

BREVI OSSERVAZIONI SUL NEGOZIO FIDUCIARIO

Umberto Giacomelli

1.- NOZIONE.

1.1.- Il negozio fiduciario è il negozio con il quale un soggetto (il fiduciante) trasferisce ad un altro soggetto (il fiduciario) la titolarità di un diritto, il cui esercizio viene limitato da un accordo tra le parti (*pactum fiduciae*) per uno scopo che il fiduciario si impegna a realizzare, ritrasferendo poi il diritto allo stesso fiduciante o ad un terzo beneficiario (Bianca M., *Diritto Civile III*).

La fattispecie si sostanzia in un accordo tra due soggetti, con cui il primo trasferisce (o costituisce) in capo al secondo una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, ed il fiduciario, per la realizzazione di tale risultato, assume l'obbligo di utilizzare nei tempi e nei modi convenuti la situazione soggettiva, in funzione strumentale, e di porre in essere un proprio comportamento coerente e congruo (Trimarchi V.M., *Negozio fiduciario*, Enc. Dir. XXVIII).

L'attività giuridica che il fiduciario si impegna a svolgere per conto del fiduciante risulta dall'accordo obbligatorio, mentre l'attribuzione del diritto al fiduciario costituisce soltanto lo strumento per realizzare tale scopo: il trasferimento del diritto è attuato in funzione dell'adempimento degli obblighi derivanti dal *pactum fiduciae* (Carraro L., *Il mandato ad alienare*).

Al fiduciario viene così attribuita una posizione che eccede l'intento delle parti, per la cui realizzazione sorge l'obbligazione del fiduciario verso il fiduciante (Santoro Passarelli F., *Dottrine Generali del Diritto Civile*).

Lo scopo pratico da realizzare è più ridotto rispetto agli effetti tipici del negozio traslativo posto in essere dalle parti, e viene perseguito mediante un accordo che impone al fiduciario un obbligo di cooperazione giuridica nei riguardi del fiduciante e limita l'esercizio del diritto attribuitogli (ed il potere di disposizione derivante dalla titolarità del diritto), riportando gli effetti del negozio entro l'ambito voluto dai contraenti.

Con il negozio fiduciario la titolarità del diritto viene effettivamente attribuita al fiduciario, il quale agisce in nome proprio ma per conto del fiduciante (nell'interesse di quest'ultimo, o dello stesso fiduciario o di terzi), così come avviene nel mandato senza rappresentanza, dove il mandatario agisce in nome proprio per conto del mandante.

1.2.- Il negozio fiduciario non è previsto espressamente dalla legge, e parte della dottrina esclude la sua stessa ammissibilità nel nostro ordinamento.

Elemento specifico del negozio fiduciario è la *fiducia*, intesa come affidamento del fiduciante sulla lealtà del comportamento del fiduciario.

Il negozio fiduciario si caratterizza per:

- l'eccedenza del mezzo (il negozio traslativo del diritto) sullo scopo pratico perseguito dalle parti, e la sproporzione tra la causa del negozio e gli effetti prodotti: nella *fiducia* viene prescelto dalle parti, per il conseguimento di un dato risultato, un negozio giuridico i cui effetti vanno oltre quello scopo;

- la possibilità di abuso da parte del fiduciario, consistente nell'esercizio del diritto in modo difforme da quanto concordato con il *fiduciante* (ad esempio, trasferimento del diritto a un terzo, invece del previsto ritrasferimento al fiduciante), in quanto il potere attribuito fiduciario è più ampio del dovere che gli deriva dal *pactum fiduciae*.

1.3.- Nel negozio fiduciario il trasferimento del diritto ha efficacia reale, verso i terzi, mentre il *pactum fiduciae* ha efficacia soltanto obbligatoria, tra le parti (v. art. 1372 c.c.): la

violazione del patto è inopponibile ai terzi, per cui, in caso di alienazione a terzi, il fiduciante non può rivendicare il bene ed ha diritto soltanto al risarcimento del danno.

1.4.- Si distingue tradizionalmente tra fiducia dinamica - nella quale il fiduciante trasferisce un diritto con un negozio traslativo che investe il fiduciario di una posizione reale eccedente lo scopo - e fiducia statica, ove il fiduciario è già titolare del diritto (per averlo acquistato non dal fiduciante, ma eventualmente da un terzo) e si obbliga ad esercitarlo in un determinato modo, trasferendolo poi al fiduciante o a terzi.

Nella fiducia statica sorge un rapporto fiduciario che non ha alla propria origine un negozio fiduciario.

Ciò avviene, ad esempio, quando un soggetto, titolare di un diritto, dichiara se stesso fiduciario di altri, obbligandosi ad esercitare il diritto medesimo per conto del fiduciante e nell'interesse altrui (dello stesso fiduciante o di un terzo beneficiario).

