'assunto che il meccanismo fiduciario ben potrebbe servirsi di modelli tipici di garanzia, tra cui lo strumento del deposito, che agevolino la realizzazione di finalità empiriche ulteriori.

3. Il negozio fiduciario ed il contratto di mandato tra interessanti spunti comparatistici.

Mandato e fiducia costituiscono dei particolari strumenti negoziali che s'inseriscono in quel cono d'ombra rappresentato dal più ampio fenomeno della cooperazione giuridica, caratterizzato dall'essenza dell'altruità dell'affare.

357 Cfr. OLG Düsseldorf, Urt. 3.12.1987, in *ZIP*, 1988, p. 449; OLG Hamm, Urt. 11.2.1999, in *ZIP*, 1999, p. 765. Vedi, sul punto, M. BIANCA, "La fiducia attributiva", Torino, Giappichelli ed., 2002, nota 15, p. 141.

Il conseguimento dell'interesse, inerendo alla funzione pratico-sostanziale dell'assetto contrattuale posto in essere, implica la sua riconducibilità alla sfera giuridica del disponente.

Le connessioni che possono eventualmente legare tra loro i suddetti istituti attengono, quindi, soprattutto al tema dell'interposizione reale³⁵⁸, laddove si ponga a confronto il mandato senza rappresentanza ed il *pactum fiduciae*³⁵⁹.

Il mandato, tuttavia, può riferirsi non solo ad ipotesi di interposizione reale, ma anche a fattispecie di cooperazione gestoria, atteso che l'attività del mandatario viene compiuta nell'interesse di un altro soggetto, secondo quanto stabilito dall'art. 1703 del codice civile.

La dottrina maggioritaria³⁶⁰, tuttavia, registra sul punto una differenza tra i rapporti di gestione rispetto alla figura della rappresentanza. A fronte di quell'orientamento che riconosce ed avalla una accezione lata di rappresentanza, così da assorbire ed uniformare anche l'aspetto gestorio, sulla base dell'assioma, non dimostrato, che i due fenomeni condividerebbero la stessa funzione,

358 L. CARIOTA-FERRARA, “*I negozi fiduciari*”, Padova, 1933, p. 72 e ss., in cui l'A. rileva che: «Ma anche l'interposizione reale può aver luogo, oltre che nella maniera propria della rappresentanza indiretta, [...] anche attraverso un'investitura diretta [...]. In questa forma d'interposizione reale si presenta la figura della fiducia: v'è la trasmissione di un diritto, con obbligo personale dell'acquirente di farne un uso determinato». Si veda, sui limiti dell'interposizione reale (intendendola come categoria che comprende «il mandato in nome proprio e la fiducia») e di aver poi posto la nota distintiva della fiducia, di fronte al mandato in nome proprio, nell'investitura del diritto che ha luogo a favore dell'interposto prima del negozio di esecuzione. Cfr. L. CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, nota 1, p. 73), anche FR. FERRARA, “*I negozi fiduciari*”, in *Scritti in onore di Vittorio Scialoja*, II, Milano, 1905, p. 229 e ss.; ID., “*Della simulazione dei negozi giuridici*”, Milano, 1913, p. 56 e ss.; CARRARO, “*Il mandato ad alienare*”, Padova, 1947, p. 72, in cui l'A. identifica l'interposizione reale ed il negozio fiduciario.

359 CHINÈ, “*Brevi note in tema di interposizione reale: mandato senza rappresentanza e <<pactum fiduciae>> a confronto*”, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 581.

360 La bibliografia sul mandato è molto vasta. Si veda, per un profilo ricognitivo, DOMINEDÒ, “*Mandato (diritto civile)*”, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1987, p. 111.

ricadendo in tal modo nella più generale figura della rappresentanza d'interessi³⁶¹, l'orientamento prevalente rinviene, invece, nelle due ipotesi funzioni differenti. Tanto ciò è vero che la funzione gestoria (oltre al canone della tipicità) del mandato costituisce, per i più, il *discrimen* tra quest'ultimo ed il negozio fiduciario³⁶², atteso che l'interesse relativo all'affare inerisce al patrimonio del mandante³⁶³.

Ciò è dimostrato anche dall'estremo limite di elasticità a cui può essere sottoposto il mandato, il quale verrebbe meno qualora fosse conferito nell'interesse esclusivo del mandatario o del terzo³⁶⁴, così come esplicitamente disposto nell'art. 1723, secondo comma, del codice civile³⁶⁵.

Tuttavia, le ricostruzioni proposte dalla dottrina sui rapporti intercorrenti tra il negozio fiduciario ed il contratto di mandato sono soggette a sensibili oscillazioni, tra coloro che ne ammettono una totale sovrapposibilità, identità o confusione³⁶⁶ e coloro che vi ravvisano una situazione di assoluta diversità³⁶⁷.

La tesi intermedia arriva ad affermare una sorta di intersecazione tra le due fattispecie, che comporta la configurazione di una disciplina in parte

361 S. PUGLIATTI, “Sulla rappresentanza indiretta”, in *Studi sulla rappresentanza*, 1965, p. 401.

362 Così A. LUMINOSO, “Mandato”, in *Diritto civile*, a cura di N. LIPARI - P. RESCIGNO, vol. III, Milano, p. 408, in cui l'A. afferma a chiare lettere: <<La funzione gestoria è tra l'altro alla base della distinzione tra mandato e negozio fiduciario>>; ID., “Il mandato”, Torino, 2007, p. 18.

363 G. MINERVINI, “Il mandato, la commissione, la spedizione”, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, p. 15.

364 MIRABELLI, “Dei singoli contratti”, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, IV, t. 3, 1991, p. 526.

365 L'art. 1723, secondo comma, c.c. espressamente sancisce a tal riguardo: <<Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi...>>.

366 A. LUMINOSO, “Mandato, commissione, spedizione”, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, (a cura di) A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1984.

367 Cfr. M. SEMERARO, “Acquisti e proprietà nell'interesse del mandante”, Napoli, 2011, p. 253; G. BALDINI, “Il Mandato, La gestione dell'interesse altrui tra momento statico dell'«atto» e prospettiva dinamica dell'«attività»”, Lavis (TN), 2011.

comunicante³⁶⁸.

Innanzitutto, giova sgombrare il campo da quella posizione dottrinale³⁶⁹ che sostiene una differenziazione tra mandato e fiducia sulla base della dicotomica alternativa tra “negozio di fiducia” e “negozio fiduciario”, non determinando la stessa diversificazione alcuna ricaduta pratica di rilievo giuridico in punto di disciplina. In particolare, secondo tale tesi l'*intuitus personae* del mandato si caratterizzerebbe in funzione delle qualità possedute dal mandatario, in forza delle quali si genererebbe un affidamento assai intenso tra il mandante e il mandatario, tanto che il rapporto sarebbe fortemente contraddistinto dal canone della <<personalità della prestazione>>³⁷⁰.

L'innesto tra fiducia e mandato potrebbe, invece, individuarsi nella situazione soggettiva sottesa alle operazioni gestorie di cui si tratta. Il riferimento è rappresentato dal dato comune della c.d. “proprietà nell'interesse altrui”, alla luce della quale proprio la disciplina del mandato, nei suoi tratti essenziali, potrebbe configurarsi come l'archetipo dei negozi fiduciari.

In altri termini, il contratto di mandato risulta regolato da una serie di norme giuridiche funzionali all'attività di cooperazione, per cui esse non solo potrebbero connotare, a livello embrionale, <<un modello generale dell'agire nell'interesse altrui>>³⁷¹, ma potrebbero anche essere impiegate per l'ultroneo fine di una opportuna integrazione del contenuto degli obblighi e dei poteri spettanti

368 M. GRAZIADEI, “Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario”, in *Quadrimestre*, 1990, p. 1; ID., “Mandato”, in *Digesto disc.priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 180.

369 L. CARIOTA-FERRARA, “I negozi fiduciari”, Padova, 1933, p. 2.

370 Cfr. Cass., 24 febbraio 2006, n. 22840.

371 E. CORALLO, “Il contratto di affidamento fiduciario”, in *Trust e attività fiduciarie*, 2013, p. 502. Si veda, sul punto, anche Cass., 23 giugno 1998, n. 6246, in cui si statuisce che: <<Al di là della qualificazione germanistica o romanistica della fiducia, comunque il fiduciario agisce quale mandatario per la parte di azioni ad esso intestate, riconducendosi quindi gli effetti della gestione al suo patrimonio>>.

rispettivamente al fiduciario e al fiduciante, concretizzandosi in tal modo quel tentativo, da sempre perseguito soprattutto in dottrina, di dare una disciplina per quanto possibile effettiva al negozio fiduciario, qualificato per definizione da finalità di gestione e amministrazione per conto altrui³⁷².

Imprescindibile rimane, tuttavia, la correttezza dell'assunto giuridico che ritiene non accettabile una assoluta equiparazione tra i due istituti. Tutt'al più, al mandato può riconoscersi un ruolo di contratto tipizzato relativo all'aspetto della cooperazione giuridica³⁷³ ovvero di elemento portante di più complesse fattispecie atipiche³⁷⁴, connotate comunque dalla sussistenza di un rapporto gestorio interno. Non è un caso che anche dal dato giurisprudenziale³⁷⁵ emergano, al riguardo, statuizioni, ad opera di talune pronunce, che attribuiscono particolare importanza al carattere della <<duratura dissociazione>>³⁷⁶ tra la titolarità del diritto e l'interesse perseguito dalle parti, che abbiano predisposto un assetto contrattuale di natura fiduciaria.

In siffatta ipotesi, le risultanze prodotte dall'attività gestoria, posta in essere dal fiduciario, non si caratterizzano per la loro destinazione immediata, in forza del trasferimento del diritto, dal patrimonio del fiduciario a quello del fiduciante, ma esse, per lo più, sono rivolte al conseguimento del peculiare scopo fiduciariamente

372 G. BALDINI, "Il Mandato, La gestione dell'interesse altrui tra momento statico dell'<<atto>> e prospettiva dinamica dell'<<attività>>", Lavis (TN), 2011, p. 188 e seguenti.

373 G. BALDINI, "Il Mandato, La gestione dell'interesse altrui tra momento statico dell'<<atto>> e prospettiva dinamica dell'<<attività>>", Lavis (TN), 2011, p. 202.

374 P. MONTALENTI, "Il contratto di commissione", in *I contratti commerciali*, (a cura di) G. COTTINO, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1992, XVI, p. 634; M. BIANCA, "Trustee e figure affini nel diritto italiano", in *Riv. not.*, 2009, p. 564.

375 Si veda, Cass., n. 1261/1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, p. 730.

376 Cfr. Cass., n. 1261/1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, p. 730.

pattuito³⁷⁷.

La giurisprudenza prevalente³⁷⁸, tuttavia, fa spesso riferimento al contratto di mandato per fornire al negozio fiduciario una disciplina legale. In particolare, quest'ultimo si caratterizzerebbe, oltre che per la dissociazione tra titolarità e interesse, anche <<per l'obbligo del compimento di attività giuridica per conto del fiduciante>>³⁷⁹, riconducendosi così il rapporto fiduciario alla fattispecie tipica del mandato senza rappresentanza.

In un'altra pronuncia di legittimità³⁸⁰, il Supremo Consesso arriva a qualificare *tout court* il negozio fiduciario come <<mandato dei fiducianti>>, superando con tale singolare espressione anche la <<rigida alternativa tra fiducia romanistica e fiducia germanistica>>.

È vero che, tra le ipotesi ammissibili, il negozio fiduciario possa in qualche modo ricondursi allo schema tipico del mandato senza rappresentanza³⁸¹, qualora il mandatario-fiduciario agisca in nome proprio, senza, cioè, che gli venga attribuito il potere di rappresentanza, per cui i diritti e gli obblighi derivanti da negozio gestorio sono posti in favore del mandatario (e non a favore del mandante), secondo quanto disposto all'art. 1705, primo comma, del codice civile, producendosi gli effetti sostanziali e formali dell'atto direttamente in capo al mandatario.

Infatti, il secondo comma della stessa disposizione, esclude, nella sua prima parte, che possano rilevare all'esterno (cioè nel rapporto tra il terzo ed il mandatario) le

377 Cfr. Cass., n. 1261/1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, p. 730.

378 Si considerino: Cass. n. 9355/1997; Cass. n. 4943/1999; Cass. n. 10590/2009; Cass. n. 11314/2010; Cass. n. 26750/2011; Trib. Trento, 14 luglio 2011; Trib. Treviso, 27 ottobre 2011; Trib. Milano, 13 febbraio 2008.

379 Trib. Cagliari, 10 dicembre 1999, in *Riv. giur. sarda*, 2001, p. 661.

380 Cfr. Cass., n. 4943/1999.

381 I. VALAS, "Mandato fiduciario, trust e negozio di affidamento fiduciario", 2012, p. 143.

pretese mosse dal mandante nei confronti del terzo, a prescindere se quest'ultimo fosse o meno a conoscenza del mandato. Tuttavia, nell'inciso finale del secondo comma, si riconosce al mandante la possibilità di sostituirsi al mandatario per esercitare i diritti di credito derivanti dal negozio gestorio.

E proprio tale profilo rafforzerebbe il legame di affinità tra mandato e fiducia, sotto l'ulteriore aspetto dell'estensione al negozio fiduciario del meccanismo rimediale predisposto dal legislatore, in tema di mandato.

In particolare, ciò permetterebbe di applicare anche al rapporto fiduciario il binomio regola-eccezione, che prevede non solo che il mandatario acquisti i diritti e assuma gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, i quali rimangono in una posizione di estraneità rispetto al mandante, ma anche la relativa eccezione, la quale comporta l'immediata reclamabilità del diritto, sia di credito sia reale (in forza di quanto disposto dall'art. 1706, primo comma, c.c.), da parte del mandante³⁸².

In realtà, la centralità dell'effetto traslativo strumentale in favore del mandatario mette in luce una ulteriore ricostruzione del negozio fiduciario in termini di mandato ad alienare, disciplinato all'art. 1706 del codice civile, che impone in capo al mandatario un obbligo di ritrasferimento del bene acquistato, richiamando le disposizioni contenute nell'art. 2932 c.c., relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre.

Diverse sono le tesi volte a spiegare la consistenza e la portata di tale figura.

382 Cfr., in tema di mandato senza rappresentanza, Cass., s.u., 8 ottobre 2008, n. 24772, nella quale si statuisce, altresì, che: <<L'espressione <<diritti di credito>> di cui all'art. 1705, comma 2, c.c., va circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali (di credito o reali) acquistati dal mandatario, rimanendo escluse le azioni poste a loro tutela (annullamento, rescissione, risoluzione e risarcimento)>>.

Secondo un primo orientamento dottrinale³⁸³, il mandato ad alienare si configurerebbe come potere del mandatario di alienare bene a terzi, atteso che egli agisce quale titolare del bene, in forza del precedente trasferimento che troverebbe origine nel contratto di mandato. Secondo altra chiave di lettura ermeneutica³⁸⁴, titolare del bene resterebbe il mandante ed il trasferimento del diritto si produrrebbe direttamente in capo al terzo, in quanto al mandatario sarebbe riconosciuto solo un potere dispositivo, sulla base del contratto di mandato che fungerebbe da semplice autorizzazione all'alienazione.

Altra tesi dottrinale³⁸⁵, ritiene che il mandato ad alienare obbligherebbe il mandatario ad un successivo negozio di trasferimento del bene in favore del mandante, muovendo dall'assunto giuridico contenuto nell'art. 1719 c.c., che pone in capo al mandante l'obbligo a somministrare i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato.

Tuttavia, in talune pronunce³⁸⁶, la giurisprudenza contrasta apertamente un simile approccio ermeneutico, ritenendo che le disposizioni di cui all'art. 1706 c.c. non siano affatto compatibili e, dunque, applicabili al modello di fiducia romanistica, atteso che, in tale ipotesi, la titolarità del diritto appartiene al fiduciario, per cui apparirebbe del tutto fuorviante sostenere che l'acquisto compiuto dal fiduciario possa produrre effetti reali immediati nel patrimonio del fiduciante³⁸⁷.

383 CARRARO, *“Il mandato ad alienare”*, Padova, 1947, p. 115.

384 C.M. BIANCA, *“Diritto civile. Il contratto”*, Milano, 1984, p. 68.

385 G. MINERVINI, *“Il mandato, la commissione, la spedizione”*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, p. 126.

386 Cfr. Cass., 10 maggio 2010, n. 11314; Trib. Trento, 14 luglio 2011.

387 Così, Cass., 10 maggio 2010, n. 11314, in cui si rileva: <<L'accostamento tra negozio fiduciario e mandato, in un caso come questo, risulta perciò fuorviante [...]. Qui, infatti, il negozio fiduciario si qualifica come una combinazione di due fattispecie negoziali collegate, l'una costituita da un negozio reale traslativo, a carattere esterno, realmente voluto ed avente efficacia verso i terzi, e l'altra (il vero *pactum fiduciae*), avente carattere interno ed effetti meramente obbligatori, diretta a modificare il risultato finale del negozio esterno mediante

Diversamente, accade in caso di fiducia germanistica, riconducibile alla figura della <<interposizione meramente formale>>³⁸⁸. La giurisprudenza, a tal riguardo, non riscontra alcun problema nell'inquadrare il rapporto fiduciario nell'ambito dell'art. 1706 c.c., facendo discendere l'effetto secondo cui <<gli acquisti di beni mobili non registrati eseguiti dal mandatario senza rappresentanza entrano automaticamente nel patrimonio del mandante>>³⁸⁹.

Critiche alla ricostruzione proposta dalla giurisprudenza maggioritaria, in ordine alla qualificazione del negozio fiduciario (sia esso di natura romanistica che di matrice germanistica) come mandato senza rappresentanza ovvero come mandato ad alienare, sono state mosse anche da autorevole dottrina³⁹⁰.

Quest'ultima evidenza come non sia possibile rintracciare una compatibilità, per quanto attiene al profilo del trasferimento del diritto, tra mandato ad alienare ed effetto traslativo strumentale in favore del mandatario-fiduciario, anche se poi non

l'obbligo assunto dal fiduciario di ritrasferire al fiduciante il bene o il diritto che ha formato oggetto dell'acquisto. È dunque chiaro che in un simile contesto negoziale non può esservi spazio alcuno per ipotizzare che [...] l'acquisto operato dal fiduciario abbia prodotto effetti reali immediati nel patrimonio del fiduciante>>. In tal senso si esprime anche il Trib. Trento, 14 luglio 2011, in particolare si afferma che nell'ipotesi di fiducia romanistica: <<non si applica l'art. 1706 c.c., poiché l'acquisto immediato del bene immobile in capo al mandante-fiduciante si pone in contrasto con la causa stessa del patto fiduciario>>.

388 Cfr. Cass., n. 10031/1997; Cass., 23 settembre 1997, n. 9355; Cass., n. 4943/1999; Cass., n. 17468/2011; Cass., n. 26750/2011; Trib. Lecce, ord. 18 marzo 2008, in *Le Società*, 2009, 6, p. 748; Trib. Milano, 8 febbraio 2013, n. 1386.

389 Cass., n. 9355/1997.

390 A. GENTILI, *"Società fiduciarie e negozio fiduciario"*, Milano, 1978, p. 85 e ss.; A. GENTILI, *"La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)"*, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 58, in cui l'A. osserva: <<Il maggior limite del mandato sta nelle ipotesi riconducibili alla fiducia dinamica. Qui quanto al trasferimento, le leggi non chiariscono se il mandato ad alienare di per sé giustifichi la traslazione del diritto del mandante, almeno nei casi in cui la titolarità sia per il mandatario la condizione giuridica per l'esecuzione. Meglio risolto il problema dell'abuso del mandatario-fiduciario: il trasferimento è specificamente coercibile con la rivendica o in base all'art. 2932 c.c.>>.

manca di puntualizzare come sotto altro angolo prospettico, quale quello dell'abuso della fiducia, la tutela apprestata è ottimale, data l'operatività degli strumenti dell'azione di rivendica e dell'art. 2932 del codice civile.

La critica è fondata laddove si tenga presente che <<la fiducia non è un unico tipo di problema e non ammette perciò un'unica soluzione>>³⁹¹.

Di conseguenza, per quanto in tale sede s'intende sostenere, il negozio fiduciario non può essere “ricacciato” negli angusti spazi del solo contratto tipico di mandato, imponendosi una maggiore considerazione della funzione in concreto svolta dall'assetto contrattuale, in modo da poter distinguere i casi di mandato dalle molteplici ipotesi di matrice fiduciaria che operano nella pratica degli affari.

In altri termini, se è pur vero che l'attività che il fiduciario pone in essere si connota del carattere essenzialmente gestorio, tuttavia permangono le forti incertezze circa la disciplina da applicare al negozio fiduciario.

Disciplina che non può essere pedissequamente mutuata dal sistema codicistico in tema di mandato, atteso che anche la stessa giurisprudenza di legittimità, pur se prevalentemente orientata ad estendere, nella prospettiva rimediale, gli strumenti concessi in tema di mandato senza rappresentanza al rapporto fiduciario, non applica a quest'ultimo sempre e in modo univoco né l'art. 1705 c.c., né l'art. 1706 dell'articolato codicistico.

Ciò trova, altresì, una diretta conferma a livello internazionale ed europeo³⁹². In molti ordinamenti, si registra già da tempo l'introduzione di una disciplina esplicita che regola il fenomeno contrattualistico della fiducia.

L'avvenuta positivizzazione dell'istituto non ha mancato di tener conto anche delle

391 A. GENTILI, “*La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*”, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 8.

392 Si rinvia, a tal riguardo, al paragrafo 2 del capitolo III della presente tesi.

norme che disciplinano, in ciascuno di tali Paesi, il contratto di mandato.

Nell'ordinamento svizzero, ad esempio, lo strumento fiduciario si contraddistingue per la sussistenza di un *pactum fiduciae* (anche detto convenzione di amministrazione fiduciaria), in cui rileva una marcata funzione gestoria patrimoniale, proprio in virtù della sua strutturazione all'interno del contratto di mandato, il quale pone in capo al fiduciario l'obbligo di governare e amministrare i beni trasferiti³⁹³.

Di diversa natura risulta essere la normativa in materia di negozio fiduciario nell'ordinamento ungherese, in quanto il legislatore ha qui previsto un esplicito rinvio alle norme che disciplinano il contratto di mandato³⁹⁴.

Peculiare è anche il caso del Lussemburgo, in cui la regolamentazione dell'istituto della fiducia si pone a cavallo tra la disciplina del mandato e quella propria del contratto fiduciario. In particolare, si prevede che per il negozio fiduciario si applichino, in via principale, le norme per lo stesso espressamente previste, nonché tutte le disposizioni giuridiche discendenti dalle specifiche clausole contrattuali stabilite dalle parti e, solo in via residuale, è possibile fare riferimento al regime giuridico del mandato³⁹⁵.

Il negozio fiduciario nel diritto sammarinese, invece, si configura in modo del tutto singolare, essendo stato ricostruito alla luce della più moderna nozione di contratto di affidamento fiduciario, che si pone in una posizione di alterità e di

393 Si consideri per una disamina sul punto, P. BOTTINI - G. LAVIZZARI, in *“Analisi del negozio fiduciario in Svizzera”*, in *“Autonomia privata e affidamenti fiduciari”*, AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012, p. 219.

394 S. CURZIO, *“Il contratto di gestione fiduciaria nel nuovo codice civile ungherese”*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, p. 401.

395 P. PANICO, *“Il contratto fiduciario in diritto lussemburghese”*, in *“Autonomia privata e affidamenti fiduciari”*, AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012, p. 168.

estraneità rispetto a logiche richiamanti il concetto di mandato³⁹⁶.

Nella costante ricerca di un modello alternativo al *trust*, l'ordinamento francese ha da ultimo introdotto la disciplina normativa della c.d. "*fiducie*"³⁹⁷, che si caratterizza non solo per essere una <<operazione>>³⁹⁸ sinallagmatica con effetti traslativi, ma anche per l'attribuzione in capo al fiduciario di obblighi che richiamano quelli imposti al mandatario³⁹⁹.

L'accennata indagine comparatistica dimostra come i concetti di fiducia e di mandato non sono di certo estranei tra loro. Tuttavia, essi presentano non solo la capacità di convivere separatamente, ma anche di sussistere in uno stesso negozio, laddove si accolga l'idea che il negozio fiduciario possa essere integrato nel suo contenuto anche da un rapporto di mandato, inteso quest'ultimo in termini di incarico gravante sul fiduciario, al fine di meglio gestire i beni nell'interesse del fiduciante, con il correlativo obbligo di ritrasferimento del diritto al disponente o al terzo, una volta esaurito l'interesse.

396 M. LUPOI, "Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario", in *Trust e attività fiduciarie*, 2010, p. 469 e ss.; A. VICARI, "Il contratto di affidamento fiduciario nella legge di San Marino", in *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012, p. 210.

397 A. MUNARI, "*Trust e fiducie: un importante progetto di legge francese*", in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 129 ss.; E. M. MASTROPAOLO, "*La fiducie nel diritto positivo francese*", in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 35 ss.; A. NERI, "*La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla <<fiducie>>*", in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, p. 531 ss.; ID., "*La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti*", in *Trust e attività fiduciarie*, 2007, p. 569 ss.; S. UGOLINI, "*Il trust e la nuova legge sulla fiducie*", in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 311; M. D'AURIA, "*Il contratto fiduciario: il caso francese*", in *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012, p. 141.

398 Cfr. art. 2011 *Code Civil*. In particolare, l'istituto della *fiducie* è stato introdotto con legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211, che ha istituito il Titolo XIV, nel Libro III del *Code Civil*, poi novellata con legge 4 agosto 2008, n. 2008-776, infine modificata con l'*Ordonnance* 30 gennaio 2009, n. 2009-112. Essa è prevista dagli articoli 2011a 2031 del codice civile francese.

399 Per un'ampia trattazione della tematica sulla *fiducie* si rinvia al capitolo III della presente tesi dottorale.

4. Le analogie e le differenze tra il negozio fiduciario ed il *trust*. La questione giuridica dell'ammissibilità del *trust* interno.

Il negozio fiduciario rappresenta la fattispecie di diritto nazionale che maggiormente richiama l'istituto anglosassone del *trust*⁴⁰⁰.

Molte, infatti, sono le analogie riscontrabili nelle due figure contrattuali, vista la comune *ratio* che li sostanzia. Non è un caso che esse costituiscono, nell'ambito delle rispettive compagini ordinamentali, il modo di intendere il fenomeno giuridico della fiducia.

Nonostante tali assonanze, le due realtà contrattuali si differenziano soprattutto in punto di disciplina, attesa la dettagliata regolamentazione che connota il *trust*, rispetto al negozio fiduciario che si presenta povero di tutele.

Tra i numerosi aspetti divergenti spicca il profilo della segregazione patrimoniale, che nell'accordo fiduciario non si presenta pieno come nel *trust*, nel quale si riscontra, invece, una impermeabilità patrimoniale netta tra la massa del *trustee* ed il bene conferito.

Parte della dottrina italiana tende a distinguere tra loro i concetti di “separazione” e “segregazione” patrimoniali, soprattutto alla luce dell'attività di gestione fiduciaria posta in essere per il tramite di una compagine societaria. In tal caso, si afferma che il patrimonio affidato alla fiduciaria è soggetto al principio della

400 N. LIPARI, “*Fiducia statica e trusts*”, in Studi in onore di R. Scognamiglio, I, Roma, 1997; M. LUPOI, “*Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L'Aja del 10 luglio 1985*”, in *Vita not.*, 1992; ID., “*Trusts*”, Milano, 2001; L. GATT, “*Dal trust al trust. Storia di una chimera*”, II ed., Napoli, 2010; ID., “*Il trust italiano*”, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Gruppo24ore, 2013; G. PALERMO, “*Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*”, in *Riv. dir. comm.*, v. 99, 2001, p. 391; ID., “*Sulla riconducibilità del <<trust interno>> alle categorie civilistiche*”, in *Riv. dir. comm.*, v. 98, 2000, p. 133.

separazione patrimoniale, comportando ciò la dissociazione dei beni fiduciariamente conferiti rispetto al patrimonio societario, ma non fino ad acquisire gli stessi la caratteristica di centro autonomo d'imputazione. Invece, per quanto attiene all'istituto del *trust* risulta più appropriato parlare di segregazione patrimoniale, atteso che i beni affidati vanno a formare un vero e proprio patrimonio autonomo rispetto a quello del *trustee*, in vista dell'attuazione del peculiare risultato a favore del *beneficiary*.

Anche dal punto di vista strutturale si riscontra una disomogeneità di fondo, laddove si consideri che generalmente il modello nazionale di fiducia è connotato dal carattere della bilateralità, in quanto la relativa vicenda contrattuale lega il fiduciante al fiduciario sulla base dell'obbligo di ritrasferimento del bene contemplato nel *pactum fiduciae*. Il rapporto scaturente dall'impiego dello schema negoziale anglosassone, invece, si configura, di regola, quale relazione trilaterale⁴⁰¹, in cui il *settlor* trasferisce il bene al *trustee*, che a sua volta è obbligato nei confronti non del disponente ma del *beneficiary*, tant'è che in capo a quest'ultimo è riconducibile la proprietà sostanziale del bene.

La portata di tale meccanismo si riverbera, poi, sul regime delle tutele accordate ai soggetti protagonisti della vicenda negoziale. Proprio la specifica configurazione del *trust* comporta un riconoscimento pieno, a vantaggio del beneficiario, della possibilità di esperire le azioni a tutela della proprietà, risolvendo in radice anche l'eventuale problematica collegata ad una alienazione infedele del bene vincolato in *trust* posta in essere dal *trustee*.

Infatti, mentre il *beneficiary* può vantare un diritto di seguito sul bene, invece,

401 È tuttavia possibile che *settlor* e *trustee* possano coincidere in un'unica persona, in questo caso si realizzerà non il duplice trasferimento del bene oggetto di fiducia, ma un unico atto traslativo dal *settlor-trustee* al *beneficiary*.

nell'esperienza italiana, la dottrina tradizionale attribuisce al fiduciante o al terzo beneficiario esclusivamente una posizione di credito, non riconoscendo la legittimazione ad attivare rimedi reali a tutela della proprietà del bene affidato che, una volta trasferito, entra a tutti gli effetti nel patrimonio del fiduciario.

Pertanto, alla luce di tale ricostruzione, al fiduciante (o al terzo da questi designato come beneficiario) non può che spettare l'esercizio dell'azione di inadempimento ovvero dell'esecuzione in forma specifica⁴⁰², ai sensi dell'art. 2932 c.c., nonché dell'azione risarcitoria, ex art. 1223 del codice civile.

Il panorama fin qui delineato ha messo in evidenza l'impostazione teorica più classica in tema di negozio fiduciario. Tuttavia, non possono tacersi gli ulteriori sviluppi che, negli ultimi anni, hanno portato una parte autorevole della dottrina a spingersi oltre "le colonne d'Ercole".

In particolare, occorre considerare non soltanto la recente introduzione dell'art. 2645 ter c.c., ma anche e soprattutto l'apertura del nostro ordinamento al riconoscimento degli effetti del *trust* straniero, avvenuta con la legge di ratifica n. 364 del 1989, che ha reso esecutiva, in Italia, la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985.

A partire da tale adesione, si è acceso, all'interno della dottrina italiana, un aspro dibattito sulla questione dell'ammissibilità di un "*trust* interno"⁴⁰³, inteso quale *trust* i cui elementi significativi⁴⁰⁴ siano italiani ad eccezione della legge

402 Cfr. Cass., 1 aprile 2003, n. 4886.

403 La locuzione "*trust* interno" è da attribuire a M. LUPOI, "*Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L'Aja del 10 luglio 1985*", in *Vita not.*, 1992; ID., "*Trusts*", Milano, 2001; così come afferma G. IACCARINO, "*Donazioni indirette e <<ars stipulatoria>>*", Torino, 2008, p. 81, nota 139.

404 Si consideri l'art. 13 della Convenzione de L'Aja che indica come "*significant elements*": la scelta della legge da applicare, il luogo di amministrazione, la residenza abituale del *trustee*. Si vedano anche gli artt. 2 e 7, secondo comma, lettera b) e d) della menzionata Convenzione.

regolatrice⁴⁰⁵, che rimane straniera.

Secondo l'orientamento tradizionale⁴⁰⁶, la ratifica della Convenzione de L'Aja ha comportato come conseguenza il riconoscimento in Italia di quei *trusts* esclusivamente costituiti all'estero oppure unicamente creati da cittadini aventi nazionalità straniera (nei cui Stati sia previsto tale istituto), anche se il patrimonio conferito è situato nel territorio italiano⁴⁰⁷.

La tesi dell'inammissibilità del *trust* interno si basa su una serie di ragioni ostative che attengono non soltanto al principio della responsabilità patrimoniale, di cui all'art. 2470 c.c., il quale risulterebbe essere violato nella misura in cui si arrecherebbe, con la costituzione del *trust* italiano, un danno ai creditori personali del *trustee*, ma anche al principio di tipicità dei diritti reali, atteso che il *trust* configura un diritto di proprietà "atipico" non contemplato nel nostro ordinamento.

Inoltre, si sostiene, da un lato, l'impossibilità della trascrivibilità di detto negozio, in quanto non annoverato tra gli atti soggetti a trascrizione, per cui ammettendo tale figura si verificherebbe un insanabile contrasto con il principio di tassatività a cui il sistema civilistico italiano è conformato.

Dall'altro lato, si ritiene inammissibile la configurazione di un negozio astratto, quale quello intercorrente tra il *settlor* ed il *trustee* al fine del trasferimento del bene affidato, in forza del principio di tipicità delle cause di attribuzione

405 L. GATT, "Dal *trust* al *trust*. Storia di una chimera", II ed., Napoli, 2010, p. 2.

406 F. GAZZONI, "Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del *trust*", in *Riv. not.*, 2002, p. 1107; ID., "Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su *trust* e trascrizione)", in *Riv. not.*, 2001, p.11; ID., "In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul *trust* e su altre bagatelle)", in *Riv. not.*, 2001, p. 1247; V. MARICONDA, "Contrastanti decisioni sul *trust* interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità", in *Corr. giur.*, 2004, n. 1, p. 91.

407 N. LIPARI, "Le categorie del diritto civile", Milano, 2013, p. 180.

traslativa, alla luce del quale si evidenzia come nel diritto nazionale non sia possibile porre in essere atti di trasferimento, aventi ad oggetto diritti reali, privi di causa.

Infine, si afferma che il carattere internazionale-privatistico della Convenzione de L'Aja non può giustificare assolutamente l'introduzione nel nostro ordinamento della figura di un *trust* domestico⁴⁰⁸. Anzi proprio l'art. 13 della menzionata Convenzione espressamente prevede la non obbligatorietà di uno Stato a riconoscere l'istituto del *trust*.

A fronte di tale tesi restrittiva, altra parte della civilistica⁴⁰⁹, sorretta dalla prassi notarile e avallata soprattutto dalle pronunce della giurisprudenza di merito⁴¹⁰, si è schierata nettamente a favore dell'ammissibilità del *trust* interno⁴¹¹, intesa quale nuova fattispecie contrattuale, di matrice dottrinale, soggetta a pubblicità. Secondo tale impostazione, il carattere dell'internazionalità si limiterebbe alla sola

408 Cfr. Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in cui si precisa che: <<Il *trust*, i cui elementi significativi, indipendentemente dalla volontà del disponente, sono localizzati in uno Stato che non conosce il *trust* (c.d. *trust* interno), non può trovare riconoscimento in Italia, dovendo ritenersi che la Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985, ratificata dalla l. 16 ottobre 1989, n. 364, non assume il carattere di convenzione di diritto sostanziale uniforme e non essendo il *trust* compatibile con i principi del nostro ordinamento>>.

409 N. LIPARI, "Fiducia statica e trusts", in Studi in onore di R. Scognamiglio, I, Roma, 1997; M. LUPOLI, "Il *trust* nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L'Aja del 10 luglio 1985", in *Vita not.*, 1992; ID., "Trusts", Milano, 2001; L. GATT, "Dal *trust* al *trust*. Storia di una chimera", II ed., Napoli, 2010; ID., "Il *trust* italiano", in *Dal *trust* all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Gruppo 24ore, 2013; G. PALERMO, "Contributo allo studio del *trust* e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano", in *Riv. dir. comm.*, v. 99, 2001, p. 391; ID., "Sulla riconducibilità del <<*trust* interno>> alle categorie civilistiche", in *Riv. dir. comm.*, v. 98, 2000, p. 133.

410 Di recente si registra, in materia, Cass., ord. 19 novembre 2009, n. 20254; Cass., 13 giugno 2008, n. 16022; Trib. Ravenna, 4 aprile 2013; Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in *TAF*, 2006, p. 89; Trib. Trieste, decr. 23 settembre 2005, in *Corr. merito*, 2005, p. 1277 ed in *Notariato*, 2006, p. 12; Trib. Genova, decr. 14 marzo 2006, in *TAF*, 2006, p. 415; Trib. Roma, ord. 8 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2001, p. 959.

411 L. GATT, "Dal *trust* al *trust*. Storia di una chimera", II ed., Napoli, 2010, p. 3.

legge regolatrice dell'istituto, il quale sarebbe stato introdotto nell'ordinamento italiano, nella sua accezione interna, proprio in forza dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja, laddove lo stesso consente agli Stati di escludere espressamente, con apposite norme, il riconoscimento del *trust*: cosa che non è accaduta in Italia.

Pertanto, sulla base di tale previsione, la tesi, ad oggi maggioritaria, si fonda su una più aperta interpretazione della Convenzione, qualificando la medesima non in senso riduttivo ovvero quale complesso di norme di diritto internazionale privato, idoneo a dare soluzione ad eventuali conflitti che potrebbero generarsi fra ordinamenti in relazione ad istituti provenienti da esperienze giuridiche diverse, bensì ritenendola una vera e propria convenzione di diritto sostanziale sul *trust*⁴¹². In particolare, si afferma che il legislatore italiano, attraverso la ratifica di tale Convenzione, abbia voluto introdurre nell'ordinamento nazionale la figura del *trust* interno⁴¹³, atteso che sarebbe alquanto incoerente e contrastante con il principio di uguaglianza riconoscere vincolanti nel territorio dello Stato gli effetti di un *trust* internazionale e non quelli di un *trust* domestico⁴¹⁴.