Anche nel caso del mandato ad acquistare immobili, dove il mandatario si obbliga ad acquistare il bene da un terzo ed a ritrasferirlo al mandante, sussiste un rapporto fiduciario dal momento dell'acquisto del bene da parte del mandatario sino al ritrasferimento al mandante (v. art. 1706, 2° comma, c.c.; diverso, invece, è il caso del mandato ad acquistare beni mobili, ove il mandato esplica efficacia reale accanto a quella obbligatoria, nel senso che l'assunzione dell'obbligo di acquistare importa anche il preventivo trasferimento della proprietà dei beni al mandante, che li può rivendicare a norma dell'art. 1706, 1° comma, c.c.: qui il mandato ha efficacia traslativa preventiva, subordinata all'acquisto del bene mobile da parte del mandatario, per cui non si instaura un rapporto fiduciario).

Un altro caso di rapporto fiduciario non originato da negozio fiduciario si ha quando il ritrasferimento al fiduciante riguardi il diritto derivante al fiduciario dal contratto preliminare di compravendita immobiliare già stipulato con terzi (v. Cass. 5.2.2000 n. 1289).

1.5.- Si distingue, ancora, tra fiducia romanistica e fiducia di tipo germanico.

Nel primo caso vi è l'effettiva attribuzione al fiduciario della titolarità del diritto, che configura un'interposizione reale di persona, ove l'effetto traslativo è realmente voluto dalle parti (a differenza dall'interposizione fittizia, ove il negozio è soltanto apparente e l'effetto traslativo non è voluto bensì simulato).

Diversamente, nella fiducia di tipo germanico si verifica una separazione tra titolarità formale del diritto e legittimazione al suo esercizio, con il mantenimento della titolarità in capo al fiduciante ed il conferimento al fiduciario della sola legittimazione ad esercitare il diritto.

Secondo una prima elaborazione, la fiducia germanistica si attua con il trasferimento al fiduciario di un diritto risolutivamente condizionato all'esercizio in conformità allo scopo perseguito, per cui l'abuso attuato dal fiduciario comporta l'operare della condizione e l'immediato ritrasferimento del diritto al fiduciante. Tale ricostruzione presuppone l'ammissibilità di una proprietà temporanea e risolubile, in contrasto con il principio generale della perpetuità del diritto del proprietario.

Ha tuttavia assunto rilievo una diversa costruzione della fiducia germanistica, caratterizzata dall'attribuzione al fiduciario della mera legittimazione all'esercizio del diritto, di cui il fiduciante rimane titolare e nel cui interesse il diritto viene esercitato: ciò si verifica nel caso dell'intestazione fiduciaria di azioni societarie, dove alla tutela obbligatoria nei confronti del fiduciario infedele si affianca un'azione reale di rivendicazione della titolarità delle azioni nei confronti dei terzi acquirenti (v. Cass. 14.10.1997 n. 10031, che riconosce i fiduciari proprietari effettivi dei titoli acquistati per loro conto dalla società fiduciaria).

1.6.- Il negozio fiduciario viene tenuto distinto dal negozio indiretto, che è il negozio unitario utilizzato per realizzare uno scopo pratico corrispondente non alla sua causa tipica bensì alla

funzione di un negozio diverso o ad uno scopo non realizzabile mediante alcun altro negozio, senza la costituzione di una posizione fiduciaria (ad esempio: il mandato a vendere con procura irrevocabile, in luogo di una vendita; la donazione indiretta).

2.- STRUTTURA DEL NEGOZIO FIDUCIARIO.

2.1.- Una prima teoria concepisce il negozio fiduciario come un unico negozio con causa atipica (non dunque costituito da un negozio con efficacia reale e da uno con efficacia obbligatoria, limitativo del primo), caratterizzato dalla causa fiduciae, che unifica l'elemento traslativo (efficacia reale, esterna) con quello obbligatorio (efficacia obbligatoria, interna) e viene ritenuta idonea ad operare il trasferimento del diritto.

La causa fiduciae si concretizzerebbe 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.

Si tratterebbe quindi di un negozio atipico con efficacia reale, ammissibile in quanto al principio del numero chiuso dei diritti reali non corrisponde anche un numero chiuso dei negozi con efficacia reale (in virtù del principio generale dell'autonomia negoziale privata stabilito dall'art. 1322 c.c.).

Ciò che il negozio fiduciario trasferisce è una proprietà fiduciaria, con contenuto limitato nel tempo e nei poteri: al fiduciario viene attribuito un diritto reale strumentale temporalmente limitato, una proprietà conformata al vincolo obbligatorio per la realizzazione di un risultato.

Il problema posto da questa ricostruzione è se la causa fiduciae possa produrre il trasferimento del diritto di proprietà: essendo inconcepibile un'incongruenza tra causa ed effetti del negozio - in quanto un negozio non può produrre effetti che eccedano la funzione per la quale riceve tutela dall'ordinamento - è evidente l'insufficienza della causa fiduciae a giustificare un effetto più ampio di quello che sarebbe necessario a realizzarla.

Pertanto, se l'acquisto fosse veramente determinato da quella causa, si avrebbe l'attribuzione al fiduciario di un diritto non pieno, ma limitato dalla funzione del negozio fiduciario, e si verrebbe ad introdurre un nuovo diritto reale, in contrasto con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali (che trova il proprio fondamento nel contenuto del diritto di proprietà, definito pieno ed esclusivo dall'art. 832 c.c., e riceve copertura costituzionale dall'art. 42, 2° comma, Cost., che prevede la riserva di legge nella determinazione dei limiti alla proprietà privata; sull'operatività del principio nel nostro ordinamento, v. Cass. 26.9.2000 n. 12765).

2.2.- Una seconda opinione individua nel negozio fiduciario due distinti negozi connessi o collegati: un negozio traslativo tipico (ad es. vendita, donazione) cui si collega funzionalmente un accordo fiduciario; il primo di carattere esterno, con efficacia reale verso i terzi, l'altro interno e obbligatorio, volto a modificare il risultato finale del negozio traslativo (v. Cass. 1.4.2003 n. 4886).

In base a questa ricostruzione, il diritto viene trasferito con un negozio distinto dal contratto causale obbligatorio: si verifica, pertanto, l'astrazione (parziale) della causa del negozio tipico (posto che una vendita non può essere contemporaneamente un mandato) laddove il negozio traslativo produce l'effetto reale senza una propria sottostante causa.

Ma il nostro ordinamento, che prevede la causa come requisito di validità del contratto (artt. 1325 n. 2 c.c. e 1418, 2° comma, c.c.), non ammette negozi astratti di trasferimento: i negozi che operano il trasferimento della proprietà hanno una propria causa e producono effetti reali ed obbligatori insieme (così, ad esempio, la vendita, a norma dell'art. 1470 c.c.; nel caso del mandato ad acquistare immobili, il ritrasferimento previsto dall'art. 1706, 2° comma, c.c. è eseguito *solvendi causa*: non è un vero e proprio negozio astratto bensì un negozio di attribuzione a titolo oneroso, con funzione di liberazione dal vincolo obbligatorio).

2.3.- In sintesi, se si afferma che il negozio fiduciario produce il trasferimento di un diritto di proprietà limitato in conformità della *causa fiduciae*, si va contro il principio del numero chiuso dei diritti reali; se invece si ritiene che il negozio fiduciario operi il trasferimento del diritto di proprietà pieno, tale effetto eccede la *causa fiduciae*, la quale non è sufficiente a produrlo, per cui si dovrebbe ammettere un'astrazione parziale della causa del negozio traslativo tipico, in contrasto con il principio della causalità del negozio (art. 1325 n. 2 c.c.).
In via di principio, il negozio fiduciario così delineato non appare quindi ammissibile nel nostro ordinamento.

Diversamente, la fiducia statica (rapporto fiduciario in cui la titolarità del diritto in capo al fiduciario non deriva da un trasferimento attuato dal fiduciante) non presenta i problemi dogmatici del negozio fiduciario, quali l'alternativa tra collegamento negoziale e unicità della *causa fiduciae*, l'ammissibilità dell'astrazione parziale della causa del negozio tipico, il virtuale contrasto con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

In ogni caso, le parti possono servirsi di altri strumenti per conseguire analoghi risultati: il negozio indiretto, i negozi collegati, la rappresentanza indiretta, il mandato ed in genere i negozi di fiducia, o l'inserzione di opportune clausole nella struttura di un negozio tipico, che ne determinino specificamente il contenuto, nei limiti di elasticità della sua causa.

2.4.- Se il negozio fiduciario viene posto in essere per eludere una norma imperativa e conseguire un risultato vietato dalla legge configura l'ipotesi del negozio in frode alla legge, nullo per illiceità della causa (art. 1344 c.c.).

Secondo un'autorevole dottrina (Santoro Passarelli) la fiducia costituisce un semplice motivo, irrilevante se non inserito in una clausola negoziale, che può invalidare il negozio fiduciario (di per sé lecito) se illecito, determinante e comune ad entrambe le parti (v. art. 1345 c.c.).

3.- FORMA DEL *PACTUM FIDUCIAE* NEI NEGOZI RELATIVI A BENI IMMOBILI.