412 Si veda L. GATT, “*Il trust italiano*”, in “*Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*”, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Gruppo 24ore, 2013, p. 114, laddove l'A. si spinge anche oltre affermando: <<In altre parole delle due l'una: o si qualifica la Convenzione de L'Aja come atto normativo di diritto internazionale privato ovvero si qualifica la stessa come atto normativo di diritto sostanziale uniforme, idoneo a legittimare *tout court* il “trust” italiano quale vera e propria fattispecie tipica, regolata a livello legislativo nazionale a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja e non invece il c.d. *trust* interno regolato da una legge straniera>>.

413 Cfr. L. GATT, “*Dal trust al trust. Storia di una chimera*”, II ed., Napoli, 2010, p. 3, nota 4. Si veda anche, in tal senso, Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in *TAF*, 2006, p. 89. Inoltre, si risolverebbe la questione della trascrizione del *trust* o in base all'art. 12 della legge n. 364 del 1989 oppure in forza dell'art. 2645 c.c., rubricato appunto “Altri atti soggetti a trascrizione”.

414 In tal senso, si consideri L. GATT, “*Il trust italiano*”, in “*Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*”, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Gruppo24ore, 2013, p. 118, in cui l'A.

Il dibattito relativo al *trust* interno⁴¹⁵ evidenzia come in diversi ordinamenti di *civil law* è oramai evidente il crescente bisogno di dotarsi di figure negoziali ad esso affini, atteso l'importante effetto della segregazione patrimoniale che ne discende, corredato, vieppiù, da un coerente sistema di strumenti rimediali che assicurano l'efficienza dell'istituto.

Per queste ragioni, altra parte della dottrina, nel tentare di offrire una soluzione al problema, parla di “contratto alieno”⁴¹⁶, intendendo indicare, con tale espressione, una fattispecie negoziale “altra” e quindi “estranea” all'ordinamento interno, che realizza tuttavia una funzione di rendere uniforme il diritto, a motivo dell'unità dei mercati⁴¹⁷.

La questione ricostruita in tali termini comporta l'adozione interna dell'istituto del *trust*, il quale, non avendo nazionalità⁴¹⁸, opera nell'ordinamento italiano, sulla

osserva che: <<Appare, infatti assurdo sul piano logico giuridico obbligarsi a riconoscere ciò che non si conosce e che oltretutto si considera in contrasto con l'intero sistema di diritto privato vigente>>.

415 Si veda, a tal riguardo, G. DE NOVA, *“Il contratto alieno”*, II ed., Torino, 2010, p. 58, in cui l'A. sostiene che: <<Problemi di compatibilità con l'art. 2740 cod. civ. si sono posti per il *trust* interno. Ma l'art. 2645-ter cod.civ. benedice l'atto di destinazione a fini meritevoli, che sottrae i beni destinati alla garanzia generica dei creditori>>; sulla tematica è intervenuto anche A. GENTILI, *“A proposito di: G. De Nova, <<Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno>>”*, in *Riv. dir. civ.*, vol. 58, n. 2, 2012, p. 133-140. In senso critico alla ammissibilità di un *trust* interno, si vedano F. GAZZONI, *“Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust”*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1107; ID., *“Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)”*, in *Riv. not.*, 2001, p.11; ID., *“In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)”*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1247; V. MARICONDA, *“Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità”*, in *Corr. giur.*, 2004, n. 1, p. 91.

416 G. DE NOVA, *“Il contratto alieno”*, II ed., Torino, 2010, p. 58, il quale osserva che: <<In definitiva, i contratti validi nella patria d'origine sono validi anche da noi, nella veste di contratti alieni>>.

417 Si veda sul tema, F. GALGANO, *“Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio”*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 197.

418 Cfr. F. GALGANO, *“Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio”*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 197; in maniera conforme si esprime anche G. DE NOVA, *“Il contratto*

base di un fenomeno che non deve essere tanto ascritto all'ambito dell'atipicità del contenuto contrattuale, di cui all'art. 1322 c.c., quanto piuttosto ad una realtà più ampia comprendente l'esigenza, fortemente avvertita dalla prassi negoziale, di applicare contratti che volutamente ignorano il diritto nazionale⁴¹⁹.

Naturalmente, secondo tale opzione dottrinale, l'impiego di siffatto modello contrattuale non deve avvenire in modo passivo, da parte dell'operatore del diritto, ma attraverso un <<confronto critico>>⁴²⁰, che tenga presente il diritto nazionale nella valutazione dell'ammissibilità della fattispecie negoziale aliena.

5. Il progressivo riconoscimento normativo del fenomeno fiduciario negli ordinamenti di *civil law*: la *fiducie* francese.

Diversamente da quanto accade nell'ordinamento italiano, in cui, secondo la lettura interpretativa classica del negozio fiduciario, il *pactum fiduciae* non può essere opponibile ai terzi, il legislatore francese, in linea con le moderne esigenze

alieno”, II ed., Torino, 2010, p. 45, il quale, a p. 48, precisa che: <<Il fenomeno, non nuovo, sta assumendo intensità sempre maggiore: le parti concludono un contratto pensato e scritto sulla base di un modello diverso dal diritto italiano, e cioè un modello di *common law*, in particolare un modello statunitense, pur indicando come legge applicabile il diritto italiano>>.

419 Così G. DE NOVA, “*Il contratto alieno*”, II ed., Torino, 2010, p. 48, in cui l'A. osserva che: <<Certo tra i contratti alieni troviamo contratti atipici ex art. 1322 cod. civ., contratti cioè che non corrispondono ai tipi di contratto per i quali il diritto italiano detta una disciplina particolare (come il *leasing*, il *factoring*, l'*engineering*, e via dicendo). [...Omissis...] Ma, come dicevo, il fenomeno dei contratti alieni è più ampio, perché tra di essi troviamo contratti che possono essere ricondotti a tipi per i quali il diritto italiano detta una disciplina particolare. [...Omissis...] Ma...rimangono contratti alieni perché essi...sono pensati, costruiti, scritti in funzione del diritto statunitense, ed ignorano il diritto italiano, anche quando esso prevede norme potenzialmente applicabili>>.

420 Cfr. G. DE NOVA, “*Il contratto alieno*”, II ed., Torino, 2010, p. 46, in cui l'A. ritiene che: <<Il giurista italiano deve mettere in agenda la voce “confronto critico, alla luce del diritto italiano, con i modelli contrattuali alieni”>>.

economiche derivanti dal fenomeno della globalizzazione, che premia il collaudato strumento anglosassone del *trust*, ha positivizzato la figura della *fiducie*⁴²¹.

La scelta di disciplinare espressamente il fenomeno fiduciario è derivata, quindi, da ragioni di politica economica, perseguendosi il dichiarato fine di sollecitare la delocalizzazione di operazioni economiche in favore proprio del territorio d'Oltralpe⁴²².

Dal punto di vista strettamente normativo, l'intenzione è stata quella di creare una fattispecie antagonista al *trust* anglosassone, così da rendere il sistema civilistico francese più attraente giuridicamente, ponendo in essere una vera e propria operazione concorrenziale rispetto a strumenti negoziali analoghi, proposti dagli altri ordinamenti stranieri.

L'esperienza francese, tuttavia, non ha tradito la propria tradizione giuridica di *civil law*, tenendosi ben lontana dal ricalcare i tratti caratteristici del *trust*. Essa si è avvalsa di costruzioni giuridiche esistenti e coerenti con il sistema civilistico interno, per addivenire ai medesimi risultati scaturenti dall'impiego del *trust* straniero.

La *fiducie*⁴²³, regolata dagli articoli 2011 a 2031 del codice civile francese, viene

421 A tal riguardo, va precisato che la Francia non ha ratificato la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile ed al riconoscimento del *trust*, ma nonostante ciò ha introdotto l'istituto della *fiducie* con legge 19 febbraio 2007, n. 2007/211, che ha inserito il nuovo Titolo XIV, del Libro III del *code civil*. La normativa sulla *fiducie* è stata poi modificata con legge 4 agosto 2008, n. 2008/776 e successivamente novellata con *Ordonnance* 30 gennaio 2009, n. 2009/112.

422 Dossier legislativo del Senato, “*Analyse des discussion législatives et des scrutins publics: Loi instituant la fiducie*” e “*Riassunti del dibattito, prima lettura del 16 ottobre 2007*”, consultabili sul sito www.senat.fr.

423 Si considerino i contributi di S. UGOLINI, “*Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*”, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 309; A. NERI, “*Un'altra tappa del percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*”, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 595; C. A. MARCOZ, “*Il trust in Francia: prime osservazioni sulla*

configurata come una “operazione” contrattuale, in forza della quale uno o più fiducianti trasferiscono beni, diritti o garanzie (siano essi presenti o futuri) ad uno o più fiduciari, i quali, tenendo separato tale patrimonio da quello personale, agiscono per la realizzazione di un fine determinato a vantaggio di uno o più beneficiari⁴²⁴. L'operazione fiduciaria, dunque, contempla un effetto traslativo dei beni, cogliendo in ciò il tratto comune sia al tradizionale paradigma romanistico, sia all'istituto anglosassone del *trust*.

L'atto di trasferimento segue la logica della finalità stabilita dalle parti e impressa ai beni affidati, comportando ciò l'ulteriore conseguenza della separazione patrimoniale di tali beni rispetto a quelli personali del fiduciario. In particolare, il patrimonio separato⁴²⁵, che deve essere individuato in tutte le sue componenti nel contratto di *fiducie* a pena di nullità, può essere oggetto di rivalsa esclusivamente per i creditori del patrimonio su cui la fiducia insiste⁴²⁶.

Tuttavia, il legislatore francese ha previsto esplicitamente una deroga all'effetto segregativo, che quindi non può definirsi pieno, laddove consente ai creditori

legge francese istitutiva della <<fiducia>>”, n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, Studio 1-2008/A, (a cura del) Consiglio nazionale del notariato, approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali il 7 marzo 2008; D. PAPPADÀ, “*Il registro francese delle fiducie*”, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 391.

424 Secondo l'art. 2013 del *code civil*: <<Il contratto di fiducia è nullo se ha come causa una intenzione liberale a vantaggio del beneficiario>>.

425 Il patrimonio separato è anche detto *patrimoine d'affectation*.

426 D. PAPPADÀ, “*L'emulazione del trust in Francia*”, consultabile sul sito: www.comparazione.diritto.civile.it, p. 4, in cui l'A. precisa che: <<Per effetto della separazione, esso [sottinteso: il patrimonio] non può essere aggredito nè dai creditori del fiduciario né da quelli del beneficiario né da quelli del costituente. I primi non possono giovare di una massa patrimoniale che entra a far parte del patrimonio del loro debitore solo per un lasso di tempo determinato e per uno scopo individuato. I secondi, per la durata del contratto, possono intraprendere ogni misura conservativa che il beneficiario ometterà di adottare e, solo al termine della *fiducie*, possono reclamare il trasferimento del patrimonio fiduciario al loro debitore. Gli ultimi non vantano alcun diritto sul patrimonio separato salvo tre casi: quando sono titolari di un diritto di seguito derivante da una garanzia anteriore al contratto di *fiducie*, se sono vittime di frode e quando il costituente ha trasferito i beni nel periodo cd. sospetto>>.

della *fiducie* di rivalersi anche sul patrimonio del fiduciante, nell'ipotesi in cui non sia sufficientemente consistente il patrimonio fiduciario.

Tale previsione desta qualche perplessità, atteso che la non perfetta impermeabilità patrimoniale, che la *fiducie* realizza in forza dell'effetto segregativo anomalo, sarebbe dovuta andare a discapito del patrimonio del fiduciario o di quello dei soggetti beneficiari⁴²⁷, soprattutto laddove si consideri che in capo al fiduciante non residua alcun ruolo nel rapporto⁴²⁸.

Il contratto di *fiducie* si caratterizza, dunque, per l'effetto del trasferimento, a favore del fiduciario, della titolarità di talune posizioni, attuato per scopi di gestione o di garanzia⁴²⁹. Di conseguenza, la concezione ordinaria di proprietà, così come disciplinata all'art. 544 del *code civil*, non coincide con quella inedita propria della *fiducie*.

In particolare, anche nell'esperienza giuridica francese si è riproposto il dibattito dottrinale sul tema della natura della proprietà fiduciaria. Dibattito che,

427 Con riguardo al ruolo dei beneficiari, si veda C. A. MARCOZ, "Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della <<fiducia>>", n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, Studio 1-2008/A, (a cura del) Consiglio nazionale del notariato, approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali il 7 marzo 2008, p. 5, in cui l'A. testualmente afferma che: <<...l'accettazione del beneficiario ha come effetto di renderlo [sottinteso: il contratto di *fiducie*] irrevocabile e immodificabile senza il suo consenso (secondo lo schema tradizionale del contratto a favore di terzo)>> .

428 Si veda D. PAPPADÀ, "L'emulazione del trust in Francia", consultabile sul sito: www.comparazionedirittocivile.it, p. 5, in cui l'A. precisa, altresì, che: <<Quest'ultimi [...i creditori della *fiducie*...] possono, però rafforzare la segregazione prevedendo che il passivo fiduciario sia limitato al solo patrimonio della *fiducie* oppure disponendo che tutto o parte del passivo sia a carico del fiduciario ma, in entrambi i casi, ciò deve essere accettato>>.

429 Così in C. A. MARCOZ, "Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della <<fiducia>>", n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, Studio 1-2008/A, (a cura del) Consiglio nazionale del notariato, approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali il 7 marzo 2008 p. 8; D. PAPPADÀ, "L'emulazione del trust in Francia", consultabile sul sito: www.comparazionedirittocivile.it, p. 12, secondo cui: <<La scelta di dotarsi di un antagonista del *trust*...sta imponendo il confronto con l'idea che la proprietà può non essere più solo quella contenuta all'art. 544 *code civil*. Del resto, questo codice riconosce oggi che essa può essere fiduciaria, temporanea e finalizzata>>.

diversamente che in Italia, si è concluso con una soluzione assai vicina al costruito traslativo qualificante il modello romanistico della fiducia, confermando un diritto di proprietà particolarmente atteggiato.

In sostanza, a fronte di una proprietà piena ed esclusiva si è introdotto un concetto di proprietà assimilabile, per alcuni autori⁴³⁰, ad un diritto reale minore, in ragione dei limiti non solo temporali ma anche dispositivi del fiduciario rispetto ai beni affidati. Per altri interpreti⁴³¹, la figura della *fiducie* si avvicinerrebbe molto di più all'istituto del mandato, sulla base delle previsioni relative agli obblighi di restituzione e di rendicontazione imposti al fiduciario.

Indipendentemente da tali qualificazioni giuridiche, il fenomeno della *fiducie* comunque si caratterizza per essere una operazione contrattuale che, in conformità al modello romanistico, contempla al suo interno un atto traslativo della proprietà a favore del fiduciario, al quale però non è consentito disporre dei beni affidati con poteri illimitati, essendo vincolato agli obiettivi fissati nel contratto.

Di conseguenza, se è vero che con il trasferimento dei beni, il fiduciario diviene proprietario, secondo quanto stabilisce la legislazione francese in materia; è altrettanto vero che il fondamento di tale trasferimento si ravvisa <<nella futura restituzione o consegna a un beneficiario determinato, entro un termine predefinito, che non può eccedere i 33 anni>>⁴³².

Rimane, quindi, aperto il problema sul versante interno, atteso che da sempre la

430 C. A. MARCOZ, “*Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della <<fiducia>>*”, n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, Studio 1-2008/A, (a cura del) Consiglio nazionale del notariato, approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali il 7 marzo 2008 p. 8.

431 R. LIBCHABER, “*Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*”, in *Répertoire du Notariat – Defrénois*, 15-16/07, p. 1111.

432 C. A. MARCOZ, “*Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della <<fiducia>>*”, n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, Studio 1-2008/A, (a cura del) Consiglio nazionale del notariato, approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali il 7 marzo 2008 p. 8.

cultura giuridica italiana trae fonte di ispirazione, ma anche di differenziazione, rispetto al diritto civile francese, il quale, soprattutto in materia di negozio fiduciario, sembra aver dato un preciso segnale di favore rispetto all'istituto della fiducia.

L'esigenza di dotarsi di una disciplina di carattere rimediale della fiducia è stata ultimamente avvertita anche in Italia: conferma ne è data dal riconoscimento normativo del vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 ter del codice civile.

6. L'elaborazione dottrinale della fattispecie del contratto di affidamento fiduciario.

Muovendo dalla premessa di fondo, secondo la quale la fiducia, intesa come atto *inter vivos*, è un fenomeno della cui esistenza non può dubitarsi, tant'è che chi ne fa uso richiede che sia soggetta a coercibilità, il vero problema è quello di individuare una disciplina tutta italiana, che sia al passo con le sopravvenienze della moderna realtà, al fine di non determinare un <<innaturale distacco con l'esperienza>>⁴³³.

Proprio questa esigenza di rintracciare nelle pieghe dell'ordinamento una effettiva tutela alle situazioni affidanti ha spinto parte della dottrina - promossa e indirizzata dalla prassi notarile - a coniare un inedito schema contrattuale, per mezzo del quale s'intende dare rilevanza giuridica all'affidamento fiduciario, o meglio al <<programma dell'affidamento>>, detto anche <<programma

433 Così si esprime P. GROSSI, "Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1980-1950", Milano, 2000, p. 73.

destinatorio>>⁴³⁴.

Le prefate locuzioni non devono confondersi con il differente concetto di negozio di destinazione. Infatti, secondo tale impostazione, mentre l'atto di destinazione si riferisce ad un assetto negoziale che soddisfa l'interesse perseguito dalle parti non appena è concluso il contratto; invece, il termine “programma”⁴³⁵ viene impiegato in forza di una sua valenza futura, vale a dire nell'ottica di una sorta di proiezione delle attività da svolgere.

In quanto tale, si afferma che il programma di affidamento fiduciario ha ad oggetto il diritto delle obbligazioni e non piuttosto la normativa sui beni⁴³⁶.

Il rilievo non è di scarso momento, laddove si vogliano distanziare, da un lato, la nozione classica di negozio fiduciario, secondo cui, come autorevole dottrina sostiene, <<veramente fiduciarie siano solo le situazioni nelle quali il fiduciario spende un'attività che va oltre la funzione di schermo>>⁴³⁷; dall'altro lato, la definizione di programma destinatorio, che, invece, riguarda <<una serie di attività, non sempre del tutto precisamente determinate, in favore di una delle parti del rapporto o di un terzo e rimesse al soggetto al quale la posizione soggettiva oggetto del programma appartiene>>⁴³⁸.

434 Le espressioni sono di M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014, p. 252.

435 Tale termine era già presente nel panorama dottrinale, si considerino, ad esempio, V. SCIALOJA, *“Responsabilità e volontà nei negozi giuridici”*, Roma, 1885, p. 21; N. IRTI, *“Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)”*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 425.