3.1.- Una prima teoria ritiene che, trattandosi di fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, il *pactum fiduciae* dovrebbe sottostare al principio generale della libertà della forma, in mancanza di una disposizione espressa in senso contrario.

3.2.- L'opinione più accreditata richiede, per il negozio fiduciario inerente al trasferimento di beni immobili, la forma scritta *ad substantiam* quale elemento essenziale di validità *ex art. 1350 c.c.* (v. Cass. 13.4.2001 n. 5565): si fa riferimento alla forma richiesta per il tipo di negozio cui il *pactum fiduciae* si ricollega (forma *per relationem*), come per il contratto preliminare (art. 1351 c.c.: "*è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo*") e per la procura (art. 1392 c.c.: "*con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere*"). La giurisprudenza, per individuare la disciplina della forma, equipara l'obbligo di ritrasferimento derivante dal *pactum fiduciae* a quello derivante dal contratto preliminare (v. Cass. 13.10.2004 n. 20198 e Cass. 19.7.2000 n. 9489: "il *pactum fiduciae* con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato richiede, allorché riguarda beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, atteso che essa è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare, per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo"; cfr. Cass. 29.5.1993 n. 6024).

La designazione, da parte del fiduciante, della persona a favore della quale deve essere ritrasferito il bene immobile, in virtù dell'obbligo assunto dal fiduciario di modificare la situazione giuridica a lui facente capo, deve rivestire *ad substantiam* la forma scritta (v. Cass. 30.1.1995 n. 1086).

3.3.- Anche per il secondo trasferimento (o ritrasferimento) immobiliare da parte del fiduciario, in esecuzione del *pactum fiduciae* (così come nell'esecuzione del mandato ad acquistare immobili e nel patto di retrovendita), è richiesta la forma solenne.

3.4.- Dal requisito della forma scritta derivano limiti probatori in ordine al *pactum fiduciae*: non sono ammesse la prova per testimoni e per presunzioni semplici, il giuramento e la confessione (artt. 2725, 2729, 2735 e 2739 c.c.); in particolare, per la validità del negozio fiduciario la forma scritta *ad substantiam* non può essere sostituita dalla dichiarazione confessoria di una delle parti, non potendo detta dichiarazione essere utilizzata né come elemento integrante il contratto, né come prova dello stesso il quale, peraltro, non è dimostrabile tramite testimonianze, all'infuori dell'ipotesi eccezionale di perdita incolpevole del documento (art. 2725, 2° comma, c.c., in relazione all'art. 2724 n. 3 c.c.: v. Cass. 13.4.2001 n. 5565).

4.- FUNZIONE.

4.1.- La funzione del negozio fiduciario non è unitaria. Ciò conferma l'inammissibilità di una *causa fiduciae*, posto che alla pluralità di funzioni non può corrispondere unicità di causa.

4.2.- Nel caso di *fiducia cum amico*, il negozio assolve la funzione di affidamento e assunzione di incarico per il compimento di atti di custodia, gestione o di disposizione di diritti.

4.2.1.- Vi rientra, innanzitutto, l'ipotesi del mandato ad amministrare, con cui le parti prevedano l'attribuzione immediata del bene al mandatario, contestualmente alla conclusione del mandato.

Qui il rapporto fiduciario deriva da un vero e proprio negozio fiduciario (traslativo del bene dal mandante al mandatario): è evidente, tuttavia, che per amministrare non è necessario avere la titolarità del diritto, che comporta anche le facoltà di godimento e di disposizione.

Nel mandato ad amministrare, dunque, la *causa mandati* non giustifica l'effetto traslativo del diritto dal mandante al mandatario.

4.2.2.- Nel caso, invece, del mandato ad alienare (senza potere di rappresentanza) la causa del mandato giustifica l'effetto traslativo (l'efficacia traslativa del mandato ad alienare è una necessità logico-giuridica, posto che per eseguire l'incarico il mandatario deve diventare titolare del diritto oggetto dell'alienazione), ma l'acquisto del diritto in capo al mandatario avviene nel momento stesso dell'alienazione del diritto al terzo: il mandante può disporre del diritto finché il mandato non ha avuto esecuzione ed il mandatario non è mai investito di una posizione reale eccedente lo scopo, per cui non sorge alcun rapporto fiduciario.

Si tratta, in questo caso, di una fattispecie traslativa complessa, analoga alla vendita di cosa altrui, dove il trasferimento dal venditore al compratore è simultaneo a quello dal terzo al venditore (v. art. 1478, 2° comma, c.c.: il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa).

Il mandato ad alienare, così come il mandato ad acquistare mobili, viene quindi ricostruito come negozio con efficacia reale (mentre ha mera efficacia obbligatoria il mandato ad acquistare immobili, da cui sorge l'obbligo del mandatario di ritrasferire il diritto al mandante).