436 Le espressioni sono di M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014, p. 252. I referenti normativi, indiretti e parziali, di tale costruito negoziale possono ricavarsi dagli artt. 2645 ter c.c. e dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, in materia di sovraindebitamento.

437 A. GENTILI, *“Interposizione, simulazione e fiducia nell'intestazione di quote di società a responsabilità limitata”*, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, p. 411.

438 M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014, p. 253, in cui precisa ulteriormente che: <<Non è “programma dell'affidamento” ubbidire ciecamente all'altra parte del rapporto e non lo è il solo mantenere la posizione soggettiva fino a quando l'altra parte lo

Si viene, quindi, a delineare una figura di contratto innominato, quale il contratto di affidamento fiduciario⁴³⁹, con lo specifico intento di operare una vera e propria limitazione di diversi segmenti di discipline, i quali si prestavano già in passato ad una applicazione generalizzata⁴⁴⁰.

Il contratto di affidamento fiduciario si presenta come attuazione di un programma destinatorio, la cui stabilità si coglie soprattutto con riguardo alle situazioni individuali che potrebbero coinvolgere le parti, nonché relativamente agli eventuali conflitti che ne potrebbero scaturire.

In particolare, all'affidatario-fiduciario viene attribuita la titolarità di un complesso di situazioni giuridiche soggettive, di cui può disporre con ampia autonomia, al fine di dare attuazione al programma.

Sotto il profilo strutturale, la figura contrattuale di cui si discute si connota per la sussistenza di due requisiti di fondo. In primo luogo, si parla dell'insieme delle prerogative soggettive che va a formare quello che viene denominato <<fondo affidato>>⁴⁴¹, costituendo quest'ultimo un vero e proprio patrimonio caratterizzato da componenti attive e passive, del tutto separato dal patrimonio dell'affidatario-fiduciario. Conferma di ciò è data dalla circostanza che il fondo affidato può essere aggredito esclusivamente dai creditori, che abbiano contratto obbligazioni sulla scorta della attuazione del programma destinatorio.

In altri termini, se è vero che all'affidatario-fiduciario appartiene la titolarità del

richieda>>.

439 M. LUPOI, *“Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari”*, II ed., Padova, 2011, p. 221; ID., *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014.

440 Si pensi, tra le molte figure rimediale, a quelle del contratto di mandato ovvero l'estensione della disciplina della simulazione. In tal senso, A. GENTILI, *“Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio”*, Napoli, Jovene, 1982, p. 317 e ss.; N. LIPARI, *“Le categorie del diritto civile”*, Milano, 2013, p. 180.

441 M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014, p. 314.

fondo affidato, anche se solo temporaneamente⁴⁴², è altrettanto vero che tale appartenenza è funzionale alla realizzazione del programma.

Altro requisito qualificante tale paradigma contrattuale si sostanzia nel potere, conferito all'affidatario-fiduciario, di disporre, conformare o comunque gestire quanto contenuto nel fondo affidato. Ricorre, infatti, il contratto di affidamento fiduciario solo nel caso in cui all'affidatario-fiduciario sia riconosciuto un ampio spettro di autonomia con riguardo alle decisioni da prendere rispetto al patrimonio conferito, nonché relativamente alla risoluzione di conflitti che possono verificarsi in capo alle diverse posizioni assunte dagli interessati nella realizzazione del programma.

Il contrattare a questi ampi poteri spettanti all'affidatario-fiduciario, a cui è lasciata la massima indipendenza nel configurare le possibili soluzioni da applicare alla gestione del fondo, consiste nel peculiare regime di responsabilità allo stesso applicato. Egli, infatti, risponde anche con il proprio patrimonio delle obbligazioni contratte per l'attuazione del programma, contemplandosi, vieppiù, l'ipotesi del concorso in responsabilità con il precedente affidatario-fiduciario, qualora si verificassero nefaste conseguenze per l'affidante o per i beneficiari⁴⁴³ dell'affidamento a seguito dell'instaurazione di inopportuni rapporti obbligatori.

Fortemente connaturato al dato strutturale è il profilo della ricorrenza o validità del contratto di affidamento fiduciario.

442 M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014, p. 317, in cui l'A. osserva che: <<La durata del contratto è funzione del programma, alla realizzazione o all'accertata impossibilità di perseguimento del quale il fondo affidato o quanto di esso residui è trasferito ai beneficiari dell'affidamento o torna all'affidante o rimane presso l'affidatario, liberato da ogni residua obbligazione, secondo quanto il programma abbia previsto>>.

443 M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014, p. 317, che con riguardo ai beneficiari dell'affidamento afferma che: <<In quanto diversi dall'affidante e dall'affidatario, tali soggetti possono o meno essere parti del contratto ovvero profittare delle disposizioni in loro favore alla stregua di un contratto a favore di terzi o altrimenti>>.

Ciò nel senso che nel caso in cui non si produca alcun effettivo conferimento dei beni dall'affidante all'affidatario-fiduciario, ovvero la gestione del fondo affidato non sia concretamente lasciata alle scelte di quest'ultimo, oppure il trasferimento del bene, contemplato nel contratto di affidamento fiduciario, non sia né essenziale né funzionale all'attuazione del programma, si realizzerebbero tutt'altre fattispecie contrattuali⁴⁴⁴, integrate dalle figure del mandato o della simulazione.

Di conseguenza, la non perfetta coincidenza del programma destinatorio al tipo contrattuale di affidamento fiduciario, determinato in modo assai rigido nella struttura e nei contenuti, renderebbe inevitabilmente viziato l'intero rapporto: effetto che, invece, non si riscontra riguardo la configurazione tradizionale del negozio fiduciario, quale mezzo eccedente il fine⁴⁴⁵.

Attraverso l'elaborazione dottrinale della figura del contratto di affidamento fiduciario si intende, dunque, consentire nel sistema nazionale il perseguimento di quegli interessi che caratterizzano l'istituto del *trust*, proprio degli ordinamenti di *common law*.

444 M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014, p. 318, in cui l'A. rileva come: <<Un contratto che delinei un reale affidamento ma che, nelle concrete vicende attuative del rapporto, palesi l'affidante o altri soggetti, diversi dall'affidatario fiduciario, quali reali gestori del patrimonio affidato è con ogni probabilità un contratto simulato, dissimulante un contratto diverso dal contratto di affidamento fiduciario perché il contratto di affidamento fiduciario si fonda sulla stabile realizzazione, da parte di chi rivesta la funzione di affidatario fiduciario, del programma enunciato nel contratto, non sulla realizzazione del programma da parte di chicchessia. Si può affermare che l'affidatario fiduciario è titolare di una “competenza funzionale”, connaturata alla natura del rapporto derivante dal contratto, della quale non può essere spogliato a pena di ricondurre il rapporto contrattuale ad altre fattispecie>>; A. BARBA, *“Fiducia a scopo assistenziale e contratto plurilaterale”*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 609. Per un raffronto tra simulazione e fiducia, si veda A. GENTILI, *“Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio”*, Napoli, Jovene, 1982, p. 317 e ss.; da ultimo, anche in A. GENTILI, *“La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)”*, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 36.

445 M. LUPOI, *“Il contratto di affidamento fiduciario”*, Milano, 2014, p. 319.

In particolare, con la predisposizione di un tale assetto negoziale, le parti si vincolano a conferire un'importanza fondamentale alla realizzazione del risultato, non rilevando tutte quelle questioni relative al momento attributivo dei beni in capo ad un determinato soggetto (l'affidatario-fiduciario), né al suo comportamento, atteso che non solo questi può essere sostituito, ma l'affidante può giovare anche del rimedio della risoluzione per inadempimento⁴⁴⁶.

Infatti, il meccanismo del contratto di affidamento fiduciario fa sì che l'accordo che intercorre tra l'affidante e l'affidatario, abbia quale presupposto operativo l'individuazione dei beni da adoperare a beneficio di uno o più soggetti, tuttavia l'elemento qualificativo della fattispecie è dato dall'attuazione del programma destinatorio rimessa agli ampi poteri dispositivi di cui gode l'affidatario-fiduciario⁴⁴⁷.

Il contratto in esame mette in luce un peculiare *modus operandi* di una parte della dottrina che, nell'attuale periodo storico, si presta a coniare inediti paradigmi negoziali, al fine di avvicinare schemi contrattuali previsti in altri ordinamenti per utilizzarli nella sostanza e negli effetti anche nell'ambito del sistema nazionale.

Il fenomeno si presta ad un'indagine particolarmente accurata da parte dei giuristi, in quanto comportante ricadute non solo sul piano della teoria generale del contratto, ma anche nell'ambito di un discorso metodologico più ampio, relativo cioè al sistema delle categorie giuridiche, che da sempre sono state considerate “sintesi” e presupposti del corretto operare secondo criteri classificatori, per saggiare l'esattezza dei risultati giuridici, in termini di coerenza al dato normativo o all'elemento ordinante di discipline o di figure emergenti dal tessuto sociale.

La vera preoccupazione, dunque, è rivolta a quel potere creativo (non pienamente

446 N. LIPARI, “Le categorie del diritto civile”, Milano, 2013, p. 181.

447 N. LIPARI, “Le categorie del diritto civile”, Milano, 2013, p. 181.

giustificato) che parte della dottrina utilizza per concorrere a determinare nuovi schemi negoziali, i quali non sempre presentano sicuri ancoraggi in norme previste nell'ordinamento o in categorie che li presuppongono.

In altri termini, il campanello d'allarme è dato dalla circostanza che si facciano sempre più strada, nel mondo del diritto, le teorie personali di singoli autori, piuttosto che rintracciare nel sistema vere e proprie soluzioni ai problemi che il negozio fiduciario reca con sé.

Infatti, la dinamica del tutto peculiare del contratto di affidamento fiduciario sembra portare ad un capovolgimento del procedimento di applicazione dei principi generali del diritto, in cui <<la categoria da presupposto diventa risultato>>⁴⁴⁸.

7. I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter del codice civile in rapporto al negozio fiduciario. Cenni sulla nuova figura del contratto di destinazione fiduciaria.

La fattispecie del contratto fiduciario andrebbe ripensata soprattutto alla luce dell'art. 2645 ter c.c., che ha introdotto la nuova nozione di destinazione patrimoniale⁴⁴⁹.

448 N. LIPARI, *“Le categorie del diritto civile”*, Milano, 2013, p. 179, in cui l'A. sottolinea, nella pagina successiva, che: <<...siamo giunti in una fase storica in cui i soggetti non operano più sotto l'ombrello delle norme, ma concorrono a determinarle senza sentirsi in alcun modo condizionati dai criteri classificatori del passato>>.

449 *Ex multis*, si vedano, in particolare, i contributi di A. GENTILI, *“Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.”*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 28, in cui l'A. si domanda se la proprietà di un bene destinato sia <<dal vincolo solo compressa o specificamente conformata>>. Nella prima ipotesi, non si configurerebbe un diverso tipo di proprietà <<ma solo un nuovo tipo di limite su base negoziale>>. Nella seconda ipotesi,

Si discute se la norma sia diretta solamente a disciplinare gli effetti destinatori di negozi già tipizzati, consentendo di rendere opponibile l'atto ai terzi, mediante lo strumento della trascrizione ovvero abbia dato vita ad una nuova figura generale di negozio atipico con effetto destinatorio, la cui disciplina è prevista nella stessa norma.

Dal differente modo di concepire la destinazione derivano ricadute pratiche di non scarsa importanza, a seconda che la stessa rilevi come elemento causale di <<per sé idoneo a giustificare l'atto posto in essere>>⁴⁵⁰, delineandosi in tal modo uno schema generale di atto oppure, di contro, si ritenga che la norma operi sul piano

invece, <<la situazione giuridica soggettiva del disponente, intrecciando la titolarità con il vincolo, darebbe luogo ad un nuovo e diverso tipo di "proprietà" (o comunque diritto reale)>>. Secondo l'A. è difficile fornire una risposta unitaria, atteso che occorre verificare caso per caso <<quando riterremo superato il semplice limite>>; ID., *"La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 55; ID., *"Atti notarili <<proibiti>> e sistema delle invalidità"*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 5; ID., *"Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente"*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio (dal trust agli atti di destinazione)*, Atti del Convegno di Roma del 28 e 29 settembre 2006; M. BIANCA, *"Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste"*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 187; ID., *"Vincoli di destinazione del patrimonio"*, in *Enc. Giur. Treccani*, Aggiornamento, v. XV, Roma 2007; ID., *"Atto negoziale di destinazione e separazione"*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 197 e ss.; F. GAZZONI, *"Osservazioni sull'art. 2645 ter"*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 166; M. LUPOI, *"Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento del trust"*, in *Riv. notar.*, 2006, p. 467; G. PALERMO, *"La destinazione di beni allo scopo"*, in *La proprietà e il possesso*, in *"Trattato diritto civile"*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, v. II, *"Successioni, Donazioni, Beni"*, Milano, 2009, p. 401; ID., *"Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)"*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 571; ID., *"Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche"*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 133; ID., *"Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione allo scopo"*, in *"Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative"*, AA.VV., Milano, 2003, 243; G. GABRIELLI, *"Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari"*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 327; A. LUMINOSO, *"Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c."*, in *Riv. not.*, 2008, I, p. 997.

450 Cfr. G. PALERMO, *"La destinazione di beni allo scopo"*, in *La proprietà e il possesso*, in *"Trattato diritto civile"*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, v. II, *"Successioni, Donazioni, Beni"*, Milano, 2009, p. 396, laddove, però, l'A. si pone in netta contrapposizione all'idea che la destinazione possa assurgere ad elemento causale della fattispecie.

della produzione dell'effetto, qualificando in tal senso la fattispecie.

Proprio quest'ultima accezione mette in evidenza come al disponente - o ai contraenti, in caso di atto bilaterale o plurilaterale - possa essere attribuito un potere configurativo dell'assetto programmatico degli interessi messi in campo sulla base di una autonomia negoziale, il cui unico limite per una concreta tutela è dato dalla loro meritevolezza.

In altri termini, <<ciò significa che qualsivoglia atto negoziale, alla stregua del quale la destinazione dei beni risulti inserita nel quadro programmatico che lo contraddistingue, può essere considerato idoneo a far nascere il vincolo contemplato dall'art. 2645-ter c.c., sol che siano rispettati, nella forma e nel contenuto (per quanto attiene, in particolare, alla durata del vincolo), i parametri posti sul piano regolamentare dalla disposizione di legge>>⁴⁵¹.

La destinazione patrimoniale, infatti, comporta un effetto di separazione o meglio di segregazione del bene dal patrimonio del conferente, sul quale permane, tuttavia, la titolarità formale del medesimo, in quanto ciò che rileva è la finalità propria dell'interesse perseguito dalle parti, marcata dal vincolo destinatorio. A tal proposito, vi è chi ha sostenuto che l'effetto della destinazione consista essenzialmente nel collegamento tra patrimonio ed attività⁴⁵².

L'ulteriore tassello, che rende peculiare la tematica trattata, è rappresentato essenzialmente dal rapporto intercorrente tra la destinazione e il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, contenuto all'art. 2740 c.c., soprattutto in ordine all'aspetto relativo alla tecnica di segregazione patrimoniale,

451 In questi termini si esprime G. PALERMO, *“La destinazione di beni allo scopo”*, in *La proprietà e il possesso*, in *“Trattato diritto civile”*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, v. II, *“Successioni, Donazioni, Beni”*, Milano, 2009, p. 396.

452 F. ALCARO, *“Unità del patrimonio e destinazione dei beni”*, in *“La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione”*, (a cura di) M. BIANCA, Milano 2007, p. 105.

che, in questo caso, non risulta più demandata ad una stretta tipizzazione degli interessi stabilita *a priori* dall'ordinamento, ma al contrario essa è rimessa all'autodeterminazione del disponente con riguardo all'individuazione di interessi caratterizzati dalla necessaria loro altruità⁴⁵³.

La *ratio* sottesa agli affidamenti fiduciari è, in generale, riscontrabile nel meccanismo della destinazione, anche se con quest'ultima figura si realizza la sottrazione del patrimonio separato e destinato rispetto alle pretese di soddisfacimento delle ragioni creditorie, vantate dai creditori personali del disponente, al quale è comunque formalmente riconducibile la proprietà di detta massa patrimoniale. Di conseguenza, il bene sottoposto a vincolo potrebbe essere aggredito solo da coloro che vantino un credito contratto in ragione dello scopo a cui è destinato il prefato bene.

Il significato, che potrebbe cogliersi dall'analisi proposta e che potrebbe avvicinare le logiche sottese al vincolo di destinazione rispetto a quelle più generali del negozio fiduciario, è rappresentato dal fatto che il bene, oggetto di destinazione, sia funzionalizzato rispetto al perseguimento di determinati obiettivi. Ciò che varia è che nella vicenda giuridica destinataria si realizza vieppiù l'effetto segregativo che rende opponibile la destinazione ai terzi e ai creditori mediante l'istituto della trascrizione, espressamente contemplato dall'art. 2645 ter dell'articolato codicistico.

La circostanza che l'atto di destinazione si configuri come atto negoziale unilaterale non sconfessa, inoltre, che esso possa avere anche struttura bilaterale, arricchendosi di ulteriori contenuti di natura contrattuale, come, ad esempio, la previsione di un trasferimento del diritto dal conferente al soggetto attuatore

453 C. SCOGNAMIGLIO, "Negozzi di destinazione, trust e negozi fiduciari", in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, t. II, p. 2319.

dell'effetto destinatorio.

Con riferimento, poi, all'interesse meritevole di tutela ex art. 1322, secondo comma, c.c., a cui l'art. 2645 ter c.c. fa espresso richiamo, parte autorevole della dottrina osserva come attraverso lo strumento della destinazione si possano anche perseguire scopi strettamente individualistici, in quanto ciò che rilevarebbe sarebbe la realizzazione di interessi “non illeciti”⁴⁵⁴.

Di contrario avviso, si mostrano altri autori⁴⁵⁵ che individuano l'interesse meritevole di tutela in scopi ulteriormente qualificati da logiche di solidarietà o da quelle di pubblica utilità, giustificando, in tal modo, l'esigenza di non cagionare un indebito nocimento alle ragioni del ceto creditorio, le quali non possono essere eluse o pregiudicate da tecniche negoziali di disposizione dei beni, lasciate alla libera determinazione delle parti, in cui il rischio di una definitiva frantumazione dell'unità della garanzia patrimoniale non sia giustificata da interessi superiori⁴⁵⁶.

Avendo riguardo alla destinazione, intesa come <<complesso effettuale>>⁴⁵⁷ e

454 A. GENTILI, “*Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente*”, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio (dal trust agli atti di destinazione)*, Atti del Convegno di Roma del 28 e 29 settembre 2006, secondo l'A., il giudizio di meritevolezza non trascende la sfera privata o individuale dello scopo che deve presentare i caratteri della liceità; di conseguenza l'A. definisce ridicolo: <<fare dei notai e dei conservatori dei registri immobiliari i nuovi censori>> rispetto all'individualizzazione di interessi di rango superiore o superindividuale; F. GAZZONI, “*Osservazioni sull'art. 2645 ter*”, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 168, in particolare l'A. osserva che non si può ritenere l'interesse individuale uno “scopo futile”, in quanto “meramente egoistico”, per cui qualificarlo come dannoso per i creditori che si vedrebbero pregiudicati da un moltiplicarsi di negozi in frode alla garanzia patrimoniale generica, il cui principio trova espressa disciplina nell'art. 2740 c.c.; G. VETTORI, “*Atto di destinazione e trust*”, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 775.