4.3.- Nel caso della *fiducia cum creditore* il negozio fiduciario attua un trasferimento a scopo di garanzia.

La causa di garanzia è tuttavia inidonea ad operare il trasferimento della titolarità di diritti: per

costituire una garanzia reale è infatti sufficiente togliere al titolare il potere di distrarre il bene dalla funzione di garanzia del credito, ma non è necessario attribuire al creditore anche la titolarità del diritto; ed infatti il trasferimento a scopo di garanzia viene solitamente attuato non mediante un negozio atipico, ma con una compravendita collegata ad un patto fiduciario. Ciò si verifica, ad esempio, nell'ipotesi della vendita con patto di riscatto (sottoposta alla condizione risolutiva della restituzione del prezzo, cioè del pagamento del debito, quale esercizio di un diritto potestativo del venditore-debitore: v. art. 1500 c.c.), o della vendita con patto di retrovendita (da cui deriva l'obbligo di ritrasferimento del bene al debitore adempiente, mediante un nuovo contratto di vendita).

4.3.1.- In questi casi il negozio può costituire lo strumento per eludere il divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.), la cui *ratio* risiede nella tutela del debitore dalla coazione del creditore e nella tutela della *par condicio creditorum* (sul presupposto del maggior valore del bene dato in garanzia al creditore rispetto all'ammontare del credito garantito), nonché nel divieto di costituzione di vincoli e garanzie reali atipici, derivante dal principio del numero chiuso dei diritti reali.

Secondo una parte della dottrina il divieto del patto commissorio si pone come un limite esterno negativo posto a tutela degli istituti tipici della garanzia reale.

4.3.2.- Inizialmente la giurisprudenza considerava nulla (per violazione del divieto del patto commissorio) soltanto la vendita sospensivamente condizionata al mancato pagamento del prezzo e valida invece la vendita immediatamente traslativa, risolutivamente condizionata.

Successivamente i due tipi di vendita sono stati considerati equivalenti, ed entrambi nulli ai sensi dell'art. 1344 c.c. come contratti in frode alla legge, per elusione del divieto di patto commissorio (v. Cass. sez. un. 3.4.1989 n. 1611 e Cass. sez. un. 21.4.1989 n. 1907), nonostante l'effetto traslativo sia immediato e sottoposto a condizione risolutiva (v. Cass. 4.3.1996 n. 1657 e Cass. 28.9.1994 n. 7890).

Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, per giungere ad una pronuncia di nullità dell'operazione creditizia attuata in violazione del divieto del patto commissorio è necessario accertare la simulazione del negozio traslativo a scopo di garanzia, per dimostrarne la fittizietà rispetto al dissimulato contratto di mutuo garantito da patto commissorio, a sua volta nullo per contrarietà a norma imperativa (v. Cass. 19.9.1992 n. 10749).

Così la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio) nell'ambito della quale il versamento del denaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serva solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che la predetta vendita, in quanto caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che dalla causa di scambio propria della vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c., costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime perciò una causa illecita che rende applicabile all'intero contratto la sanzione dell'art. 1344 c.c. (v. Cass. 20.7.2001 n. 9900).

4.4.- Qualsiasi contratto può essere considerato nullo ai sensi dell'art. 1344 c.c. qualora produca gli stessi risultati del patto commissorio: ad esempio, il preliminare di compravendita, qualora la promessa di vendita garantisca la restituzione della somma mutuata dal promittente compratore (cfr. Cass. 12.6.2001 n. 7934, Cass. 29.3.2001 n. 4618, Cass. 12.10.2000 n. 13598, Cass. 23.10.1999 n. 11924, Cass. 16.8.1990 n. 8325); la vendita con patto di riscatto stipulata tra il mutuatario-debitore ed un terzo, diverso dal mutuante-creditore

(v. Cass. 20.7.1999 n. 7740); il negozio con il quale un terzo trasferisce, o promette di trasferire, un proprio bene al creditore a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione (v. Cass. 29.8.1998 n. 8624).

Ove sia stato stipulato un accordo (nella specie, contratto costitutivo di società) dissimulante un mutuo garantito da patto commissorio, la nullità di quest'ultimo non produce alcuna conseguenza sull'obbligazione del mutuatario, derivante dal contratto dissimulato di mutuo, di restituire il denaro e gli interessi legali (v. Cass. 25.5.2000 n. 6864, secondo cui la nullità del patto commissorio comporta l'inefficacia dell'effetto traslativo collegato all'inadempimento del debitore, e non incide invece sull'obbligazione restitutoria del debitore derivante dal mutuo, il cui adempimento il patto vietato mirava a garantire e che resta assolutamente integra).