455 G. GABRIELLI, “*Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*”, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 328 e ss; R. QUADRI, “*La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*”, Napoli, 2004, p. 331.

456 G. DORIA, “*Il patrimonio <<finalizzato>>*”, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 490.

457 L'espressione è riportata in L. GATT, “*Dal trust al trust*”, Napoli, 2010, p. 172, ma fa riferimento alla concezione di G. PALERMO, “*Interesse a costruire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*”, in *Atti di destinazione e trust (art. 2645-ter c.c.)*, Padova, 2008, p. 288.

non come elemento causale⁴⁵⁸, l'accordo fiduciario si mostrerebbe per quel che di fatto è: un negozio avente efficacia “anche” destinataria, in quanto l'operazione economica ad esso sottesa vale a garantire la piena conformità del risultato raggiunto rispetto all'effettivo soddisfacimento degli interessi particolarmente atteggiati perseguiti dai privati.

Il costrutto “negozio fiduciario - vincolo di destinazione” trova ulteriore conferma sul versante relativo alla natura del vincolo di destinazione: sul punto, la questione è dibattuta in dottrina.

A fronte di chi⁴⁵⁹ vi ravvisa la costituzione di un vincolo meramente obbligatorio, non reputando compatibile, con il principio della tipicità dei diritti reali, la destinazione ad un determinato scopo impressa al bene in forza di un atto negoziale, il quale possa comportare, come effetto, una limitazione della facoltà dispositiva contemplata nel diritto stesso di proprietà, di cui il disponente rimane

458 G. PALERMO, “*La destinazione di beni allo scopo*”, in *La proprietà e il possesso*, in “*Trattato diritto civile*”, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, v. II, “*Successioni, Donazioni, Beni*”, Milano, 2009, p. 396, in cui l'A. afferma che: «Non solo per la difficoltà di concepire la destinazione come elemento causale per sé idoneo a giustificare l'atto posto in essere...ma soprattutto perché l'autore della novella è stato lungi dal voler configurare, e non ha per nulla configurato, uno schema generale di atto, rilevante quale mera espressione di finalità destinataria». L'A. aggiunge che: «È sul piano della produzione dell'effetto che si caratterizza la fattispecie». Così anche U. LA PORTA, “*Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*”, Napoli, 1994, p. 64.

459 F. GAZZONI, “*Osservazioni sull'art. 2645 ter*”, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 178; A. LUMINOSO, “*Appunti sui negozi traslativi atipici*”, in *Corso di diritto civile*, Milano, 2007, p. 73. Diverse sono le argomentazioni poste a sostegno della natura obbligatoria del vincolo destinatario. Sintetizzando, si sostiene che la fattispecie dell'art. 2645 ter c.c. si riferisce ad una sorta di attribuzione di un diritto personale di godimento, rispetto al quale il vincolo destinatario verrebbe ad assumere il contenuto di un divieto contrattuale di disporre (si veda, in senso critico, G. PALERMO, “*La destinazione di beni allo scopo*”, in *La proprietà e il possesso*, in “*Trattato diritto civile*”, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, v. II, “*Successioni, Donazioni, Beni*”, Milano, 2009, p. 403). Inoltre, viene in rilievo anche il dato sistematico, atteso che se il vincolo avesse avuto efficacia reale, il legislatore avrebbe inserito la previsione contenuta all'art. 2645 ter nell'ambito dell'elencazione propria dell'art. 2645 c.c. e non certo dopo la norma che contempla, invece, la trascrizione del contratto preliminare, ossia la trascrizione di un negozio ad efficacia obbligatoria.

in un certo qual modo titolare.

Si registra, invece, l'orientamento prevalente che osserva come l'efficacia reale del vincolo di destinazione emerga espressamente dalla lettera dell'art. 2645 ter c.c., nel quale l'effetto viene <<formalmente qualificato come vincolo gravante sui beni conferiti>>⁴⁶⁰: beni che, in base all'ultimo inciso dell'art. 2645 ter c.c., <<possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione>>.

Il che fa emergere come il carattere reale del vincolo di destinazione discenda esplicitamente dalla norma e non dalla volontà negoziale manifestata dalle parti, in tal modo è fatto salvo anche il principio di tipicità dei diritti reali.

I corollari applicativi che scaturiscono da tale impostazione, suffragata anche dal richiamo che l'art. 2645 ter c.c. opera con riguardo all'art. 2915, primo comma, c.c., attengono ai profili relativi alla trascrivibilità ed al regime di opponibilità ai creditori ed ai terzi aventi causa. Infatti, lo strumento della trascrizione del vincolo negoziale è espressamente previsto dall'art. 2645 ter c.c.⁴⁶¹, al fine di regolare sia i conflitti tra il beneficiario del vincolo di destinazione e gli aventi causa dal disponente sia quelli tra il disponente e i suoi creditori.

I rimedi posti a vantaggio del beneficiario, nell'ipotesi in cui si verifichi un atto

460 Cfr. G. PALERMO, “*La destinazione di beni allo scopo*”, in *La proprietà e il possesso*, in “*Trattato diritto civile*”, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, v. II, “*Successioni, Donazioni, Beni*”, Milano, 2009, p. 403.

461 G. PALERMO, “*La destinazione di beni allo scopo*”, in *La proprietà e il possesso*, in “*Trattato diritto civile*”, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, v. II, “*Successioni, Donazioni, Beni*”, Milano, 2009, p. 405, in cui l'A. osserva che: <<Nessuna funzione anomala della trascrizione è dato rinvenire nella novella, avendo quest'ultima dilatato la fattispecie prevista dall'art. 1376 c.c. - nonché implicitamente arricchito la serie degli atti, che ai sensi degli artt. 2643, 2683 c.c. sono assoggettabili al regime della pubblicità dichiarativa - ma tuttavia mantenuto l'efficacia del negozio destinatorio sotto il governo delle leggi che disciplinano la circolazione dei diritti soggettivi in chiave di opponibilità dell'atto preventivamente trascritto>>. *Contra*, F. GAZZONI “*Osservazioni sull'art. 2645 ter*”, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 172, per il quale la fattispecie di cui all'art. 2645 ter c.c. integra gli estremi di un negozio ad effetti meramente obbligatori, avente carattere *propter rem*.

violativo della destinazione imposta al bene, variano a seconda che si acceda alla natura reale o meramente obbligatoria del vincolo in questione. In quest'ultimo caso al beneficiario non può che essere accordata una tutela risarcitoria, oltre che all'azione di risoluzione del negozio destinatorio.

Se si qualifica la natura del vincolo di destinazione in termini di efficacia reale, allora il beneficiario potrebbe usufruire anche della possibilità di ottenere il recupero del bene.

Con riguardo alla tutela offerta ai creditori, invece, si ravvisa come ad essi sia riservato un ventaglio di azioni esperibili nel caso in cui si verifichi l'evenienza della predisposizione di un assetto contrattuale, a cui sia collegato un vincolo di destinazione che vada ad incidere sulla garanzia reale generica, compromettendo, di conseguenza, le ragioni creditorie dagli stessi vantate. A seconda delle evenienze, la loro tutela potrebbe consistere nell'esercizio dell'azione revocatoria, al fine di rendere inefficace l'atto destinatorio ovvero nell'esperire l'azione volta alla cancellazione della trascrizione, nelle ipotesi in cui il bene non sia stato effettivamente destinato allo scopo stabilito o perché siano venute meno le ragioni poste a fondamento della destinazione.

È, altresì, possibile per i creditori attivare o l'azione di nullità, laddove il fine perseguito attraverso il vincolo destinatorio non sia idoneo a giustificare la compromissione delle pretese creditorie, in quanto non meritevole di tutela oppure l'azione di simulazione, di cui all'art. 1414 c.c., qualora la configurazione del vincolo di destinazione costituisca un mero accordo simulatorio per mascherare il vero intento del disponente, consistente esclusivamente nel sottrarre il bene alla garanzia patrimoniale generica, con grave danno per i creditori.

Proprio il panorama giuridico così variegato mette ancora più in evidenza come nella configurazione di una disciplina unitaria del negozio fiduciario non si può

non tener conto anche degli importanti risultati raggiunti, da parte della dottrina, sulla nozione di separazione e destinazione patrimoniale. Siffatti concetti confermano e promuovono quella tendenza che si spinge ad inquadrare la fattispecie fiduciaria secondo la funzionale prospettiva rimediale, arrivando a prospettare la configurazione di un inedito “contratto di destinazione fiduciaria”⁴⁶². Tant'è che si potrebbe arrivare ad ammettere la trascrizione dell'accordo fiduciario che contempra, ai sensi dell'art. 2645 ter c.c., un vincolo di destinazione.

In altri termini, la fattispecie fiduciaria sarebbe idonea a realizzare effetti destinatori, aventi rilevanza esterna, ovvero sia verso i creditori sia verso gli aventi causa del fiduciante e del fiduciario, in quanto il vincolo di destinazione impresso al *pactum fiduciae* potrebbe rendere opponibile la fiducia *erga omnes*, in forza della trascrizione del vincolo di destinazione.

L'opponibilità si ricaverebbe, come in tali pagine si è cercato di dimostrare, non solo dal regime della trascrizione, ma anche da tutte le norme che si potrebbero, in via analogica, applicare all'operazione economica fiduciaria, comprese quelle sulla separazione patrimoniale.

462 È in corso di stampa un'opera giuridica collettanea (a cui hanno partecipato diverse personalità accademiche ed autorevoli esponenti del mondo notarile) dedicata a tale tipo di contratto, c.d. contratto di destinazione fiduciaria.

CAPITOLO IV

IL NEGOZIO FIDUCIARIO TRA LE MANCATE OCCASIONI DI RIFORMA E L'ATTUALE VIA PRATICABILE: LA PROSPETTIVA RIMEDIALE

1. Il disegno di legge del 2010 ed altri progetti allo studio del Consiglio Nazionale del Notariato sul contratto fiduciario: le mancate occasioni.

L'esperienza italiana ha conosciuto, sulla base dell'art. 12 del disegno di legge comunitaria del 2010, il tentativo di introdurre la figura del contratto di fiducia nel sistema civilistico nazionale⁴⁶³.

463 Nel testo, contrassegnato dalla dicitura A.S. n. 2322-A, recante: “*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010*”, portato al Senato per la prima lettura, si ritrova testualmente:

<<Art. 12 – Delega al Governo per la disciplina della fiducia.

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina della fiducia.

2. La disciplina, tenuti in considerazione i principali modelli normativi dei Paesi dell'Unione europea, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e con le convenzioni internazionali e in conformità ai principi e ai criteri direttivi previsti dalla presente legge, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti, anche tributarie.

3. I decreti di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e con il Ministro dell'economia e delle finanze.

4. Gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi alle Commissioni parlamentari competenti, perché sia espresso il parere entro il termine di sessanta giorni dalla data della ricezione; decorso tale termine i decreti sono emanati, anche in mancanza del parere. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di tre mesi.

5. Entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti di cui al comma 1, il Governo può emanare disposizioni correttive e integrative nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi di cui alla presente legge e con la procedura di cui al comma 4>>. L'art. 12 approvato dal Senato il 2 febbraio 2011 è stato soppresso alla Camera il 26 luglio 2011.

In particolare, nel testo del progetto di legge europeo, era contemplata una delega, attribuita al Governo italiano, per l'adozione di uno o più decreti legislativi, al fine di dotare l'istituto della fiducia di una disciplina espressa⁴⁶⁴.

Nel corso, però, delle procedure parlamentari, la delega suddetta è stata eliminata, comportando l'ovvia conseguenza della mancata positivizzazione del negozio fiduciario.

Anche il Consiglio Nazionale del Notariato ha, da ultimo, rilanciato l'iniziativa di prevedere a livello normativo una vera e propria regolamentazione della figura in questione, facendosi portavoce di un disegno di legge che promuove un contratto di fiducia assai vicino non solo ai tratti salienti propri della *fiducie* francese, ma anche ai principi posti alla base dell'operatività del contratto nazionale di mandato⁴⁶⁵.

La *ratio* di tanto fermento, non solamente di matrice dottrinale, intorno alla tematica della fiducia si radica nella esigenza di procurarsi uno strumento di diritto interno che possa aprire la strada allo sviluppo di una prassi tutta italiana, capace di tener testa a quegli assetti programmatici predisposti dai privati, nonché dagli operatori professionali, inerenti alle operazioni fiduciarie.

La realizzazione di una simile ambizione comporterebbe una sorta di emancipazione del nostro diritto rispetto alla necessità, tutt'oggi avvertita, di dover ricorrere allo schema del *trust*, unico nel suo genere, adatto a garantire la sicurezza dell'affidamento in rapporto alla corretta attuazione di tutti gli interessi

464 S. BARTOLI, "Trusts, art. 2645 ter c.c. e contratto di fiducia di cui alla decaduta norma del disegno di legge comunitaria 2010", in "Autonomia privata e affidamenti fiduciari", AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012, p. 48; D. MURITANO, "Il contratto di fiducia nella legge delega; aspetti formali del contratto-pubblicità", *ivi*, p. 283.

465 G. IACCARINO, "L'opportunità di un contratto di fiducia tipico", in *Notariato*, 2014, p. 37; G. CELESTE, "Progetto di legge sul contratto fiduciario", in "Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea", AA.VV., (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, *Quaderni della Fondazione del notariato*, Milano, 2013, p. 305.

sottesi all'operazione negoziale.

Come si è avuto modo di sottolineare nei paragrafi precedenti⁴⁶⁶, la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, ammette la possibilità di assoggettare alla legge estera anche fattispecie e rapporti nati e aventi caratteristiche prevalentemente nazionali, in applicazione del principio internazional-privatistico di autonomia nella scelta della legge riferibile al *trust*.

Un assetto normativo di questo tipo ha portato l'operatore italiano a servirsi della figura del *trust*, sia pure disciplinato da una legge straniera espressamente richiamata, soprattutto alla luce della mancanza nel diritto interno di un istituto concorrente, che assicurasse non soltanto la separazione patrimoniale dei beni oggetto di fiducia, ma anche l'opponibilità del contratto ai terzi, nonché un ventaglio di tutele concrete volte a sanzionare condotte abusive dell'affidatario.

In tale ottica, si spiega anche la successiva introduzione nell'articolato civilistico della norma 2645 ter c.c., che nelle migliori intenzioni del legislatore italiano, si sarebbe dovuta prestare a limitare l'impiego del *trust*, ad opera dei contraenti nazionali, laddove gli stessi si fossero determinati a predisporre un programma negoziale fondato su una operazione fiduciaria.

Nonostante l'elaborazione normativa di un siffatto meccanismo destinatorio, che va ad aggiungersi al mosaico di rimedi rintracciabili nelle pieghe del nostro sistema (suscettibili anch'essi di applicazione, in via analogica, al contratto fiduciario), la consapevolezza di dotare l'ordinamento nazionale di uno strumento che abbia una portata più ampia non è venuta meno da parte dei fautori della prospettiva esogena.

Essi, infatti, lungi dal ritenere il sistema codicistico vigente sia capace di ovviare

466 Si veda, in particolare, il paragrafo 4 del capitolo III della presente tesi dottorale.

alle diverse problematiche che possono scaturire dalla tradizionale figura del negozio fiduciario, spingono verso la scelta di predisporre, in modo espresso, una disciplina del contratto di fiducia, che sia caratterizzata dalla completezza, dalla flessibilità e dalla coerenza delle norme regolatrici, facendo leva anche sulle linee direttrici provenienti dal diritto europeo⁴⁶⁷.

Il testo del disegno di legge del 2010⁴⁶⁸, avente ad oggetto la configurazione di un contratto di fiducia tipico, rivela, fin da subito, il costrutto concettuale che tuttora alberga nella mente dei predisponenti, data la recente riproposizione in un progetto di legge elaborato in seno alla Commissione del Consiglio Nazionale del Notariato.

In particolare, prima del dato nozionistico, l'elemento sistematico svela la natura del negozio fiduciario, in quanto la relativa disciplina si sarebbe dovuta collocare immediatamente dopo quella del mandato⁴⁶⁹.

Nonostante l'indubbia ispirazione all'istituto della *fiducie*, l'omologo italiano, tuttavia, avrebbe presentato delle importanti differenze. Al di là del fatto che dal punto di vista squisitamente nozionistico, esso si sarebbe qualificato in termini di “contratto” e non come “operazione”⁴⁷⁰, le peculiarità sostanziali, tutte italiane,

467 Il richiamo si riferisce al *Draft Common Frame of Reference* del 2009, testo non vincolante, elaborato in seno alla Commissione europea, nel quale si ravvisa la predisposizione di una dettagliata disciplina regolante le ipotesi di titolarità fiduciaria.

468 In effetti, in entrambi i testi, sia quello del disegno di legge del 2010, sia quello del progetto, da ultimo, elaborato in seno alla Commissione del Consiglio Nazionale del Notariato, l'impianto normativo del contratto di fiducia appare assai simile. Si veda, a tal proposito, Consiglio Nazionale del Notariato, settore legislativo, “*Contratto di fiducia*”.

469 Cfr. <<Al titolo III del libro quarto del codice civile, dopo il capo IX è aggiunto, in fine, il seguente: “Capo IX – bis “Del contratto di fiducia”>>. Si veda l. n. 217 del 15 dicembre 2011 in G.U. 2 gennaio 2011, n. 1.

470 In particolare, in base al disegno di legge 2010, il contratto di fiducia sarebbe consistito nel <<contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o

sarebbero, inoltre, consistite nella ammissibilità per le parti di perseguire con il trasferimento fiduciario anche finalità liberali e assistenziali, oltre alla previsione di istituire la fiducia per mezzo del testamento, nel riconoscimento di un effetto di separazione pieno e completo rispetto alla massa patrimoniale affidata ed, infine, nella configurazione di una posizione di surroga del fiduciario, escludendosi per lo stesso la titolarità di un diritto di proprietà sul patrimonio conferito⁴⁷¹.

Indubbi punti di contatto con la fiducia d'oltralpe, invece, si sarebbero potuti rintracciare nella previsione dello scopo di garanzia, compreso anche tra le finalità interne perseguibili con tale strumento negoziale, la cui stipulazione, in tal caso, avrebbe però richiesto la necessaria opera di soggetti professionisti nella gestione o nella amministrazione del patrimonio conferito, nella coordinazione di tale figura nazionale con le norme in materia di contratto a favore di terzo, nonché nella positivizzazione, anche per il contratto fiduciario italiano, di un termine massimo di durata.

Pertanto, la caratteristica principale, che si evince dalla predisposizione di un assetto regolamentare di tal genere e che i promotori della prospettiva esogena hanno voluto evidenziare con i menzionati progetti, sarebbe stata rappresentata dalla estrema duttilità di una figura tipica di contratto fiduciario, il quale, pur non avendo visto la luce, sarebbe comunque risultato nel suo complesso adatto al perseguimento di ogni finalità meritoria ed, in questo, avrebbe potuto concorrere,

determinabili>>; secondo, invece, il progetto di legge proposto dal Consiglio Nazionale del Notariato, tale contratto sarebbe <<il contratto con il quale il fiduciante trasferisce beni o diritti a un fiduciario, il quale anche sotto la vigilanza di un guardiano, se nominato, li amministra per uno o più scopi determinati o nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili>>; con il secondo comma si aggiunge che: <<Il fiduciario e il guardiano agiscono in qualità di mandatari. La fiducia può essere costituita anche per testamento o per provvedimento del giudice>>.

471 D. PAPPADÀ, *“L'emulazione del trust in Francia”*, consultabile sul sito: www.comparazione.diritto.civile.it, p. 14.

se non addirittura eguagliare, lo strumento negoziale del *trust*.

2. La prospettiva rimediale, quale chiave metodologica mutuata anche dal diritto europeo. La sua applicazione nel sistema vigente nazionale in termini di costruzione endogena del negozio fiduciario.

Le risultante del presente lavoro dottorale mettono in evidenza, da un lato, la riconcettualizzazione ovvero il ripensamento del negozio fiduciario e, dall'altro, l'importanza della prospettiva rimediale, in termini di individuazione di una vasta gamma di tutele da rintracciarsi nelle pieghe del codice civile e non solo, soprattutto alla luce dei nuovi principi che si sono fatti largo nel sistema privatistico italiano ed europeo, ad oggi, indiscutibilmente riconosciuti.

Quel che si è cercato di dimostrare in queste pagine è rappresentato dall'assunto che non si può più affrontare la disamina di siffatto argomento, sia pure classico, con “schemi qualificativi”⁴⁷² del passato, che ignorano cioè l'introduzione nel nostro ordinamento di concetti pienamente operativi, come quelli relativi, ad esempio, alla massa patrimoniale, la quale è attualmente suscettibile di eterogenee

472 L'espressione appartiene a N. LIPARI, “*Le categorie del diritto civile*”, Milano, 2013, p. 4, in cui l'A. osserva con obiettiva lucidità che «<Nella difficile stagione che stiamo vivendo noi avvertiamo sempre più l'esigenza di rompere le sedimentazioni discendenti da vecchie cristallizzazioni concettuali. Non è più possibile dialogare...se prima non si fa chiarezza sull'uso di talune categorie concettuali, dalle quali pure non è facile prescindere se non altro in forza di un radicamento storico che ciascuna di esse sottende.[...omissis...]Per rideterminare un minimo comune denominatore di linguaggio è necessario ripensare il modo con cui vengono utilizzate le più classiche categorie del diritto civile, portando ad emersione la varietà degli esiti interpretativi che il richiamo a ciascuna di esse sottende, anche quando...continuiamo ad utilizzare formule verbali che hanno sicuramente perduto l'illuminante univocità di un tempo>>». Si veda, su tale argomento anche A. GENTILI, “*L'interpretazione autentica del contratto*”, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, vol. 17, n. 3, 2001, p. 1090-1142.

qualificazioni. Si pensi alle ormai ordinarie definizioni di patrimonio di destinazione⁴⁷³, nonché di patrimonio autonomo⁴⁷⁴ o separato⁴⁷⁵ ovvero di patrimonio segregato⁴⁷⁶.

<<La logica individualizzante dei rimedi>>⁴⁷⁷, che impernia di sé tutto il diritto privato dell'Europa, la cui normativa si pone a mo' di canale di comunicazione o, meglio, di armonizzazione delle diverse tradizioni giuridiche di Paesi di *common law* e di *civil law*, può essere presa a modello - passando dal piano generale di politica del diritto a quello particolare di determinazione delle singole fattispecie - per comporre una disciplina concreta del negozio fiduciario.

La ponderata adozione di tale chiave di lettura, anche nel diritto privato italiano,

473 Con riguardo alla nozione di patrimonio di destinazione, si consideri F. SANTORO PASSARELLI, *“Dottrine generali del diritto civile”*, Napoli, 1966, p. 86, in cui l'A. lo definisce: <<...una pluralità di rapporti attivi o passivi, facenti capo a più persone o ad una persona sola, costituita in unità in relazione ad una certa destinazione e tenuta distinta dagli altri rapporti attivi e passivi delle stesse persone o della stessa persona>>. Il patrimonio di destinazione può essere autonomo oppure separato. Altra qualifica data al patrimonio è quella di patrimonio destinato, il quale viene disciplinato agli art. 2447 bis e ss. del codice civile, in materia di diritto societario.

474 M. PETRULLI, F. RUBINO, *“Il trust. Nozione giuridica ed operatività nel sistema italiano”*, Matelica, 2006, in cui si afferma che il patrimonio autonomo non è altro che quell'insieme di beni materialmente staccati dal patrimonio personale del soggetto (o di una pluralità di soggetti interessati), al dichiarato fine di essere destinati alla costituzione di un altro soggetto giuridico.

475 A. PINO, *“Il patrimonio separato”*, Padova, 1950, p. 50, secondo cui il patrimonio separato consiste in quella situazione <<per la quale una determinata massa di beni viene diversificata dal resto del patrimonio del soggetto, per essere destinata ad assolvere ad una peculiare funzione>>.

476 M. LUPOI, *“Trust”*, Milano, 1998, p. 476, in cui l'autore definisce il patrimonio segregato come: <<...il complesso delle posizioni soggettive che appartengono a un soggetto, ma che, tuttavia, non risentono delle sue vicende obbligatorie generali, e quindi non formano parte del patrimonio che costituisce garanzia per i suoi creditori, eccetto quelli aventi causa dalla stessa posizione segregata, né risentono delle vicende successorie o degli effetti del regime patrimoniale prescelto>>.

477 Così si esprime S. MAZZAMUTO, *“Il contratto di diritto europeo”*, ristampa riveduta e aggiornata della prima edizione, Torino, 2012, p. 33. Si veda anche sul tema dell'interpretazione del contratto, A. GENTILI, *“L'interpretazione autentica del contratto”*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, vol. 17, n. 3, 2001, p. 1090-1142.

comporterebbe la possibilità, per l'operatore giuridico, di individuare un sistema coerente di tutele apprestate dall'ordinamento nazionale al negozio fiduciario, nonché, in ordine al processo di avvicinamento tra istituti simili, di intercettare (data la costante ricerca sentita anche nel nostro ordinamento) un modello negoziale, quale quello fiduciario, che si ponga come valida alternativa al *trust* anglosassone.

Un meditato impiego del rigido strumento dell'analogia, con riguardo al singolo istituto rimediabile da estendere all'ambito dei rapporti di cui si discute, costituirebbe uno dei fondamentali criteri per un corretto svolgimento del procedimento formativo della disciplina del negozio fiduciario.

Questo modo di operare, come si è avuto modo di dimostrare, gioverebbe sia dal punto di vista del momento applicativo del diritto su una fattispecie negoziale che, acclarata nella sua esistenza, si vedrebbe coperta da un ventaglio di tutele concrete e giuridicamente giustificate sia nell'ottica di scongiurare il rischio, sempre in agguato, delle c.d. <<generalizzazioni indebite>>⁴⁷⁸.

Lo strumento rimediabile, come autorevole dottrina sostiene⁴⁷⁹, si presenta “neutro”

478 A. GENTILI, “*Rimedi. 1*”, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Giuffrè, Milano, 2006, IV; S. MAZZAMUTO, “*Il contratto di diritto europeo*”, ristampa riveduta e aggiornata della prima edizione, Torino, 2012, p. 33; si veda anche, con riguardo alla possibilità di estendere, attraverso la tecnica dell'analogia, le regole sulla separazione patrimoniale anche M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 166.

479 A. GENTILI, “*Rimedi. 1*”, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Giuffrè, Milano, 2006, IV; A. DI MAJO, “*Forme e tecniche di tutela*”, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, (a cura di) S. MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, p. 25; ID., “*Il linguaggio dei rimedi*”, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 e ss.; U. MATTEI, “*I rimedi*”, in G. ALPA - M. GRAZIADEI - A. GUARNIERI - U. MATTEI - P. G. MONATERI - R. SACCO, “*La parte generale del diritto, 2, Il diritto soggettivo*”, *Tratt. Sacco*, Torino 2001, p. 107 e ss.; D. MESSINETTI, “*Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*”, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 610; e nello stesso solco si pone S. MAZZAMUTO, “*Il contratto di diritto europeo*”, ristampa riveduta e aggiornata della prima edizione, Torino, 2012, p. 33; M. BIANCA, “*La fiducia attributiva*”, Torino, Giappichelli ed., 2002, p. 166.

nelle sue applicazioni, consistendo solo nella tecnica di tutela dell'interesse, il quale già compone e qualifica il regolamento negoziale, non snaturandolo o alterandolo nelle sue implicazioni sostanziali.

Alla luce del principio di effettività, il rimedio, dunque, deve essere inteso come misura necessaria per l'attuazione dell'interesse che connota l'operazione economica predisposta dalle parti.

Di conseguenza, la centralità del procedimento interpretativo, in chiave di congruità e di adeguatezza del rimedio esteso alla fattispecie fiduciaria, viene ancora una volta sottolineata dalla progressiva rilevanza delle peculiari disposizioni tese a perseguire la concretezza dell'affare.

In tal senso, la disciplina del contratto fiduciario si caratterizza non tanto per il suo aspetto strutturale, bensì come disciplina della sua patologia. L'introduzione di una visione realistica, legata alla specificità della particolare situazione⁴⁸⁰, finisce per far risaltare l'articolazione del programma negoziale anche in funzione della tutela apprestata.

L'individuazione di una nozione quanto più unitaria di contratto fiduciario si basa soprattutto sulla funzione in concreto perseguita dai soggetti contraenti, in cui l'elemento interpretativo più qualificante, come dimostrato in tale pagina⁴⁸¹, è dato dal concetto di operazione economica, intesa come sostanza concreta di situazioni, interessi e rapporti⁴⁸², sui quali il negozio fiduciario si fonda.

480 Si consideri, sul tema A. GENTILI, *“L'interpretazione autentica del contratto”*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, vol. 17, n. 3, 2001, p. 1090-1142; ID., *“Tecnica”*, in *“Senso e consenso: storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti”*, Giappichelli, vol. II, Torino, 2015; ID., *“Il diritto come discorso”*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2013; N. LIPARI, *“Le categorie del diritto civile”*, Milano, 2013, p. 176.

481 Il riferimento esplicito va alla ricostruzione operata nei paragrafi 7 e 8 del II capitolo del presente lavoro dottorale.

482 E. GABRIELLI, *“ <<Operazione economica>> e teoria del contratto”*, Milano, Giuffrè,

CONCLUSIONI

Considerazioni conclusive alla luce dell'indagine giuridica compiuta.

Dalla lettura di tali pagine emergono diverse argomentazioni che solo apparentemente contrasterebbero con la possibilità di rendere effettivamente operativo ed opponibile il negozio fiduciario.

Il discorso sull'opponibilità, come si è avuto modo di approfondire, potrebbe assumere toni di netta censura riguardo la fattispecie fiduciaria, allorché si interpretino in modo assai rigoroso determinati principi, previsti dal nostro ordinamento, tra i quali quello relativo all'art. 1372 c.c., in ragione del numero chiuso dei vincoli di indisponibilità ai terzi, nonché quello della tipicità delle cause di attribuzione traslativa, che contempla unicamente la sussistenza di una attribuzione definitiva del bene o del diritto, non riconoscendone, di contro, una imputazione strumentale.

Altri principi ostativi sarebbero, poi, quello della tipicità degli effetti reali, in base all'art. 1376 ovvero degli effetti obbligatori, di cui all'art. 1173, derivanti dai negozi di attribuzione, quello della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali e dei negozi atti a produrli, il principio della tipicità degli atti trascrivibili, nonché quello dell'insussistenza di rimedi effettivi, che possano essere attivati dal fiduciante nell'ipotesi di condotte abusive poste in essere dal fiduciario-gestore.

A fronte di così numerose perplessità, si è avuto modo di mettere in luce tutta una serie di risultati a cui è attualmente pervenuta parte della dottrina, la cui articolata critica sottolinea il carattere eccessivamente dogmatico di una siffatta chiave

2013, p. 22.

interpretativa.

Essa sostiene, in particolare, che tali principi, se rigorosamente assunti, potrebbero portare ad una ricostruzione incoerente del sistema ovvero ad una ingenerosa convinzione che l'ordinamento interno non sia idoneo <<a far fronte alla crescente varietà e complessità della prassi negoziale, sancendo, di conseguenza, un giudizio di lacunosità incolmabile del medesimo che contraddice in modo plateale la sua realtà>>⁴⁸³.

La smentita più evidente, rispetto alla sussistenza di tali limiti così rigorosi, proviene soprattutto dall'ammissibilità nel nostro ordinamento del negozio fiduciario, inteso come rapporto di gestione patrimoniale a base fiduciaria o nell'interesse altrui.

Non costituisce, quindi, un errore affermare che l'idea di uno schema negoziale di tal sorta è stata sempre presente nel nostro sistema, avendo il negozio fiduciario origini antiche ed essendo stato sempre correlato, in punto di tutela, al mandato senza rappresentanza e, solo ultimamente, anche alla disciplina relativa ai vincoli di destinazione, ex art. 2645 ter del codice civile.

A tal riguardo, rileva l'attuale posizione di chi⁴⁸⁴ osserva, con riferimento alla proprietà sottoposta a vincoli di destinazione opponibili ai terzi, la particolarità di un <<modo di essere della proprietà, la quale genera utilità destinate non già al suo titolare, ma ad un beneficiario>>.

Anche la giurisprudenza riconosce in molte pronunce lo specifico atteggiarsi dell'operazione fiduciaria, distinguendo in taluni casi tra *titolus* e *commodus*, inteso quest'ultimo in termini di utilità del diritto. Si registrano, altresì, sul tema le

483 G. PALERMO, "La destinazione di beni allo scopo", in *La proprietà e il possesso*, in "Trattato diritto civile", diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, v. II, "Successioni, Donazioni, Beni", Milano, 2009, p. 401.

484 A. GAMBARO, "Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui", in *Trusts*, 2007, 2, p. 169.

recentissime costruzioni dottrinali volte a configurare le peculiari figure del “contratto di affidamento fiduciario”⁴⁸⁵ nonché, da ultimo, del “contratto di destinazione fiduciaria”.

Grazie quindi all'apporto di autorevole dottrina, il tentativo di introdurre *ex novo* una causa tipica della fattispecie negoziale fiduciaria, seppur nobile e dal “cuore antico”, non costituisce più l'unica via che da tempo immemore è stata intrapresa da una parte degli studiosi della materia e dalla prassi notarile.

Si evidenzia, attualmente, l'importanza che può rivestire, in tale contesto, proprio la teorica sulla causa in concreto, la quale è stata, anche da ultimo, consacrata dalle sezioni unite del Supremo Consesso di legittimità, in tema di preliminare di preliminare⁴⁸⁶.

Una causa che verrebbe in concreto individuata, *case by case*, per motivare l'operazione fiduciaria e, dunque, volta a giustificare, sulla base degli interessi non tipizzabili sia il trasferimento sia la destinazione. La configurazione di una causa atipica, frutto dell'autonomia negoziale, verrebbe quindi a sorreggere e a qualificare in concreto l'operazione economica fiduciaria.

In particolare, il meccanismo fiduciario contemplerebbe al suo interno la sussistenza di una funzione traslativa, accanto ad una funzione obbligatoria, in aggiunta, infine, ad una funzione destinataria.

La causa atipica, così ricostruita, assolverebbe agevolmente sia il fine di soddisfare quanto più possibile gli interessi dell'operazione economica posta in essere dalle parti, sia il regime dell'opponibilità.

Accertato, infatti, che il concetto di operazione economica è un elemento interpretativo e qualificativo non soltanto della figura del collegamento negoziale,

485 M. LUPOI, “*Il contratto di affidamento fiduciario*”, Giuffrè, Milano, 2014.

486 Cass., s.u., 6 marzo 2015, n. 4628.

ma anche comune alla fattispecie giuridica del contratto economico, non si vede perché lo stesso non potrebbe essere utilizzato con successo per spiegare il meccanismo fiduciario, estendendone la concezione e l'operatività. In altri termini, il dubbio che il fenomeno dell'operazione economica sia solo descrittivo è già risolto e superato con il collegamento negoziale.

L'operazione economica è frutto, dunque, di un processo di maturazione del pensiero giuridico che muove dalla causa in concreto, per poi arrivare alla valutazione della funzione dell'intera operazione sostanziale.

L'idea di fondo, che ha albergato nel pensiero di chi ha cercato in tale scritto di indagare con onestà di intenti la tematica proposta, si sostanzia nel cercare di attuare un vero e proprio spostamento dell'attenzione dal profilo strutturale all'aspetto relativo alla funzione rimediabile, superando anche il dato strutturale del negozio di destinazione, al dichiarato fine di giungere al riconoscimento di un negozio fiduciario, per il quale non ci sia più bisogno di parlare di una causa tipica, essendo sufficiente una giustificazione causale valutata in concreto ed intesa come ragione sostanziale dell'affare, in cui confluiscono nella loro effettività tutti quegli interessi che connotano la relativa operazione economica.

Il negozio fiduciario abbandona, in tal modo, la cattiva fama di essere una fattispecie essenzialmente patologica, diventando a tutti gli effetti una operazione economica correlata, nella tutela degli interessi in gioco, da rimedi già previsti in diversi settori dell'ordinamento privatistico, assurgendo ad una vera e propria "fiducia rimediabile".

BIBLIOGRAFIA

- ALCARO, F. “Unità del patrimonio e destinazione dei beni”, in “*La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*”, (a cura di) M. BIANCA, Milano 2007.
- ALLARA, M. “*La proprietà temporanea*”, in *Il Circolo giuridico*, 1930, II.
- ARDIZZONE, (voce) “*Istituto*”, in *Noviss. digesto it.*, IX, Torino, 1963.
- ASCARELLI, T. “*Il negozio indiretto e le società commerciali*”, Città di Castello, 1930.
- ASCARELLI, T. “*Le operazioni di assicurazione, capitalizzazione e gestione fiduciaria*”, in *Assicurazioni*, 1934.
- ASCARELLI, T. “*Norma giuridica e realtà sociale*”, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959.
- ASCOLI, A. “*Effetti dell’appropriazione del prezzo depositato da parte del depositario della vendita*”, in *Riv. dir. civ.*, 1938, I.
- AURICCHIO, A. “*Negozio indiretto*”, in *NDI*, XI.
- AURICCHIO, A. “*La simulazione nel negozio giuridico*”, Napoli, Jovene ed., 1957.
- BALDINI, G. “*Il Mandato, La gestione dell’interesse altrui tra momento statico dell’<<atto>> e prospettiva dinamica dell’<<attività>>*”, Lavis (TN), 2011.
- BARASSI, L. “*Depositi fiduciari di somme o di titoli: fiducia, mandato, agency escrow*”, in “*Fiducia, trust, mandato ed agency*”, AA.VV., II, collana *Convegni di studio – Madonna di Campiglio*, Milano, 1991.
- BARCELLONA, P. “*Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*”, Milano, 1969.
- BARTOLI, S. “*Trust, art. 2645 ter c.c. e contratto di fiducia di cui alla decaduta norma del disegno di legge comunitaria 2010*”, in AA.VV., *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino,

2012.