Tuttavia, il patto commissorio può configurarsi solo nella fase di costituzione del mutuo, non successivamente alla scadenza dell'obbligazione restitutoria del mutuatario (v. Cass. 7.4.1995 n. 4064), posto che in questa seconda fase il debitore è libero di disporre dei propri beni anche cedendoli al creditore ad estinzione del debito ("*datio in solutum*": v. Cass. 26.6.2001 n. 8742, Cass. 3.2.1999 n. 893).

Infatti, gli artt. 1963 e 2744 c.c., che sanciscono il divieto del patto commissorio, postulano che il trasferimento - ovvero il procedimento indiretto della promessa di trasferimento al creditore, cui l'indicato divieto è estensibile per identità di *ratio* - della proprietà della cosa che ha formato oggetto di ipoteca, di pegno o di anticresi, sia condizionato sospensivamente al verificarsi dell'evento futuro ed incerto del mancato pagamento del debito, sicché, qualora il trasferimento o la promessa di trasferimento vengano, invece, pattuiti puramente e semplicemente allo scopo non già di garantire l'adempimento di un'altra obbligazione con riguardo all'eventualità, non ancora verificatasi, che essa rimanga inadempita, ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto e di liberare, quindi, il debitore dalle conseguenze connesse alla sua pregressa inadempienza, non sono configurabili le condizioni richieste dalle citate norme per l'operatività del divieto da esse previsto (v. Cass. 5.6.2001 n. 7585).

Non configura patto commissorio il mandato irrevocabile a vendere conferito al mutuante per soddisfare con il ricavato i creditori del mutuatario (v. Cass. 7.12.1999 n. 13708), mentre sono nulli il mandato ad alienare un bene, la cui esecuzione sia subordinata all'inadempimento di un'obbligazione del mandante nei confronti del mandatario (v. Cass. 1.6.1993 n. 6112), ed il contratto con cui il mutuatario concede al mutuante l'opzione per l'acquisto di un proprio bene a garanzia dell'estinzione del debito (v. Cass. 10.2.1997 n. 1233).

5.- NEGOZIO FIDUCIARIO *POST MORTEM*.

5.1.- Nel caso in cui dal negozio fiduciario sorga un obbligo di ritrasferimento che debba essere adempiuto dal fiduciario dopo la morte del fiduciante, il negozio si pone in contrasto con il divieto di patti successori (v. art. 458 c.c.).

Secondo la giurisprudenza è nullo il negozio fiduciario utilizzato per ritrasferire un bene a terzi *post mortem*; il bene, peraltro, esce dal patrimonio del fiduciante quando egli è ancora in vita, e dunque non entra mai a far parte dell'asse ereditario.

Il principio della revocabilità del testamento è però rispettato quando sia prevista la clausola di riserva di revoca, da parte del fiduciante, della designazione del beneficiario.

In ogni caso, sussiste il pericolo di abuso da parte del fiduciario a danno del beneficiario, e vi è l'aggravio della doppia imposizione fiscale sui due trasferimenti *inter vivos*, dal fiduciante al fiduciario e da questi al terzo.

5.2.- Diverso è invece il caso della disposizione fiduciaria contenuta in un testamento, prevista dall'art. 627 c.c., che configurerebbe un'ipotesi di fiducia legale, e quindi non di vera

fiducia, in quanto il comportamento delle parti risulta legislativamente regolato.

Tuttavia, anche in questa fattispecie vi è lo spazio per la fiducia nel leale comportamento del fiduciario: l'art. 627 c.c. non ammette azione in giudizio per accertare che la disposizione è apparente e riguarda altra persona, ma attribuisce al beneficiario la *soluti retentio* nel caso di esecuzione spontanea da parte del fiduciario.

L'incarico conferito alla persona interposta non fa sorgere in questa alcun obbligo giuridico di trasferimento del bene alla persona voluta dal testatore, e comunque il relativo diritto non è assistito da azione, per cui l'incarico comporta l'esistenza nel fiduciario non di un obbligo giuridico vero e proprio ma di un semplice dovere morale.

6.- TUTELA DEL FIDUCIANTE.

6.1.- Il fondamento della *fiducia* consiste nell'affidamento del fiduciante nel comportamento leale del fiduciario.

In caso di abuso, il fiduciante non ha a disposizione rimedi efficaci per ottenere il risultato pattuito.

6.1.1.- Se il fiduciario compie atti di trasferimento a terzi in violazione del *pactum fiduciae*, il fiduciante può agire in giudizio soltanto verso il fiduciario per ottenere la restituzione del *tantundem* ed il risarcimento dei danni (tutela obbligatoria); ma se il terzo acquirente è in malafede, può essere tenuto al risarcimento a norma dell'art. 2043 c.c. per induzione all'inadempimento.