- BENATTI, F. *“Il pagamento con cose altrui”*, estratto da *Studi urbinati*, Milano, 1975.
- BENEDETTI, G. *“La categoria generale del contratto”*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I.
- BERTINI, *“I negozi fiduciari di preparazione all'adempimento”*, Milano, 1940.
- BETTI, E. *“Le categorie civilistiche dell'interpretazione”*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1948.
- BETTI, E. *“Teoria generale del negozio giuridico”*, Torino, 1943.
- BETTI, E. *“Teoria generale dell'interpretazione”*, II, Milano, 1955.
- BETTI, E. *“Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica”*, Milano, Giuffrè, 1949.
- BEYERLE, K. *“Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung”*, Breslau, 1895.
- BIANCA C. M. (con la collaborazione di) M. BIANCA, *“Istituzioni di diritto privato”*, Giuffrè ed., 2014.
- BIANCA, C. M. *“Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi”*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I.
- BIANCA, C. M. *“Diritto civile 5. la responsabilità”*, Milano, 1994.
- BIANCA, C. M. *“Diritto civile. 3. Il contratto”*, Milano, 1984.
- BIANCA, M. *“Atto negoziale di destinazione e separazione”*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I.
- BIANCA, M. *“Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste”*, in *Giust. civ.*, 2006, II.
- BIANCA, M. *“La fiducia attributiva”*, Torino, Giappichelli ed., 2002.
- BIANCA, M. *“Relazione introduttiva”*, al Convegno *“Coordinamento dei*

Dottorandi di Ricerca in Diritto Privato. XXVI Incontro Nazionale”, tenutosi a Napoli il 29-30 gennaio 2016, presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Facoltà di Giurisprudenza, Sala Villani, consultabile sul sito: www.dotpriv.it.

- BIANCA, M. “*Trustee e figure affini nel diritto italiano*”, in *Riv. not.*, 2009.
- BIANCA, M., “*Vincoli di destinazione del patrimonio*”, in *Enc. Giur. Treccani*, Aggiornamento, v. XV, Roma 2007.
- BIGIAMI, W. “*Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*”, in *Foro it.*, 1938, I.
- BIGLIAZZI GERI, L. - BRECCIA, U. - BUSNELLI, F. D. - NATOLI, U., “*Diritto civile 2*”, Torino, 1988.
- BIGLIAZZI GERI, L. - BRECCIA, U. - BUSNELLI, F. D. - NATOLI, U., “*Diritto civile*”, v. III, “*Obbligazioni e contratti*”, Torino, 1989.
- BIGLIAZZI GERI, L. “*Revocatoria (azione)*”, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991.
- BONILINI, G. “*Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*”, Torino, 2000.
- BOTTINI P. - LAVIZZARI, G. in “*Analisi del negozio fiduciario in Svizzera*”, in “*Autonomia privata e affidamenti fiduciari*”, AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012.
- BRAUN, H. “*Die fiduziarische Zession*”, Erlangen, 1950.
- BRECCIA, U. “*Le obbligazioni*”, Milano, 1991.
- BREGOLI, “*Effetti e natura della revocatoria*”, Milano, 2001.
- BROGGINI, G. Relazione conclusiva al Convegno su “*Trust e Fiducia*”, tenutosi a Erice nei giorni 5-8 dicembre 1997, presso il Centro di cultura scientifica Ettore Majorana.
- CAIANI, L. (voce) “*Antologia (teoria generale)*”, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1958.

- CAIANI, L. *“I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica”*, Padova, 1950.
- CAIANI, L. *“La filosofia dei giuristi italiani”*, Padova, 1955.
- CALOGERO, *“Etica, giuridica, politica”*, Torino, 1946, p. 94.
- CALVO, R. *“La proprietà del mandatario”*, Padova, 1996.
- CAMARDI, *“Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali”*, in *Diritto privato, casi e questioni*, collana diretta da M. Bessone, Milano, 1999.
- CAMPAGNA, *“Il problema dell'interposizione di persona”*, Milano, 1962.
- CAMPAGNOLO, R. *“Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica”*, in *Obbl. e contr.*, 4/2007.
- CAPOGRASSI, *“Il problema della scienza del diritto”*, in *Opere*, II, Milano, 1959.
- CARIOTA-FERRARA, L. *“Azioni sociali e negozio fiduciario”*, in *Giur. it.*, 1937, I.
- CARIOTA-FERRARA, L. *“I negozi fiduciari”*, Padova, 1933.
- CARIOTA-FERRARA, L. *“Il negozio giuridico nel diritto privato italiano”*, Napoli, 1949.
- CARIOTA-FERRARA, L. *“L'obbligo di trasferire”*, in *Ann. dir. comp.*, XXVI, 1950.
- CARNELUTTI, F. *“Sistema di diritto processuale civile”*, Padova, 1938.
- CARNEVALI, *“Lineamenti di diritto privato”*, (a cura di) M. BESSONE, Torino, 2000.
- CARNEVALI, U. (voce) *“Negozio fiduciario”*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.
- CARNEVALI, U. *“I recenti progetti di riforma delle società fiduciarie”*, in *Corr. giur.*, 1996.

- CARNEVALI, U. “*Intestazione fiduciaria*”, in *Dizionari del diritto privato, I, Diritto civile*, (a cura di) N. IRTI, Milano, 1980.
- CARRARO, “*Il mandato ad alienare*”, Padova, 1947.
- CARRESI, “*Il contratto*”, in *Trattato Cicu-Messineo*, tomo I, Milano, 1987.
- CATAUDELLA, A. “*Intuitus personae e tipo negoziale*”, in “*Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*”, v. I, Napoli, 1972.
- CATAUDELLA, A. “*La donazione mista*”, Milano, 1970.
- CATAUDELLA, A. “*Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*”, in *Dir. lav.*, 1983, I.
- CELESTE, G. “*Progetto di legge sul contratto fiduciario*”, in AA.VV. *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, *Quaderni della Fondazione del notariato*, Milano, 2013.
- CHIANALE, A. “*Obbligo di fare e di dare in diritto comparato e italiano*”, (voce) in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995.
- CHINALE, A. “*Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*”, Milano, 1990.
- CHINALE, A. “*Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*”, Torino, 1998.
- CHINÈ, “*Brevi note in tema di interposizione reale: mandato senza rappresentanza e <<pactum fiduciae>> a confronto*”, in *Giur. it.*, 1994, I, 1.
- CHIRONI, “*L'obbligazione di dare*”, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II.
- CIATTI, A. “*Il deposito fiduciario*”, in “*I contratti di destinazione patrimoniale*”, (a cura di) R. CALVO e A. CIATTI, *Trattato dei contratti*, (a cura di) P. RESCIGNO e E. GABRIELLI), Torino, 2014.
- CICALA, F.B. “*Il rapporto giuridico*”, Milano, 1959.

- CORALLO, E. “*Il contratto di affidamento fiduciario*”, in *Trust e attività fiduciarie*, 2013,
- CORSI, F. “*Profili giuridici delle società fiduciarie*”, in *Riv. soc.*, 1979.
- COSATTINI, “*La revoca degli atti fraudolenti*”, Padova, 1950.
- COSTANZA, M. “*Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*”, in *Giust. civ.*, 1988, I.
- COSTANZA, M. “*Il contratto atipico*”, Milano, 1981.
- COVIELLO, “*Manuale di diritto civile italiano*”, Milano, 1929.
- CURZIO, S. “*Il contratto di gestione fiduciaria nel nuovo codice civile ungherese*”, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, p. 401.
- D’AURIA, M. “*Il contratto fiduciario: il caso francese*”, in “*Autonomia privata e affidamenti fiduciari*”, AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012.
- D’ALESSANDRO, “*Dissesto di intermediario mobiliare e tutela dei clienti*”, in *Giur. comm.*, 1997, I.
- DALMARTELLO, A. - PORTALE, G. B. “*Deposito (diritto vigente)*”, *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- D’ANGELO, “*Contratto e operazione economica*”, Torino, 1992.
- DE ANGELIS, L. - GAGGERO, P. “*Società fiduciarie*”, in *Contr. impr.*, Padova, 2003.
- DE GENNARO, “*I contratti misti*”, Padova, 1934.
- DE GENNARO, G. “*Del deposito*”, in *Commentario D’Amelio-Finzi*, Libro IV, Firenze, 1947.
- DE MARTINI, A. “*Deposito (diritto civile)*”, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 506.

- DE MARTINI, A. “*Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*”, in *Giur. it.*, 1946, I.
- DE NOVA, G. “*Il contratto alieno*”, II ed., Torino, 2010.
- DE NOVA, G. “*Il tipo contrattuale*”, Padova, 1974.
- DE NOVA, G. “*Nuovi contratti*”, II ed., Torino, 1994.
- DERNBURG, H. “*Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*”, Leipzig, 1860-1864, vol. II;
- DERNBURG, H. “*Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens*”, Halle, 1902, § 172. III.
- DI MAJO, “*Delle obbligazioni in generale*”, in *Commentario codice civile*, (a cura di) A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1988.
- DI MAJO, A. “*Forme e tecniche di tutela*”, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, (a cura di) S. MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989.
- DI MAJO, A. “*Il linguaggio dei rimedi*”, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 e ss.; U. DI MAJO-GIAQUINTO, “*L'esecuzione del contratto*”, Milano, 1967.
- DIETENBERG, W. “*Fiduziarische Zession und Einziehungsermächtigung*”, Stettin, 1923.
- DOMENIDÒ “*La costituzione fittizia delle anonime*”, in “*Studi in onore di Cesare Vivante*”, II, Roma, 1931.
- DOMINEDÒ, “*Le anonime apparenti*”, in “*Studi senesi*”, 1931.
- DOMINEDÒ, “*Mandato (diritto civile)*”, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1987.
- DORIA, G. “*Il patrimonio <<finalizzato>>*”, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I.
- FALZEA, “*Teoria dell'efficacia giuridica*”, Milano, 1951.
- FERRARA, F. “*Trattato di diritto civile italiano*”, I, *Dottrine generali*, Parte I, Roma 1921.

- FERRARA, F. *“Della simulazione dei negozi giuridici”*, V ed., Roma, 1922.
- FERRARA, F. *“I negozi fiduciari”*, in *Scritti in onore di Vittorio Scialoja*, II, Milano, 1905.
- FERRI, G. B. *“Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”*, Milano, Giuffrè, 1966.
- FERRI, L. *“L'autonomia privata”*, Milano, 1959.
- FIorentino, A. *“Del deposito”*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA - BRANCA, libro IV, Bologna-Roma, 1960.
- FORTUNATO, *“Liquidazione coatta delle Sim e rapporti pendenti: <<il patrimonio separato>> della clientela e i relativi atti di amministrazione”*, in *Dir. banca e merc. finanz.*, 2000.
- FRANCESCHELLI, *“Il <<trust>> nel diritto inglese”*, Padova, 1935.
- FUCHS, W. *“Die pseudonyme Rechtsgeschäft”*, in *Arch. für civil Praxis*, CXV, 1917.
- FUNAIOLI, C. A. *“Deposito – Sequestro convenzionale – Cessione dei beni ai creditori”*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961.
- FUSARO, A. *“Il numero chiuso dei diritti reali”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000.
- GABRIELLI, E. *“<<Operazione economica>> e teoria del contratto”*, Milano, Giuffrè, 2013.
- GABRIELLI, G. *“Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari”*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I.
- GALASSO, A. - GALASSO, G. *“Deposito”*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., V, Utet, Torino, 1989.
- GALASSO, A. *“La rilevanza della persona nei rapporti privati”*, Napoli, Jovene, 1974.

- GALGANO, F. *“Della simulazione”*, in *Commentario Scialoja-Branca (Artt. 1414-1446)*, Bologna-Roma, 1998, *sub artt.* 1414, p. 30.
- GALGANO, F. *“Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio”*, in *Contratto e impresa*, 2000.
- GALGANO, F. *“Diritto privato”*, Cedam, XV ed., Padova, 2012.
- GALGANO, F. *“Trattato di diritto civile”*, Padova, 2011.
- GAMBARO, A. *“Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui”*, in *Trusts*, 2007, 2.
- GAMBARO, A. *“Il diritto di proprietà”*, vol. 1, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990.
- GAMBINI, *“Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza”*, in *Rass. dir. civ.*, 1998.
- GATT, L. *“Dal Trust al Trust. Storia di una chimera”*, II ed., Napoli, 2010.
- GATT, L. *“Il trust italiano”*, in *“Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea”*, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Gruppo 24ore, 2013, *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Gruppo24ore, 2013.
- GAZZARRA, *“La vendita obbligatoria”*, Milano, 1957.
- GAZZONI, F. *“Manuale di diritto privato”*, Napoli, 2009.
- GAZZONI, F. *“Babbo Natale e l'obbligo di dare”*, in *Giust. civ.*, 1991, I.
- GAZZONI, F. *“Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust”*, in *Riv. not.*, 2002.
- GAZZONI, F. *“In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)”*, in *Riv. not.*, 2001.
- GAZZONI, F. *“Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.”*, in *Giust. civ.*, II, 2006.
- GAZZONI, F. *“Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista “non*

- vivente” su trust e trascrizione)”*, in *Riv. not.*, 2001.
- GAZZONI, F. *“Manuale di diritto privato”*, Napoli, 2002.
- GENTILI, A. *“Interposizione, simulazione e fiducia nell'intestazione di quote di società a responsabilità limitata”*, in *Giur. it.*, 1982, I, 2.
- GENTILI, A. *“A proposito di: G. De Nova, <<Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno>>”*, in *Riv. dir. civ.*, Vol. 58, n. 2, 2012.
- GENTILI, A. *“Il diritto come discorso”*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2013.
- GENTILI, A. *“La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie”*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 55; ID., *“Atti notarili <<proibiti>> e sistema delle invalidità”*, in *Riv. dir. priv.*, 2005.
- GENTILI, A. *“La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)”*, in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, a cura di E. GINEVRA, Milano, 2012.
- GENTILI, A. *“Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.”*, in *Rass. dir. civ.*, 2007.
- GENTILI, A. *“L'interpretazione autentica del contratto”*, in *“Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale”*, vol. 17, III, 2001.
- GENTILI, A. *“Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto <<atipico>>”*, in *“Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”*, Vol. 87, 1989.
- GENTILI, A. *“Rimedi. I”*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Giuffrè, Milano, 2006, IV.
- GENTILI, A. *“Simulazione”*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, tomo V, *“Il contratto in generale”*, a cura di M. COSTANZA, A. CHECCINI, F. ROSELLI, G. VETTORI, M. FRANZONI,

- A. GENTILI, Torino, Giappichelli, 2002, p. 551.
- GENTILI, A. _____, Milano, 1978.
- GENTILI, A. “*Tecnica*”, in “*Senso e consenso: storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*”, Giappichelli, vol. II, Torino, 2015.
- GENTILI, A. “*Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente*”, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio (dal trust agli atti di destinazione)*, Atti del Convegno di Roma del 28 e 29 settembre 2006.
- GENTILI, A. “*Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*”, Napoli, Jovene, 1982.
- GERNHUBER, “*Die fiduziarische Treuhand*”, in *JuS*, 1988.
- GIORGIANNI, M. (voce) “*Causa*”, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960.
- GIORGIANNI, M. (voce) “*Obbligazione diritto privato*”, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968.
- GIORGIANNI, M. “*Negozi giuridici collegati*”, in *Riv. ital. sc. giur.*, 1937.
- GOLTZ, F. “*Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs- Rechtes*”, Marburg, 1901.
- GORGONI, M. “*Deposito in funzione di garanzia*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2008, vol. XVI.
- GRASSETTI, C. “*Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*”, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I.
- GRASSETTI, C. “*Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*”, in *Riv. dir. civ.*, 1941.
- GRASSETTI, C. “*Il matrimonio fiduciario*”, in *Temì*, 1951, refuso in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951.
- GRASSETTI, C. “*Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*”, in *Studi economico-giuridici dell'Università di*

Cagliari, XXIV (1936).

- GRAZIADEI, M. *“I diritti nell'interesse altrui”*, Trento, 1995.
- GRAZIADEI, M. *“Mandato”*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994.
- GRAZIADEI, M. *“Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario”*, in *Quadrimestre*, 1990.
- GRAZIANI, *“Negozzi indiretti e negozi fiduciari”*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I.
- GRECO, *“Le società di <<comodo>> e il negozio indiretto”*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I.
- GRISI, G. *“Il deposito in funzione di garanzia”*, Giuffrè, Milano, 1999.
- GROSSI, P. *“Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1980-1950”*, Milano, 2000.
- GUGLIOTTA, *“Commento all'art. 22”*, in *Il Testo Unico della Intermediazione finanziaria*, Commentario a cura di C. RABITTI BEDOGNI, Milano, 1998.
- IACCARINO, G. *“Donazioni indirette e <<ars stipulatoria>>”*, Torino, 2008.
- IACCARINO, G. *“L'opportunità di un contratto di fiducia tipico”*, in *Notariato*, 2014.
- INZITARI, *“Effetti della liquidazione coatta amministrativa sui rapporti in corso. Atti di amministrazione sul patrimonio della clientela”*, in *Il fallimento*, 2000.
- JAEGER, *“Il voto divergente nelle società per azioni”*, Milano, 1975.
- JAEGER, *“La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento”*, Milano, 1968.
- JAEGER, *“Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata”*, in *Giur. comm.*, 1979, I.
- KLAUSING, *“Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einsschliesslich Sicherungsbereingung”*, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, 1930.

- LA LUMIA, “*Deposito e locazione di opere*”, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II.
- LA PORTA, U. “*Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*”, Napoli, 1994, p. 64.
- LAPIS, G. “*I Greci e l'unicum*”, in *Riv. Àtopon*, Ed. Mythos.
- LEIST, G. A. “*Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien*”, Jena, 1889.
- LENZI, R. “*Il deposito*”, in *Trasporto, spedizione, deposito, noleggio*, a cura di M. V. COZZI - A. FLAMINI - R. LENZI, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGERI, Napoli, 2008.
- LENZI, R. “*Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito di beni fungibili*”, Giuffrè, Milano, 2007.
- LICINI, C. “*Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*”, in *Riv. not.*, 1996.
- LIPARI, N. “*Fiducia statica e trusts*”, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, I, Roma, 1997.
- LIPARI, N. “*Il negozio fiduciario*”, Milano, Giuffrè, 1964.
- LIPARI, N. “*Le categorie del diritto civile*”, Milano, Giuffrè, 2013.
- LIPARI, N. “*Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (spunti per una teoria del rapporto giuridico)*”, in *Studi in onore di G. Scaduto*, II, Padova, 1970.
- LUMINOSO A. - PALERMO G., “*La trascrizione del contratto preliminare*”, Padova, 1998.
- LUMINOSO, A. “*Appunti sui negozi traslativi atipici*”, in *Corso di diritto civile*, Milano, 2007.
- LUMINOSO, A. “*Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*”, in *Riv. not.*, 2008, I, p. 997.