6.1.2.- Se il fiduciario resta inerte senza dare esecuzione al *pactum fiduciae*, il fiduciante ed il beneficiario possono agire in giudizio per l'adempimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. per ottenere la pronuncia di una sentenza che tiene luogo del contratto non concluso. Infatti, dal *pactum fiduciae* deriva un obbligo di ritrasferimento analogo a quello derivante dal contratto preliminare, con conseguente applicabilità delle norme in materia di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre (v. art. 2932 c.c., disciplina richiamata anche dall'art. 1706, 2° comma, c.c. per il mandato ad acquistare immobili, nel caso di inadempimento del mandatario).

Tuttavia, il rimedio predisposto dall'art. 2932 c.c. riduce, ma non annulla, la possibilità di abuso, perché presuppone che il bene si trovi ancora nel patrimonio del fiduciario. Rimane quindi essenziale l'elemento fiduciario, che caratterizza il rapporto.

Il diritto del fiduciante alla restituzione dei beni intestati al fiduciario si prescrive con il decorso dell'ordinario termine decennale, che decorre, in difetto di una diversa previsione nel *pactum fiduciae*, dal giorno in cui il fiduciario, avutane richiesta, abbia rifiutato il trasferimento del bene (v. Cass. 16.11.2001 n. 14375).

7.- OPPONIBILITÀ AI TERZI DEL NEGOZIO FIDUCIARIO.

7.1.- Se il fiduciante trascrive la domanda giudiziale proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c. (art. 2652 n. 2 c.c.), la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sugli acquisti trascritti e sulle iscrizioni eseguite contro il fiduciario successivamente alla trascrizione della domanda.

Per paralizzare l'azione dei creditori del fiduciario sul bene entrato nel patrimonio di questi, il fiduciante potrebbe sollevare l'*exceptio doli*, quando il terzo creditore abbia agito intenzionalmente a danno del fiduciante (cfr. anche art. 1707 c.c., che dichiara opponibile ai creditori il mandato risultante da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento e la trascrizione della domanda diretta a conseguire il ritrasferimento).

Tra gli atti dovuti, eseguiti in adempimento di un debito scaduto, non soggetti a revocatoria ai sensi dell'art. 2901, 3° comma, c.c., vi è il consenso contrattuale al ritrasferimento, prestato in

esecuzione di negozio fiduciario (v. Cass. 18.10.1991 n. 11025).

Il beneficiario il cui diritto di credito venga pregiudicato da un atto di disposizione posto in essere dal fiduciario, potrà esercitare l'azione revocatoria nei confronti del fiduciario e del terzo, qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 2901 c.c..

Si può prospettare, infine, l'applicabilità analogica al *pactum fiduciae* della disciplina sulla trascrivibilità del contratto preliminare (art. 2945 *bis* c.c.), con conseguente opponibilità del patto ai terzi che acquistano dal fiduciario.

8.- INTESTAZIONE FIDUCIARIA DI AZIONI O QUOTE SOCIETARIE.

8.1.1.- Secondo una prima opinione - premesso che il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento di due negozi, l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno, pure effettivamente voluto, ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo negozio per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o ad un terzo - l'intestazione fiduciaria di titoli azionari (o di quote di partecipazione societaria) integra gli estremi dell'interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto acquista (a differenza che nel caso d'interposizione fittizia o simulata) la titolarità delle azioni o delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, nonchè a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza convenuta, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario (v. Cass. 6.5.2005 n. 9402). L'intestazione fiduciaria di azioni configura pertanto un rapporto obbligatorio inquadrabile nel mandato senza rappresentanza (e non un caso di simulazione per interposizione fittizia), ove il fiduciario diviene l'effettivo titolare della posizione intestatagli (v. Cass. 28.9.1994 n. 7899).

8.1.2.- Secondo un'altra teoria, al fiduciario è attribuita non la titolarità ma solo la legittimazione all'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione azionaria, in nome proprio ma per conto del fiduciante.

Se è finalizzato ad eludere l'art. 2362 c.c. (o l'art. 2497, 2° comma, c.c.), il contratto di intestazione fiduciaria costituisce negozio nullo per frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.. Il fiduciante può rivendicare la titolarità dei titoli acquistati per suo conto dalla società fiduciaria (v. Cass. 14.10.1997 n. 10031).

8.2.- Nel caso di intestazione di azioni si distingue tra fiducia statica, ove il fiduciario deve attendere le istruzioni del fiduciante per l'esercizio dei diritti, e fiducia dinamica, ove il fiduciario ha il potere discrezionale di gestione dei titoli.

Il fiduciario esercita il diritto di opzione per conto del fiduciante, salva la prova contraria - che spetta al fiduciario - di aver sottoscritto l'aumento di capitale per conto proprio (v. Cass. 23.6.1998 n. 6246).

9.- FIDUCIA IN SENSO STRETTO.

9.1.- La fiducia in senso proprio si presenta come affidamento di una persona sul leale comportamento di un'altra, e consiste in un'intesa in ordine ad uno scopo da realizzare nel convincimento che tale scopo debba essere conseguito senza il ricorso a mezzi di coazione giuridica; ciò qualifica come fiduciario il soggetto spontaneamente disposto a porre in essere quell'attività di cooperazione giuridica necessaria e sufficiente per il conseguimento dello scopo avuto di mira dalle parti, svolta in proprio e nell'interesse del fiduciante o del terzo beneficiario o per un interesse oggettivo.

A carico del fiduciante non dovrebbe sorgere alcun vincolo giuridico in dipendenza dell'intesa

con il fiduciario, bensì solo un onere, così come a carico del fiduciario non sorge alcun obbligo giuridico di comportamento bensì l'impegno ad osservare spontaneamente i tempi ed i modi necessari per il conseguimento dello scopo pratico avuto di mira dalle parti (Trimarchi V.M., *Negoziario fiduciario*, Enc. Dir. XXVIII).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI E GIURISPRUDENZIALI

Carraro L., *Il mandato ad alienare*.

Trimarchi V.M., *Negoziario fiduciario*, Enc. Dir. XXVIII

Santoro Passarelli F., *Dottrine Generali del Diritto Civile*

Gazzoni Francesco

Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su *trust* e trascrizione).

Rivista del notariato, 2001, fasc. 1 (febbraio), I, pagg. 11-36

Gazzoni Francesco

In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a M. Lupoi sul *trust* e su altre bagattelle).

Rivista del notariato, 2001, fasc. 6 (dicembre), I, pagg. 1247 ss.

Castronovo Carlo

Trust e diritto civile italiano.

Vita notarile, 1998, fasc. 3 (dicembre), I, pagg. 1323-1339

Osservazioni a Cass. sez. III civ. 25 maggio 2000, n. 6864

Il foro italiano, 2000, I, col. 3156 ss.

Di Ciommo Francesco

La donazione tra *modus*, condizione risolutiva e *trust* (Nota a Cass. sez. II civ. 26 maggio 1999, n. 5122)

Il foro italiano, 2000, I, col. 2289 ss.

Ragazzini Luca

Trust "interno" e ordinamento giuridico italiano

Rivista del notariato, 1999, fasc. 2 (aprile), I, pagg. 279-303

Di Ciommo Francesco

Brevi note in tema di azione revocatoria, *trust* e negozio fiduciario (Nota a Cass. sez. III civ. 22 gennaio 1999, n. 591)

Il foro italiano, 1999, fasc. 5 (maggio), I, col. 1470- 1472

Gambini Maria Luisa

Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza

Rassegna di diritto civile, 1998, fasc. 4 (dicembre), pagg. 844-879

Salafia Vincenzo

Sulla intestazione fiduciaria di azioni societarie e sui diritti del fiduciario

(Osservazioni a Cass. sez. I civ. 23 giugno 1998, n. 6246)

Giustizia civile, 1998, fasc. 11 (novembre), I, pagg. 2780-2781

Piccoli Paolo

I *trusts* e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze

Vita notarile, 1998, fasc. 2 (agosto), I, pagg. 785-799

Lupoi Maurizio

Aspetti gestori e dominicali, segregazione: *trust* e istituti civilistici

(Nota a Trib. Lucca, 23 settembre 1997)

Il foro italiano, 1998, I, col. 3391 ss.

Brunetti Elisabetta

Il "*trust*" testamentario

(Nota a Trib. Lucca, 23 settembre 1997)

Il foro italiano, 1998, I, col. 2007 ss.

Osservazioni a Cass. sez. III civ. 10 febbraio 1997, n. 1233

Il foro italiano, 1997, fasc. 10, I, col. 2982 ss.

Lipari Nicolò

Fiducia statica e *trusts*

Rassegna di diritto civile, 1996, fasc. 3 (settembre), pagg. 483-496

Zucco A.

(Osservazioni a Cass. sez. I civ. 28 settembre 1994, n. 7899)

Il foro italiano, 1995, fasc. 5 (maggio), I, col. 1527- 1529

Osservazioni a Cass. sez. II civ. 29 maggio 1993, n. 6024

Il foro italiano, 1994, I, col. 2495 ss.

Gambaro Antonio, Giardina Andrea, Ponzanelli Giulio

Commento alla Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985, resa esecutiva con legge 16 ottobre 1989 n. 364

Nuove leggi civili commentate, 1993, pagg. 1211 ss.

Lupoi Maurizio

Il *trust* nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985

Vita notarile, 1992, fasc. 5/6, I, pagg. 966 ss.