- LUMINOSO, A. “*Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*”, in *Giur. comm.*, 1981, I.
- LUMINOSO, A. “*Il mandato*”, Torino, 2007.
- LUMINOSO, A. “*Mandato, commissione, spedizione*”, in *Trattato Cicu-Messineo*, v. XXXII, Milano, 1984.
- LUMINOSO, A. “*Mandato*”, in *Diritto civile*, a cura di N. LIPARI-P. RESCIGNO, v. III, Milano, 2009
- LUPOI, M. “*Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L'Aja del 10 luglio 1985*”, in *Vita not.*, 1992.
- LUPOI, M. “*Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*”, in *Trust e attività fiduciarie*, 2010, p. 469 e ss.;
- LUPOI, M. “*Il contratto di affidamento fiduciario*”, Giuffrè, Milano, 2014.
- LUPOI, M. “*Il trust italiano*”, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, (a cura di) M. BIANCA e A. DE DONATO, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Gruppo24ore, 2013.
- LUPOI, M. “*Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*”, II ed., Padova, 2011.
- LUPOI, M. “*La realizzazione della funzione di garanzia mediante deposito a favore e nell'interesse del terzo*”, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I.
- LUPOI, M. “*Trusts*”, Milano, 2001.
- LUPOI, M., “*Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento del trust*”, in *Riv. notar.*, 2006.
- MACCARONE, S. “*Considerazioni d'ordine generale sull'obbligazione di dare in senso tecnico*”, in *Contratto e impresa*, 1998.
- MACCARONE, S. “*Il sistema di garanzia degli investitori: rapporti con le procedure di liquidazione coatta amministrativa; linee di confine con la tutela dei sistemi di garanzia dei depositanti*”, in *Dir. banca e merc. finanz.*,

2000.

MAFFEI ALBERTI, “*Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Principi generali*”, in *Giur. sistematica civile e commerciale*, diretta da BIGIAMI, Torino, 1978.

MAJELLO, U. “*Il deposito nell'interesse del terzo*”, in *Banca borsa*, 1961.

MARCHETTI, “*Mandato e intestazione fiduciaria in materia immobiliare*”, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 5/2010.

MARCOZ, C. A. “*Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della <<fiducia>>*”, n. 2007-211 del 19 febbraio 2007, Studio 1-2008/A, (a cura del) Consiglio nazionale del notariato, approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali il 7 marzo 2008.

MARICONDA, “*Il pagamento traslativo*”, in *Contratto e impresa*, 1988.

MARICONDA, V. “*Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*”, in *Corr. giur.*, 2004, n. 1.

MASTROPAOLO, E. M. “*La fiducie nel diritto positivo francese*”, in *Riv. dir. civ.*, 2000.

MASTROPAOLO, F. “*Contratti di garanzia delle obbligazioni*”, in “*I contratti di garanzia*”, t. I, a cura di F. MASTROPAOLO, *Trattato dei contratti* (a cura di P. RESCIGNO e E. GABRIELLI), Torino, 2006.

MASTROPAOLO, F. “*Deposito (in generale)*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. X.

MATTEI, U. “*I rimedi*”, in G. ALPA - M. GRAZIADEI - A. GUARNIERI - U. MATTEI - P. G. MONATERI - R. SACCO, “*La parte generale del diritto, 2, Il diritto soggettivo*”, *Tratt. Sacco*, Torino 2001.

MAZZAMUTO, S. “*Il contratto di diritto europeo*”, ristampa riveduta e aggiornata della prima edizione, Torino, 2012.

MAZZAMUTO, S. “*La Fiducia*”, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura

- di) S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, 2, Giuffrè, 2007.
- MAZZINI, “*Regole prudenziali e obblighi di comportamento nella prestazione dei servizi di investimento*”, in *Intermediari finanziari mercati e società quotate*, a cura di PATRONI GRIFFI-SANDULLI-SANTORO, Torino, 1999.
- MEIERINI, “*Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio ai creditori*”, Firenze, 1912.
- MENGONI, L. “*Forma giuridica e materia economica*”, in *Civiltà delle macchine*, sett.-ott. 1962.
- MENGONI, L. “*Gli acquisti <<a non domino>>*”, Milano, 1975.
- MESSINA, G. “*La simulazione assoluta*”, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I.
- MESSINA, G. “*Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*”, Città di Castello, 1910, oggi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948.
- MESSINEO, F. “*Dottrina generale del contratto*”, del 1944, si ritrova ora in “*Il contratto in generale*”, in *Trattato Cicu-Messineo*, tomo I, Milano, 1973.
- MESSINEO, F. “*Manuale di diritto civile e commerciale*”, I, Milano, 1959.
- MESSINETTI, D. “*Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*”, in *Europa dir. priv.*, 2005.
- MINERVINI, G. “*Il mandato, la commissione e la spedizione*”, in *Tratt. Vassalli*, VIII, I, Torino, 1957.
- MIRABELLI, “*Dei singoli contratti*”, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, IV, t. 3, 1991.
- MONTALENTI, P. “*Il contratto di commissione*”, in *I contratti commerciali*, (a cura di) G. COTTINO, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1992, XVI.
- MUNARI, A. “*Trust e fiducie: un importante progetto di legge francese*”, in *Giur. comm.*, 1993, I.
- MURITANO, D. “*Il contratto di fiducia nella legge delega; aspetti formali del*

- contratto-pubblicità*”, in AA.VV., *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012.
- NATOLI, U. “*La proprietà. Appunti delle lezioni*”, Milano, 1965.
- NATOLI, U. “*L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*”, II, Milano, 1967.
- NERI, A. “*La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti*”, in *Trust e attività fiduciarie*, 2007.
- NERI, A. “*La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla <<fiducie>>*”, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006.
- NERI, A. “*Un'altra tappa del percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*”, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008.
- NICOLÒ, R. “*Della conservazione della garanzia patrimoniale (artt. 2901-2904)*”, in *Comm. Scialoja-Branca (art. 2900-2969)*, Bologna-Roma, 1953.
- NICOLÒ, R. “*Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*”, in *Foro it.*, 1937, I.
- NICOLÒ, R. “*Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*”, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I.
- NICOLÒ, R. voce “*Diritto civile*”, in “*Encicl. del diritto*”, XII.
- NISIO, N. “*L'attività di <<amministrazione>> delle società fiduciarie (evoluzione e prospettive)*”, in *Banca borsa*, 2003.
- ORESTANO, R. “*Introduzione allo studio del diritto romano*”, Bologna, 1987.
- PALERMO, G. “*Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*”, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I.
- PALERMO, G. “*Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione allo scopo*”, in “*Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*”, AA.VV., Milano, 2003, 243;

- PALERMO, G. *“Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto”*, Milano, 1974.
- PALERMO, G. *“Contratto preliminare”*, Padova, 1990.
- PALERMO, G. *“Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano”*, in *Riv. dir. comm.*, v. 99, 2001.
- PALERMO, G. *“Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito”*, in *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, vol. III, Napoli, 1972.
- PALERMO, G. *“Funzione illecita e autonomia privata”*, Milano, 1970.
- PALERMO, G. *“La destinazione di beni allo scopo”*, in *La proprietà e il possesso*, in *“Trattato diritto civile”*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO v. II, *“Successioni, Donazioni, Beni”*, Milano, 2009.
- PALERMO, G. *“La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi”*, in A. LUMINOSO - G. PALERMO, Padova, 1998.
- PALERMO, G., *“Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)”*, in *Riv. giur. sarda*, 1999.
- PANICO, P. *“Il contratto fiduciario in diritto lussemburghese”*, in *“Autonomia privata e affidamenti fiduciari”*, AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012.
- PAPPADÀ, D. *“Il registro francese delle fiducie”*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010.
- PAPPADÀ, D. *“L'emulazione del trust in Francia”*, consultabile sul sito: www.comparazione.diritto.civile.it,
- PARADISO, A. M. *“Intermediazione e separazione dei patrimoni”*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001.
- PESTALOZZA, F. *“La simulazione dei negozi giuridici”*, Milano, 1919.
- PESTALOZZA, F. *“Simulazione di negozi giuridici”*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, parte I, Torino, 1940.

- PESTALOZZA, F. “*Simulazione*”, in “*Enciclopedia giuridica italiana*”, v. V, II
- PETRULLI M., RUBINO, F. “*Il trust. Nozione giuridica ed operatività nel sistema italiano*”, Matelica, 2006.
- PINO, A. “*Il patrimonio separato*”, Padova, 1950.
- PORTALE - DOLMETTA, “*Deposito regolare di cose fungibili*”, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1994, I,
- PUGLIATTI, S. “*Fiducia e rappresentanza indiretta*”, in “*Diritto civile: metodo, teoria, pratica. Saggi*”, Milano, 1951.
- PUGLIATTI, S. “*Gli istituti del diritto civile*”, I, 1, Milano, 1943.
- PUGLIATTI, S. “*La simulazione dei negozi unilaterali*”, in “*Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica, Saggi*”, Milano, 1951, Milano, 1951.
- PUGLIATTI, S. “*Logica e dato positivo*”, in “*Diritto civile: metodo, teoria, pratica, Saggi*”, Milano, 1951.
- PUGLIESE, “*La simulazione nei negozi giuridici*”, Milano, 1938.
- QUADRI, R. “*La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*”, Napoli, 2004.
- R. SCOGNAMIGLIO, “*Contributo alla teoria del negozio giuridico*”, Napoli, 1969.
- RABITTI BEDOGNI, C. “*Il principio della <<separazione>> patrimoniale nella disciplina dei servizi di investimento*”, in *Scritti in memoria di Pietro De Vecchis*, II, Roma. .
- REGELSBERGER, F. “*Zwei Beiträge der fiduziarischen Geschäften*”, AcP, 1890, v. 63.
- REGELSBERGER, F. “*Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte*”, Erlangen, 1859.
- REGELSBERGER, F. “*Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession*”, in *Archiv f.*

- Civ. Prax.*, LXIII, 1890.
- RESCIGNO, P. (voce) “*Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*”, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- RESCIGNO, P. “*Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti d'impresa)*”, in *Contr. impr.*, 1990.
- ROMANO, SALV. “*L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*”, in *Scritti in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970.
- ROMANO, SALV. “*Contributo esegetico alla teoria della simulazione*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, I.
- RONCO, “*Affidamento di beni mobili e insolvenza dell'affidatario*”, Padova, 2000.
- ROPPO, V. “*Il contratto*”, Bologna, 1987.
- ROPPO, V. “*Il contratto*”, II ed., nella collana “*Trattato di diritto privato*”, (a cura di) GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI, 2011, p. 647.
- RUBINO, F. “*Il negozio giuridico indiretto*”, Milano, 1937.
- RUGGIERO, “*La riforma della disciplina delle società fiduciarie*”, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 9/2011.
- RUSSO, “*La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*”, Milano, 1965.
- SACCO, R. “*Autonomia contrattuale e tipi*”, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966.
- SACCO, R. “*Il contratto*”, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, VI, 2, Torino, 1975.
- SACCO, R. “*La causa*”, in *Tratt. Rescigno*, 10, II, rist. Torino, 1988.
- SACCO, R. “*Principio consensualistico ed effetti del mandato*”, in *Foro it.*, 1966, I.
- SANTORO PASSARELLI, F. “*Deposito in luogo di adempimento*”, in *Giur. it.*,

- 1938, I.
- SANTORO PASSARELLI, F. “*Dottrine generali del diritto civile*”, rist. della IX ed., Napoli, 1976.
- SANTORO, L. “*Il negozio fiduciario*”, Torino , 2002.
- SANTORO, L. “*Trust e fiducia*”, in *Contratto e impresa*, 1995.
- SATURNO, “*La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*”, Napoli, 1999.
- SCALISI, A. “*Il contratto di deposito - Del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali - Art. 1766 – 1797*”, in *Commentario Schlesinger*, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2011.
- SCHLESINGER, P. “*Il pagamento al terzo*”, Milano, 1961.
- SCHULTZE, A. “*Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*”, *Jher. Jahrb. F. die Dogm. D. b. Rechts*, XLIII, 1901.
- SCHULTZE, A. “*Treuhänder im geltenden Recht*”, in *Jehring's Jahrbücher*, 1901, v. 43.
- SCIALOJA, A. “*Sulle cassette-forti di custodia*”, in *Giur. it.*, 1907, IV.
- SCIALOJA, V. “*Negozi giuridici*”, Roma, 1938, IV ed. ristampa.
- SCIALOJA, V. “*Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*”, Roma, 1885, p. 21; N. IRTI, “*Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*”, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I.
- SCOGNAMIGLIO, C. “*Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*”, Padova, 1992.
- SCOGNAMIGLIO, C. “*Interesse dei contraenti e interpretazione del contratto*”, Padova, 1992.
- SCOGNAMIGLIO, C. “*Negozi di destinazione, trust e negozi fiduciari*”, in *Studi*

- in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, t. II, p. 2319.
- SCOGNAMIGLIO, R. “*Contratti in generale*”, in *Trattato Grosso e Santoro-Passarelli*, III ed., Milano, 1977.
- SEGRÈ, G. “*Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio*”, in *Annuario di dir. comparato e di studi legisl.*, II-III, 1928-9.
- SEMERARO, M. “*Acquisti e proprietà nell'interesse del mandante*”, Napoli, 2011.
- STOLFI, G. “*Teoria del negozio giuridico*”, Padova, rist. 1961.
- TAMBURRINO, “*Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*”, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, I.
- TEDESCHI, G. “*L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (Riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)*”, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I.
- TRABUCCHI, A. “*Istituzioni di diritto civile*”, Padova, 1970.
- TRIMARCHI, V. M. “*Negozio fiduciario*”, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- UGOLINI, S. “*Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*”, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008.
- VALAS, I. “*Mandato fiduciario, trust e negozio di affidamento fiduciario*”, 2012.
- VASSALLI, “*Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario*”, Milano, 1974.
- VETTORI, “*Autonomia privata e contratto giusto*”, in *Riv. dir. priv.*, 2000.
- VETTORI, G. “*Atto di destinazione e trust*”, in *Obbligazioni e contratti*, 2006.
- VICARI, A. “*Il contratto di affidamento fiduciario nella legge di San Marino*”, in “*Autonomia privata e affidamenti fiduciari*”, AA.VV., (a cura di) A. BARBA e D. ZANCI, Torino, 2012.

VOIELLO, R. *“Depositi fiduciari, in “Fiducia, trust, mandato ed agency”, AA.VV., II, collana Convegni di studio – Madonna di Campiglio, Milano, 1991.*

VON GIERKE, O. *“Deutsches Privatrecht”, II, Leipzig, 1905.*

VOSS, G. *“Die fiduziarische Abtretung von Eigentümerbriefgrundschulde”, Bonn, 1948.*

ZACCHEO, *“Gestione fiduciaria e disposizione del diritto”, Milano, 1991.*

GIURISPRUDENZA

- Cass., 15 gennaio 1937, n. 123.
Cass., 18 aprile 1956, n. 1331.
Cass., 28 maggio 1958, n. 2724.
Cass., 3 agosto 1960, n. 2271.
Cass., 24 gennaio 1967, n. 215.
Cass., 30 gennaio 1968, n. 296.
Cass., 23 gennaio 1971, n. 146.
Cass., 19 febbraio 1971, n. 435.
Cass., 15 gennaio 1975, n. 156.
Cass., 21 novembre 1975, n. 3911.
Cass., 3 aprile 1980, n. 2159.
Cass., 17 luglio 1980, n. 4649.
Cass., 3 marzo 1981, n. 1226.
Cass., 7 agosto 1982, n. 4438.
Cass., 29 novembre 1983, n. 7152.
Cass., 10 dicembre 1984, n. 6478.
Cass., s. u., 10 dicembre 1984, n. 6478.
Cass., 29 novembre 1985, n. 5085.
Cass., 18 ottobre 1988, n. 5663.
Cass., 21 novembre 1988, n. 6263.
Cass., 28 novembre 1990, n. 11449.
Cass., 18 febbraio 1991, n. 1691.
Cass., 18 ottobre 1991, n. 11025.
Cass., 29 maggio 1993 n. 6024.
Cass., 18 marzo 1994, n. 2604.
Cass., 28 settembre 1994, n. 7899.
Cass., 7 aprile 1995, n. 4071.
Cass., 14 ottobre 1995, n. 10768.
Cass., 27 marzo 1997, n. 2756.
Cass., 23 settembre 1997, n. 9355.
Cass., 14 ottobre 1997, 10031.
Cass., 28 febbraio 1998, n. 2252.
Cass., 23 giugno 1998, n. 6246.
Cass., 22 gennaio 1999, n. 591.

Cass., 29 marzo 1999, n. 2567.
Cass., 21 maggio 1999, n. 4943.
Cass., 27 novembre 1999, n. 13261.
Cass., 18 maggio 2000, n. 6451.
Cass., 10 luglio 2000, n. 9489.
Cass., 13 aprile 2001, n. 5565.
Cass., 1 aprile 2003, n. 4886.
Cass., 27 luglio 2004 n. 14094.
Cass., 6 maggio 2005, n. 9402.
Cass., 24 febbraio 2006, n. 22840.
Cass., 6 aprile 2006, n. 8098.
Cass., 20 febbraio 2007, n. 3982.
Cass., 27 marzo 2007, n. 7493.
Cass., 13 aprile 2007, n. 8843.
Cass., 13 giugno 2008, n. 16022;
Cass., 25 giugno 2008, n. 17334.
Cass., 12 novembre 2009, n. 23941.
Cass, ord. 19 novembre 2009, n. 20254;
Cass., 9 maggio 2011, n. 10163.
Cass., 6 febbraio 2013, n. 2832.
Cass., 3 aprile 2013, n. 8100.
Cass., 2013, n. 20051.
Cass., 17 aprile 2014, n. 8957.
Cass., 15 maggio 2014, n. 10633.
Cass., s.u. 6 marzo 2015, n. 4628.
Cass., 10 marzo 2015, n. 4738.
Cass., 5 aprile 2016, n. 6533.

Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 127.

Corte d'Appello di Milano 24 novembre 1981.

Corte d'Appello di Milano 3 luglio 1992.

Trib. Milano 9 febbraio 1980.

Trib. Roma, 18 luglio 1980.

Trib. Como, 23 febbraio 1984.

Trib. Milano, 7 marzo 1985.

Trib. Milano 12 novembre 1987.

Trib. Torino, 7 luglio 1988.
Trib. Torino, 28 febbraio 1991.
Trib. Ferrara, 30 dicembre 1993.
Trib. Como, 23 febbraio 1994.
Trib. Torino, 23 gennaio 1998.
Trib. Roma, 20 febbraio 1998.
Trib. Roma, ord, 8 luglio 1999
Trib. Firenze, 3 febbraio 1999.
Trib. Cagliari, 10 dicembre 1999.
Trib. Milano, 9 novembre 2001.
Trib. Belluno, 25 settembre 2002
Trib. Trani, 29 settembre 2003.
Trib. Firenze, 2 luglio 2005
Trib. Milano, 6 luglio 2005.
Trib. Trieste, decr. 23 settembre 2005.
Trib. Genova, decr. 14 marzo 2006.
Trib. Milano, 13 febbraio 2008.
Trib. Trento, 14 luglio 2011.
Trib. Treviso, 27 ottobre 2011.
Trib. Ravenna, 4 aprile 2013.

Lodo arbitrale 2 marzo 1996.